TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

III e IV settimana di diritto amministrativo

COMPITINI (possono essere svolti anche come TEMI)

1. **Natura giuridica e presupposti della Class action amministrativa e di quella privata, Rapporti e differenze con particolare riguardo agli interessi concretamente tutelabili (COMPITINO : 35 righe al massimo)**
2. **Le Agenzie di diritto pubblico. Natura giuridica e disciplina (COMPITINO: 50 righe al massimo)**
3. **La funzione precontenziosa dell'ANAC (COMPITINO 50 righe al massimo)**

TEMI

4. **La giurisdizione esclusiva del g.a. con riguardo agli atti di regolazione delle Autorità indipendenti. Il grado di intensità e controllo del sindacato giurisdizionale con particolare riguardo alle linee Guida Anac (TEMA)**
5. **Il riparto di giurisdizione in tema di lesione determinata dal comportamento della PA, con particolare riguardo al danno da silenzio e al danno da responsabilità precontrattuale. L'affidamento ingenerato nel privato. Tutela giurisdizionale e criteri di risarcibilità (TEMA)**

SOMMARIO GENERALE

1. Diritti soggettivi e interessi legittimi pag. 1 – 8; 2. Osservazioni sulle azioni esperibili nel processo amministrativo, pag. 8 – 74; 3. Class action amministrativa, pag. 76-84; 4. Il riparto di giurisdizione, pag. 84-87; 5. Il riparto di giurisdizione in tema di trattamenti sanitari, pag. 87-90; 6. La giurisdizione esclusiva del g.a., pag. 90-105; 7. La giurisdizione esclusiva

in materia edilizia ed urbanistica, pag.105-119; 8. La Giurisdizione esclusiva in tema di servizi pubblici, pag. 119-143; 9. La giurisdizione esclusiva in tema di pubblico impiego, pag. 144-151; 10. La giurisdizione sportiva, pag. 151-163; 11. La risarcibilità del danno derivante da interessi legittimi, pag. 163-175; 12. I diritti intangibili innanzi al g.a., pag. 175-193; 13. La lesione da interessi legittimi (p. 196) Le diverse forme di responsabilità della PA (p.213) 13. Ipotesi applicative in tema di danno da interessi legittimi, pag. 220; 14. La reintegrazione specifica, pag. 222; 15. Il danno ambientale; 16. La responsabilità del funzionario agente, pag. 249; 17. Le Agenzie, pag. 251; 18. Le Agenzie fiscali, pag. 226-240; 19. Le Autorità Amministrative indipendenti, pag. 267; 20. Il sindacato giurisdizione sui provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti, pag. 319; 21. La giurisdizione in materia di sanzioni irrogate da Consob e da Banca d'Italia, pag. 319; 22. Il sindacato del g.a.sulle linee guida A.n.a.c. pag.340

1. DIRITTI SOGGETTIVI E INTERESSE LEGITTIMI

Visti dalla parte di un amministrativista

Bruno Tonoletti (*)

Il tema delle situazioni soggettive costituisce un capitolo difficile per il diritto amministrativo attuale.

Da una parte, in questa materia si sono da lungo tempo cristallizzate nozioni che, avendo acquisito uno statuto assiomatico, influiscono profondamente sulla comprensione della realtà, senza essere a loro volta soggette a verifica. Nella riflessione giuridica è un problema sempre aperto quello di oltrepassare lo schermo delle idee ricevute e riuscire a guardare direttamente la realtà dell'ordinamento, almeno nella misura in cui ci si proponga di andare al di là di una conoscenza già fatta da altri per accedere ad una conoscenza propria. In questa prospettiva, il tema delle situazioni giuridiche nel diritto amministrativo è difficile anzitutto perché richiede di mettere tra parentesi definizioni, categorie, punti di vista e relazioni sistematiche a tal punto sedimentati da apparire autoevidenti.

D'altra parte, la materia delle situazioni soggettive nel diritto amministrativo, dopo essere rimasta pressochè immobile per quasi un secolo, si è rimessa in movimento a partire dalla sentenza 22 luglio 1999, n. 500 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che ha riconosciuto la risarcibilità dei danni prodotti dall'esercizio (o dal non esercizio) del potere amministrativo. Questa improvvisa apertura ha rimesso in discussione gli equilibri su cui il diritto vivente si era adagiato in ordine alle situazioni soggettive che i singoli possono vantare nei confronti della pubblica

amministrazione, provocando un movimento di assestamento a vasto raggio i cui esiti sono ancora incerti.

In questa situazione, anche se riuscissimo a mettere tra parentesi le categorie ricevute, quella che potremmo osservare sarebbe comunque un tipo di realtà che non offre punti fermi, ma soltanto contraddizione e movimento. E il movimento, si sa, è molto più difficile da riprendere che un'immagine fissa: bisogna correre insieme all'oggetto per poterlo afferrare.

Queste difficoltà sono però anche le ragioni di interesse del tema, sia perchè oggi nessuna nozione può più dirsi scontata, e questo apre nuove possibilità di pensiero, sia perchè la messa in discussione di equilibri consolidati attira a sè i principali problemi del diritto amministrativo.

2. Quando affrontiamo un tema giuridico, possiamo limitarci a conoscere le regole già fatte – la legge emanata, la sentenza pronunciata, l'interpretazione consolidata –, oppure risalire a prima che le regole si siano formate, al fine di capire il modo in cui si producono e le ragioni che le determinano. Se adottiamo questo secondo punto di vista, dobbiamo prendere le mosse dalla constatazione che il luogo di emersione delle situazioni soggettive nel diritto amministrativo è il caso giurisprudenziale.

Bisogna tener presente in proposito che, a causa della struttura dualistica del sistema di giustizia amministrativa, la qualificazione di una situazione soggettiva nei confronti della pubblica amministrazione è stata ed è ancora in gran parte subordinata all'esigenza di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Pertanto, il "caso giurisprudenziale" cui mi riferisco comprende anche le pronunce sulla giurisdizione, fra cui prima di tutto quelle rese dalla Sezioni Unite della Cassazione.

Non intendo sostenere che le situazioni soggettive siano create dalla giurisprudenza, senza alcun fondamento di diritto sostanziale, ma soltanto che nel diritto amministrativo, mancando una tipizzazione legislativa delle situazioni sostanziali che spettano ai singoli nei confronti della pubblica amministrazione, la loro identificazione avviene necessariamente caso per caso, senza l'ausilio di quelle definizioni e di quelle clausole generali che conferiscono alle situazioni soggettive di diritto civile la loro caratteristica evidenza a priori.

Tende sempre a riproporsi nella scienza giuridica la questione se le situazioni soggettive abbiano origine nel diritto sostanziale o nel processo. Pur senza prendere posizione per l'una o per l'altra tesi, può però essere interessante soffermarsi a riflettere sul significato della contrapposizione in sè considerata.

Se affermiamo che le situazioni soggettive sono generate dal diritto sostanziale, stiamo assumendo il punto di vista del diritto già fatto, perché i diritti riconosciuti sul piano sostanziale sono quegli assetti di interessi che una norma – non importa se scritta o non scritta, ma comunque considerata vigente – ha già

riconosciuto come tali. Questa posizione risponde a una fondamentale esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici. La prospettiva della norma già posta (fissata, stabilita) tende, però, a relegare nell'irrilevante la domanda circa il come si sia creata la situazione soggettiva, ovvero circa il come si sia giunti al riconoscimento che determinati interessi sono meritevoli di protezione.

La tesi opposta ritiene che le situazioni soggettive siano il frutto dell'attività giurisdizionale: un diritto c'è nella misura in cui sia riconosciuto dal giudice come tutelabile. Questa posizione, sottolineando l'eccessiva rigidità della concezione positivistica, tende ad enfatizzare l'esigenza che l'ordinamento sia in grado di dare risposta ai bisogni di tutela sempre nuovi che emergono nella vita sociale. Se portata all'estremo, tuttavia, anche questa prospettiva finisce per eludere la domanda circa il modo con cui si formano le situazioni soggettive, perché, enfatizzando eccessivamente il ruolo creativo della giurisprudenza, rischia di mettere in ombra i fattori ordinamentali che influiscono ex ante sul loro riconoscimento in sede giudiziale.

Scartando le due posizioni estreme, a me sembra dunque che sia più utile, per comprendere la genesi delle situazioni soggettive, focalizzare l'attenzione sullo spazio intermedio tra diritto sostanziale e processo.

Da una parte, l'ordinamento ci offre sempre delle norme che regolano certi interessi, le quali possono essere scritte o non scritte, ma in ogni caso hanno una stabilità tale da fornire un'affidabilità sulla loro vigenza e sull'esito della loro applicazione sufficienti a farci ritenere che la corrispondente situazione soggettiva esista ex ante e non solo dopo il processo.

Dall'altra, ci sono gli strumenti di tutela giurisdizionale, cioè le forme con cui il processo attua il diritto sostanziale. La concezione astratta dell'azione, per la quale l'azione è un diritto di chiedere la tutela giurisdizionale indipendente dalla fondatezza della pretesa fatta valere, è un'ottima giustificazione dell'autonomia del diritto processuale dal diritto sostanziale, ma non rappresenta adeguatamente i rapporti tra diritto sostanziale e processo. L'azione in senso concreto, cioè l'azione che consiste nel potere della parte che ha ragione di provocare l'attuazione della legge nei confronti dell'altra parte, non è un'unica azione, ma sono tante azioni contenutisticamente differenziate, a seconda del tipo di pretesa e del tipo di provvedimento giurisdizionale preposto all'attuazione di quella pretesa.

La concezione concreta dell'azione permette di rendersi conto di come le situazioni soggettive non siano interamente riconducibili né al diritto sostanziale né al diritto processuale, ma si generino a partire dallo scarto che esiste tra la legge sostanziale e lo strumento processuale.

Questa sorta di zona intermedia è lo spazio dei rimedi, cioè degli schemi di tutela che l'ordinamento concede ai singoli che siano stati lesi in un loro interesse protetto sul

piano sostanziale. Se non è previsto alcun rimedio di fronte alla violazione di un diritto, quel diritto, anche qualora sia proclamato enfaticamente sulla carta, non si può dire che esista effettivamente. D'altra parte, se sulla carta non è previsto alcun diritto, ma per la protezione di un determinato interesse viene concesso uno specifico rimedio, non si può dire che quell'interesse non sia effettivamente un diritto.

A causa della codificazione – la quale, come ha insegnato Winsdcheid, non è altro che la trasformazione delle actiones, cioè dei rimedi concessi dal giudice, in diritti riconosciuti dalla legge – lo scarto tra diritto sostanziale e processo appare come un difetto del sistema, destinato a venire in evidenza solo eccezionalmente, a fronte dell'emergere di nuovi bisogni di tutela.

Ma nel diritto amministrativo questo spazio intermedio è macroscopicamente evidente, perché le situazioni soggettive dei singoli nei confronti della pubblica amministrazione non hanno conosciuto alcuna forma di codificazione. Il diritto soggettivo e l'interesse legittimo non sono situazioni soggettive nel senso specifico e concreto in cui lo sono i diritti codificati, ma sono pure sintesi verbali create, da un lato, per risolvere un problema di riparto della giurisdizione (o forse sarebbe meglio dire per razionalizzare a posteriori un certo modo di risolvere quel problema) e, dall'altro, per spiegare perché, mentre nelle controversie davanti al giudice ordinario "si faccia questione di un diritto" (art. 2 della legge del 1865), nelle controversie davanti al giudice amministrativo si faccia questione della legittimità di "atti e provvedimenti … che abbiano per oggetto un interesse" (art. 3 della legge del 1889).

E' indubitabile che i diritti soggettivi e gli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione, per quanto abbiano una base nel diritto sostanziale, prendono forma nel processo. In assenza di una codificazione delle regole dei rapporti tra l'amministrazione e i destinatari della sua azione, le situazioni soggettive sono riconosciute caso per caso dalla giurisprudenza. Quella che appare una situazione limite del diritto civile, cioè il nuovo bisogno di tutela giuridica, è evenienza normale nel diritto amministrativo.

Importante implicazione di questo stato di cose è che la materia delle situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione è fortemente evolutiva, nel senso che non si assesta mai, ma segue costantemente le trasformazioni degli equilibri tra le ragioni dell'interesse pubblico e le ragioni dei singoli che emergono dalla società.

Orbene, va innanzitutto specificato che le situazioni soggettive interessanti il diritto amministrativo sono esclusivamente quelle che i singoli possono vantare nei confronti dell'amministrazione che si pone come autorità, dal momento che ci si muove in un contesto normativo di diritto amministrativo, inteso come il complesso delle norme che regolano i rapporti tra i singoli e l'amministrazione in quanto questa agisca come autorità, secondo l'insuperata definizione di Federico Cammeo. Queste considerazioni devono essere pertanto connesse all'idea che solo l'interesse legittimo

sia una situazione soggettiva correlata al potere amministrativo, perché un diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione si potrebbe avere esclusivamente quando l'amministrazione è priva di potere.

Questa idea della totale reciproca incompatibilità tra potere amministrativo e diritto soggettivo (frutto dell'interpretazione sostanzialmente abrogatrice degli artt. 2 e 4 della legge del 1865, secondo la quale l'atto d'impero non potrebbe essere disapplicato in via principale dal giudice ordinario, da cui si sono sviluppati la teoria della degradazione e il criterio di riparto della giurisdizione basato sull'alternativa tra carenza e cattivo esercizio del potere), per quanto scolpisca un indubitabile dato di fondo del nostro sistema, illumina solo un lato della figura del diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione.

La parte lasciata in ombra è quella più importante ai nostri fini. Il fatto che il diritto soggettivo sia (pensato come) ontologicamente incompatibile con il potere amministrativo tende a nascondere che il problema della qualificazione di una situazione soggettiva come diritto soggettivo si pone sempre e soltanto di fronte al potere amministrativo.

Quando l'amministrazione non agisce come autorità, quando cioè non viene in alcun modo in rilievo una prerogativa del potere pubblico, non si pone alcun problema di qualificazione del diritto soggettivo: se l'amministrazione agisce come un soggetto comune, con gli strumenti di diritto comune, il suo agire non si distingue più in alcun modo da quello di un qualsiasi altro soggetto privato. E' solo quando l'amministrazione agisce come autorità, che si pone il problema se una situazione soggettiva possa essere qualificata come diritto soggettivo. Altrimenti il problema non si pone e quindi non ha più senso riflettere sulla genesi di una certa situazione soggettiva nei confronti della pubblica amministrazione.

Se si adotta la prospettiva indicata in precedenza, se cioè ci si pone prima della nascita della situazione soggettiva, per chiedersi come e in forza di quali ragioni essa emerga, ci si rende subito conto che per affermare l'esistenza di un diritto soggettivo si deve avere quantomeno escluso che l'amministrazione abbia potere e che quindi è il potere ad essere messo in discussione. Lo spazio logico in cui si giocano le situazioni soggettive del diritto amministrativo è in ogni caso quello dei rapporti tra amministrazione e singoli quando questa si presenti come autorità.

Ovviamente non si tratta veramente di uno spazio "logico", ma di un ambito problematico di diritto pubblico generale, che trova il suo punto di riferimento costituzionale nel tema dello Stato di diritto: in quanto l'amministrazione si ponga in una condizione di superiorità giuridica rispetto al singolo, emerge il problema di evitare che il potere dell'amministrazione, la sua autorità, si trasformi in arbitrio.

Da questo punto di vista, la storia del diritto amministrativo è la storia dei rapporti tra l'autorità e i singoli considerati dal punto di vista dell'esigenza di evitare che

l'amministrazione eserciti il proprio potere arbitrariamente, è quindi il tema delle diverse declinazioni che il rapporto tra cittadino e amministrazione assume in risposta alla medesima esigenza.

4. Naturalmente bisogna adottare un'accezione molto larga del termine, intendendo per rapporto una relazione regolata dal diritto.

Il fatto è però che nel diritto amministrativo un complesso di norme che regoli i rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione in quanto questa agisca come autorità veramente non c'è.

Il diritto amministrativo scritto è invece popolato da una enorme quantità di disposizioni normative di genere completamente diverso, che non mirano affatto a regolare i rapporti tra l'amministrazione e i cittadini, ma a regolare l'azione della pubblica amministrazione, individuando gli interessi pubblici da affidare alla sua cura e attribuendole gli specifici poteri a tal fine necessari.

Per quanto, almeno implicitamente e quantomeno per sancirne la subordinazione rispetto all'interesse pubblico, tali disposizioni prendano in considerazione anche gli interessi dei singoli potenzialmente coinvolti nell'azione amministrativa di cui si tratta, in esse è contenuta la disciplina del potere amministrativo, non la disciplina dei rapporti tra l'amministrazione e i singoli coinvolti dall'esercizio o dal non esercizio del potere.

Infatti queste disposizioni sono chiamate anche norme attributive del potere e molto spesso in esse non è neppure contenuta una disciplina sostanziale dei limiti e dei presupposti del potere attribuito all'amministrazione. Per lo più, le leggi amministrative non stabiliscono assetti di interessi, ma delegano all'amministrazione il compito di stabilire in concreto assetti di interessi.

Anche nei pochi casi in cui si riscontra in queste disposizioni almeno la fissazione a grandi linee di un assetto di interessi (come peraltro dovrebbe sempre accadere, in ossequio al principio di legalità sostanziale), la considerazione del rapporto tra l'amministrazione e l'interesse pubblico resta sempre assorbente, mentre quella del rapporto tra l'amministrazione e i singoli è recessiva e soltanto eventuale.

Le leggi amministrative sono rivolte ad attribuire alla pubblica amministrazione un compito di interesse pubblico, rispetto al quale gli interessi dei singoli sono concepiti come sacrificabili a priori: non c'è rapporto nelle norme che attribuiscono compiti alla pubblica amministrazione.

La dimensione del rapporto si costruisce nel processo – mai esaurito nè esauribile – di completamento dello stato di diritto attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale, la cui prassi dispiegata nel tempo mostra che il diritto amministrativo non si limita affatto all'insieme frammentario delle leggi amministrative, ma comprende gli istituti e i principi non scritti che, mirando a evitare l'arbitrio

nell'esercizio del potere, assicurano un certo equilibrio tra l'esigenza dell'interesse pubblico e l'esigenza di garanzia degli interessi dei singoli.

Attraverso la limitazione della pretesa assolutistica del potere pubblico di vedere senz'altro realizzata la propria volontà – limitazione che si giustifica in considerazione di un interesse del singolo ritenuto meritevole di tutela – emerge nel diritto amministrativo quella dimensione del rapporto che non è già presente, o almeno non è abbastanza evidente, nelle leggi amministrative.

Mi sembra quindi che la definizione di Cammeo del diritto amministrativo, come il complesso delle norme che regolano i rapporti tra i singoli e l'amministrazione in quanto questa agisca come autorità, debba essere specificata nel senso che, in primo luogo, le norme che regolano quei rapporti non sono scritte, ma sono un prodotto dell'attività giurisprudenziale, e, in secondo luogo, che la dimensione del rapporto emerge solo attraverso la controversia, quando il singolo contrappone il proprio bisogno di tutela alla pretesa assolutistica del potere pubblico, invocando il diritto come limite di quel potere.

Non bisogna intendere queste considerazioni come la proposta di una definizione dogmatica del diritto amministrativo, ma come un tentativo di avvicinarsi alla sua realtà, cioè di vedere come si

produca e in che cosa effettivamente consista e quali configurazioni assumano in esso le situazioni soggettive.

Un altro elemento importante da sottolineare è l'assenza nel nostro diritto amministrativo di una legge generale sull'azione amministrativa.

Come abbiamo già osservato, il diritto amministrativo scritto è composto da un insieme di leggi che disciplinano settori particolari dell'azione amministrativa (urbanistica, ambiente, commercio, beni culturali, paesaggio, assicurazioni, credito, concorrenza, trasporti, sanità, istruzione, ecc.), ma non esiste una legge organica sull'azione amministrativa in generale.

La prima legge che ha tentato di introdurre norme generali sull'azione amministrativa è stata la legge sul procedimento n. 241/90, la quale peraltro è nata da un progetto dichiaratamente minimalista della Commissione Nigro, che rifuggiva dal tentativo di formulazione una legge organica sull'azione amministrativa, per concentrarsi – non a caso – su alcuni punti ritenuti strategici per orientare l'evoluzione giurisprudenziale verso una maggiore garanzia dei singoli nei rapporti con la pubblica amministrazione.

Il dato che colpisce è che il diritto amministrativo non sia semplicemente sopravvissuto, ma si sia sviluppato come un sistema ordinato e coerente, per un secolo e mezzo, dalla legge di unificazione amministrativa del 1865 ad oggi, in assenza di una legge generale e nonostante il disordine e la frammentarietà della legislazione amministrativa.

Evidentemente questo risultato è stato il frutto di una profonda interazione tra l'opera di razionalizzazione e costruzione concettuale della dottrina e l'elaborazione creativa della giurisprudenza. Soprattutto, ai nostri fini occorre sottolineare che l'edificazione della parte generale del diritto amministrativo è stata tacitamente affidata dal legislatore alla giurisprudenza.

Nel diritto amministrativo, infatti, prima della parte generale c'è la previsione dei mezzi processuali, cioè la disciplina delle azioni che il cittadino può promuovere nei confronti della pubblica amministrazione.

L'esigenza di assoggettare l'amministrazione alla legge e di assicurare ai singoli una tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo, di cui si fa portatrice la cultura liberale ottocentesca, non si è tradotta nel nostro ordinamento in un assetto chiaro dei rapporti sostanziali tra i singoli e la pubblica amministrazione.

Il legislatore unitario non si è impegnato in una codificazione dei doveri fondamentali dell'amministrazione nei confronti dei singoli e delle pretese che i singoli possono corrispondentemente far valere contro la pubblica amministrazione; non si è impegnato neppure nella definizione di precisi assetti di interessi e di limiti sostanziali dell'azione amministrativa.

La realizzazione dello Stato di diritto è stata interamente affidata alle norme sulla giurisdizione e il relativo dibattito politico si è concentrato non sullo stato della legislazione amministrativa, ma sui modelli di tutela giurisdizionale, dando per presupposto un diritto amministrativo sostanziale che in realtà era ancora tutto da costruire.

Il legislatore si è limitato a dettare clausole sulla giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione, individuando delle situazioni soggettive che possono essere fatte valere davanti a un giudice secondo specifiche regole processuali: da queste clausole generali sulla giurisdizione è derivato poi, ad opera dell'elaborazione giurisprudenziale, tutto il diritto amministrativo sostanziale, che proprio per questo è ancora oggi profondamente segnato dal problema dell'attribuzione della giurisdizione (ed anzi sembra che da questo problema sia destinato a non potersi mai veramente emancipare).

Inizialmente il legislatore ha scelto la via della giurisdizione ordinaria con la legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo del 1865, per poi convertirsi a un sistema ibrido con la legge Crispi del 1889, con il quale è stata lasciata sopravvivere la giurisdizione ordinaria, ed è stata ad essa sovrapposta la nuova competenza del Consiglio di Stato a conoscere dei ricorsi contro atti o provvedimenti amministrativi per incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere.

ANIELLO CERRETO

(Presidente di sez. on. del Consiglio di Stato)

2. Osservazioni sulle azioni esperibili nel processo amministrativo

Lo scritto cerca di esaminare il complesso sistema delle azioni nel processo amministrativo nella sua evoluzione. Si evidenzia come accanto all'azione di annullamento, introdotta in occasione dell'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, sono emerse nel corso del tempo altre azioni come quelle di accertamento e di condanna, ora recepite nel Codice del processo amministrativo approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e successive integrazioni. Una particolare attenzione viene riservata all'azione di nullità e all'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi, con accenno all'ammissibilità di azioni atipiche anche nel processo amministrativo.

SOMMARIO: Premessa generale. Tipicità e atipicità delle azioni nel c.p.a. L'azione di annullamento. L'azione di mero accertamento. L'azione di nullità. L'azione avverso il silenzio della p.a. L'azione di condanna. Considerazioni conclusive.

Premessa generale

Il sistema di giustizia amministrativa originariamente era imperniato su due azioni principali attribuite alla giurisdizione di due giudici distinti: l'azione di annullamento esperibile davanti al giudice amministrativo contro gli atti amministrativi illegittimi lesivi di un interessi legittimi; l'azione di risarcimento del danno che costituiva invece la forma di tutela principale esperibile davanti al giudice ordinario nei confronti di comportamenti illeciti della pubblica amministrazione lesivi di un diritto soggettivo.

Ma il processo amministrativo si è gradualmente avviato verso una tutela ben più ampia della mera azione di annullamento, anche se la consapevolezza di ciò è emersa solo recentemente.

E' sufficiente richiamare quanto affermava il prof. Sandulli nel 1963, che accanto all'azione di annullamento dei provvedimenti amministrativi poneva l'azione di accertamento per la maggior parte delle controversie risalenti alla giurisdizione propria del Consiglio di Stato del 1865 (poi confluite nella giurisdizione anche in merito di cui all'art. 25 T. U. n.6166/1889) e nel caso previsto dall'art. 33 T. U. n.1054/1924 (poi abrogato dall'art. 4 dell'allegato 4 c.p.a.) e quindi l'azione di esecuzione e l'azione cautelare, non aventi carattere impugnatorio [1][1].

Di azione di accertamento si è parlato anche con riferimento alle controversie oggetto di giurisdizione esclusiva vertenti su posizioni di diritto soggettivo (per lo meno dagli anni 1939-40 in poi) e per l'illegittimità del silenzio rifiuto della p.a. in ordine alle istanze dei privati dal 1960 in poi (Cons. St. A. P. n.8/1960). Fu poi prevista un'azione di condanna della p.a. al pagamento di somme di cui risulti debitrice nella

[1] [1] A. M. Sandulli, Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati, 1963, p.33 e segg.

materia relativi a diritti attribuita alla giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo (art.26 l.n.1034/1971).

Come azione di condanna è stato configurato anche il ricorso per l'accesso ai documenti amministrativi (art.24 l.n.241/1990).

L'art. 35 l. n.80/1998 introdusse l'azione di condanna della p.a. al risarcimento del danno per lesione di diritti soggettivi in relazione a controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva e quindi (per effetto sentenza Cass. S. U. n.500/1999) anche per lesione di interessi legittimi (art. 7 l. n.205/2000).

Autorevole dottrina [2[2]] ha precisato che tutti i casi di ampliamento dei poteri del giudice amministrativo vennero interpretati, fino a poco prima dell'approvazione del Codice del processo amministrativo, come casi di deroga alla regola generale in base alla quale la giurisdizione amministrativa ammette soltanto l'azione di annullamento. Comunque sia, venne mantenuto fermo il principio del «numerus clausus» (o della tipicità) delle azioni proponibili nel processo amministrativo. Ciò a differenza di quanto accade nel processo civile nel quale, come regola generale, il giudice può adottare ogni tipo di sentenza necessaria per dare piena soddisfazione e tutela al privato vincitore in giudizio (il principio della «atipicità»).

Solo alcune sentenze del giudice amministrativo emanate tra il 2009 e il 2010 considerarono superato il principio della tipicità, ammettendo in particolare, in assenza di una norma di legge espressa, un'azione di accertamento atipica (Cons. St., sez. VI, 9.2.2009, n. 717 e 15.4.2010, n. 2139) [3[3]].

La delega di cui all'art.44 l. n.69/2009 per il riassetto del processo amministrativo autorizzava il Governo, tra l'altro, a disciplinare le azioni, prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa. Nel testo predisposto dall'apposita Commissione presso il Consiglio di Stato, le norme erano state redatte in coerenza con la tradizionale tripartizione delle azioni di cognizione (costitutive, di accertamento e di condanna) e senza trascurare le specificità dei giudizi amministrativi, dando autonomo rilievo ad azioni che pur rientrando in una delle tre tipologie presentavano tratti peculiari: azione avverso il

[2] [2] M. Clarich, Azioni nel processo amministrativo (2012), Treccani.it

[3] 3] Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717 e 15 aprile 2010, n. 2139, redatte dallo stesso estensore, sono orientate ad ammettere, sia pure con difficoltà, un azione di accertamento atipica nel processo amministrativo con riferimento alla tutela del terzo che si oppone all'attività edilizia assentita ad altri. Al riguardo è stata ritenuta prevalente l'esigenza di effettività della tutela da assicurare al terzo mediante strumenti diversi dall'azione di annullamento, che siano perfettamente compatibili con la natura privatistica della d.i.a. . E' stato sottolineato che ricorre nel processo amministrativo una situazione del tutto analoga a quella del processo civile, nel quale pure manca un esplicito riconoscimento normativo generale dell'azione di accertamento (specifiche azioni di accertamento sono previste nel codice civile solo per i diritti reali). Ciò nonostante, nel processo civile l'azione di accertamento è pacificamente ammessa. A tale riconoscimento dell'azione di accertamento nel giudizio civile si giunge partendo dalla premessa concettuale che il potere di accertamento del giudice sia connaturato al concetto stesso di giurisdizione, sicché si può dire che non sussista giurisdizione e potere giurisdizionale se l'organo decidente non possa quanto meno accertare quale sia il corretto assetto giuridico di un determinato rapporto.

silenzio rispetto all'azione di accertamento; azione di adempimento rispetto all'azione di condanna,

Ma poi il Governo ha eliminato le norme sull'azione di accertamento e sull'azione di adempimento e quindi è stato promulgato il d. l.vo n.104/2010, ove vi è pure un disallineamento formale tra le azioni disciplinate dal codice e le categorie di pronunce di accoglimento di cui all'art. 34 dello stesso codice.

Successivamente con il secondo decreto correttivo del codice (d. l.vo n. 160/2012) è stata introdotta l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto, nei limiti dell'art.31 comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio (art. 34, comma 1, lett. c, c.p.a.)

Tipicità e atipicità delle azioni nel c.p.a.

Il codice nel suo testo definitivo (con la comprensione dei due correttivi) prevede alcune azioni (annullamento, condanna, avverso il silenzio e declaratoria di nullità, giudizio di ottemperanza, giudizio di accesso ai documenti, giudizio sulla sorte del contratto). Vi è poi l'azione per l'efficienza dell'amministrazione, disciplinata a parte (d.l.vo n.198/2009).

Peraltro occorre tener conto anche delle pronunce adottabili dal giudice amministrativo ed in particolare dell'art. 34 (sentenza di merito), dell'art. 35 (pronunce di rito), dell'art. 36 (pronunce interlocutorie) e artt. 55-62 (pronunce cautelari) e dei principi di effettività e giusto processo (artt. 1 e 2 c.p.a.) e ragionevole durata (art. 111, comma 2, Cost.).

Non avrebbe senso prevedere poteri decisori del giudice molto estesi, ma non esercitabili per l'assenza della facoltà di chiederne l'esercizio. Inoltre, I principi generali mirano a costituire per l'interprete gli elementi di fondo, caratterizzanti la disciplina di cui è chiamato a fare applicazione ossia la disciplina del processo amministrativo.

Del resto, l'art. 39 del Codice contiene un rinvio esterno, che è stato opportunamente corretto (rispetto all'originaria versione della bozza di testo) nel senso del richiamo della applicabilità delle disposizioni del c.p.c. in quanto compatibili o espressione di principi generali e non "per quanto non espressamente previsto", come indicato in prima battuta). Il rinvio al codice di procedura civile per quanto non espressamente previsto avrebbe attenuato l'autonomia del Codice rispetto a quello di procedura civile, in quanto l'interprete avrebbe dovuto solo verificare se una questione processuale era risolta espressamente dal Codice del processo amministrativo e, in caso contrario, passare all'applicazione delle disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili o espressione di principi generali.

L'attuale testo prevede che dopo la ricerca della soluzione della questione tra le previsioni espresse del Codice, l'interprete debba dapprima ricercare se dai principi

contenuti nel Capo I o comunque desumibili dal Codice si possa trovare la corretta definizione del problema processuale**. Il principio dell'effettività della tutela** è il principio cardine che deve guidare le decisioni del giudice amministrativo ed allora, seguendo il criterio dell'effettività, l'apparente contrasto tra disciplina delle azioni e poteri del giudice indicati in particolare nell'art. 34 va risolto nel senso dell'ampliamento delle domande proponibili in relazione alla situazioni giuridiche da proteggere e alle misure adottabili dal giudice.

Al riguardo occorre poi tener presente l'evoluzione della nozione di interesse legittimo che vede come essenziale il conseguimento del bene della vita/l'interesse materiale ad un bene della vita, per cui appaiono consentite tutte le azioni che siano necessarie per tutelare in concreto l'interesse sostanziale della parte.

Perciò deve ritenersi che il silenzio del codice su alcune azioni non possa essere risolutivo per escludere l'atipicità delle azioni nel processo amministrativo dovendosi tener conto del complesso normativo e dei relativi principi e in particolare di quello di effettività.

Corollario del'effettività è rappresentato dal principio dell'atipicità e delle molteplicità delle forme di tutela, anche se alcune azioni sono specificamente disciplinate nel c.p.a. Invero, nel momento in cui altre azioni fossero indispensabili per conferire piena tutela alle situazioni soggettive lese allora non può escludersi l'ammissibilità di azioni atipiche, come riconosciuto da Cons. St. A. P. n. 15/2011 con riferimento all'azione di accertamento atipica. Peraltro, una parte della dottrina va anche oltre, ammettendo l'atipicità di contenuto anche delle azioni previste (tipizzate in modo astratto e quindi in modo incompleto), così si è sostenuto l'ammissibilità della condanna pubblicistica anche prima che fosse disciplinata con il secondo correttivo n.160/2012 (Cons. St. A. P. n.3/2011), nonchè l'annullamento dell'atto non solo con effetti ex tunc ma con effetti ex nunc o solo parzialmente retroattivi (Cons. St. sez. VI n.2775/2011) oppure un accertamento dell'illegittimità a fini meramente conformativi [4[4]].

Appare coerente con l'atipicita del contenuto delle pronunce che può adottare il giudice amministrativo la circostanza che il c.p.a. non abbia riproposta la previsione contenuta negli omologhi articoli 45, comma 1 del regio decreto n. 1054/1924 e 26, comma 2 della legge n. 1034/1971, secondo cui il giudice amministrativo "se accoglie il ricorso per motivi di incompetenza annulla l'atto, e rimette l'affare all'autorità competente. Se accoglie per altri motivi annulla in tutto o in parte l'atto impugnato […] salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa.

L'art. 34 c.p.a .stabilisce ora che in caso di accoglimento del ricorso il giudice annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato e l'art.88 c.p.a precisa che

[4] [4] F. Caringella , Manuale di diritto processuale amministrativo, 2012, p. 122-123.

la sentenza deve contenere l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

In caso di accoglimento per vizio di incompetenza, l'autorità competente potrà riesaminare la vicenda ma non è il giudice a doverle trasmettere l'affare. L'annullamento giudiziale per gli altri vizi (violazione di legge e eccesso di potere) non comporta necessariamente ulteriori provvedimenti su iniziativa spontanea dell'autorità amministrativa, la quale invece è tenuta a ad eseguire il giudicato al fine di assicurare una tutela piena ed effettiva del soggetto vittorioso in giudizio.

Rimane fermo però che il giudice amministrativo in nessun caso può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (al fine di evitare domande dirette ad orientare l'azione amministrativa pro futuro con palese violazione del principio della divisione dei poteri) [5[5]] e neppure può conoscere della legittimità degli atti amministrativi che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento, salvo il caso dell'azione autonoma di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi (art.34, comma 2, c.p.a.).

L'azione di annullamento.

Il giudizio amministrativo è stato strutturato come impugnazione e annullamento di atti [6[6]], per cui anche nel caso di comportamento inerte dell'autorità amministrativa (sia in sede di esame di un'istanza sia in sede di ricorso gerarchico) la tutela dell'interessato veniva impedita appunto dalla mancanza dell'atto o della decisione amministrativa gerarchica impugnabile. Di ciò si era reso conto il sen. Cavallini, che durante i lavori parlamentari che portarono all'approvazione della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (L. 31 marzo 1889 n.5992) aveva rilevato la lacuna del relativo progetto di legge atteso che l'autorità amministrativa "può abusare sia con il provvedere contro la legge sia con il non provvedere omettendo di rendere giustizia a chi la invoca" [7[7]]. Con la conseguenza che il Consiglio di Stato ha dovuto

[5] [5] A. Travi, Lezioni di giustizia amministrativa, p. 202, Torino 2013.

[6] [6] Per una ricostruzione aggiornata dell'azione di annullamento V. la sentenza Cons. di St. Sez. VI, 9 febbraio 2009, n.717, in cui si afferma che la tradizionale configurazione del giudizio di annullamento come giudizio sull'atto (e non sul rapporto) non è più così pacifica come era in passato. Una pluralità di indici normativi testimoniano la trasformazione in atto dello stesso giudizio sulla domanda di annullamento, da giudizio sul provvedimento a giudizio sul rapporto. Basti pensare: all'impugnazione con motivi aggiunti dei provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso (art. 21, primo comma, l. Tar, modificato dall'art. 1 l. n. 205/2000); al potere del giudice di negare l'annullamento dell'atto impugnato per vizi di violazione di norme sul procedimento, quando giudichi palese, per la natura vincolata del provvedimento, che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (art. 21-octies l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 21 bis l. n. 15/2005); al potere del giudice amministrativo di conoscere la fondatezza dell'istanza nel giudizio avverso il silenzio-rifiuto (art. 2, comma 5, l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 80/2005 in sede di conversione del d.l. n. 35/2005). Il giudizio amministrativo, rimane perciò, un giudizio sull'atto, ma in una versione diversificata a seguito della normativa sopravvenuta, nel senso che il rapporto di cui il giudice amministrativo accerta la legittimità o è quello già riflesso nell'atto impugnato o è quello di cui il ricorrente pretende la trasfusione in un successivo atto della p.a., mediante l'esecuzione del giudicato nel caso di perdurante inerzia della p.a.

[7] [7]. U. Borsi, Il silenzio della pubblica amministrazione, in G.I. 1893, IV, c. 273, ove è riportato per intero l'intervento del sen. Cavallini.

sopperire in sede pretoria a tale inconveniente, inventando prima il c.d. silenzio rigetto [8[8]] (ora disciplinato dall'art. 6 D.P.R.24 novembre 1971 n. 1199 e dall'art. 20 L. 6.12.1971 n.1034) e poi progressivamente il c.d. silenzio rifiuto (ora disciplinato dall'art.2 L. 7 agosto 1990 n.241 e successive modificazioni).

La prima decisione sul silenzio rifiuto che si può citare è Sez. V, 22 luglio 1926 n. 280, ove si osserva che "il provvedimento devesi ritenere intervenuto quando l'interessato abbia notificato all'Amministrazione l'atto formale che la invitava a provvedere in merito alla propria richiesta e malgrado ciò l'Amministrazione non abbia provveduto, dovendosi il suo persistente silenzio considerare come rigetto della domanda" [9[9]].

L'art. 111, comma 3 della Costituzione demanda al legislatore di individuare l'organo giurisdizionale competente ad annullare gli atti della pubblica amministrazione, con ciò evidenziando come la tutela tipica nei confronti dell'atto amministrativo sia quella demolitoria, che normalmente è affidata al giudice amministrativo.

L'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta – sulla falsariga del processo civile – a tre condizioni fondamentali (titolo, interesse ad agire, legittimazione attiva/passiva), che devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione finale (Cons. St. A. P. 25 febbraio 2014, n.9) e sotto tale angolazione si esclude correttamente che sia possibile esperire una c.t.u. al fine di affermare o negare la sussistenza della legittimazione al ricorso o di altra condizione dell'azione(Cons. St. Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3404)

In caso di ricorso per l'annullamento dell'atto lesivo della posizione di interesse legittimo possono essere dedotti i tradizionali vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, cioè per vizi di legittimità dell'atto.

In via preliminare occorre individuare l'atto da impugnare [10[10]] (art.49, comma 1, lett. b, c.p.a) e il momento dell'impugnativa, che deve avvenire entro un termine breve di decadenza (art.41. c.p.a., comma 2) [11[11]].

[8] [8] La prima decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, che ammette il silenzio rigetto su un ricorso gerarchico al ministro è del 22 agosto 1902, n. 429.

[9] [9] Con la sentenza Cons. St. A. P. n.8/1960 il ricorso avverso il silenzio è stato poi ritenuto di accertamento dell'illegittimità della mancata risposta della p.a. alle istanze pretensive del privato.

[10] 10] L'individuazione dell'atto impugnabile può comportare delle incertezze, dipendendo sia dalla normativa di settore sia dagli indirizzi, non sempre uniformi, assunti dalla giurisprudenza. La sua determinazione è sen'altro essenziale nella giurisdizione generale di legittimità, ma può essere necessaria anche nella giurisdizione esclusiva allorché la posizione giuridica fatta valere in giudizio sia di interesse legittimo. L'atto lesivo deve essere impugnato in primo grado nei prescritti termini di decadenza; ai fini dell'ammissibilità, poiché le censure vanno rivolte avverso un determinato atto ed il ricorso deve essere notificato all'autorità emanante o a tutte le autorità emananti (necessariamente) e ad almeno un controinteressato (se presente), salva l'integrazione del contraddittorio nei confronti di altri controinteressati; talvolta anche ai fini della procedibilità in quanto, proposto ricorso avverso un atto del procedimento, occorre impugnare anche un atto successivo ed effettuare ulteriori notifiche.

[11] [11] Il termine breve di impugnativa (normalmente 60 giorni, 30 giorni per gli appalti pubblici) decorre dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza ovvero, per gli atti per i quali non sia richiesta la notificazione

Normalmente nell'impugnativa si fa riferimento anche agli atti presupposti, connessi o conseguenti, ma si tratta di formula generica che non può ritenersi sufficiente a far ricomprendere nell'oggetto dell'impugnazione atti non nominati e dei quali non è possibile l'individuazione nel testo del ricorso, nemmeno esaminando le censure proposte [12[12]]. Per l'effettiva impugnazione di tali ulteriori atti occorre la loro individuazione e la deduzione di specifiche censure, eventualmente di illegittimità derivata.

Invero la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2007 n. 6711) ha affermato che "la formula di stile con la quale si estende l'impugnazione a 'tutti gli atti antecedenti, preordinati, connessi, successivi e consequenziali' è priva di qualsiasi valore processuale in quanto inidonea ad individuare uno specifico oggetto di impugnativa. Il particolare rigore di tale consolidato orientamento giurisprudenziale si giustifica ove si consideri che solo un'inequivoca determinazione del petitum processuale consente alle controparti la piena esplicazione del diritto di difesa in giudizio garantito dall'articolo 24, comma 2° della Costituzione" (in senso conforme, Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2009 n. 3105; sez. IV, 21 giugno 2001, n. 3346).

Per l'azione di annullamento vale ora il requisito della specificità dei motivi, la cui inosservanza comporta la loro inammissibilità (art.40, comma 2, c.p.a). Sono perciò inammissibili i motivi generici, vaghi o perplessi i quali non consentono al giudice, che deve decidere sulla base dei motivi dedotti. di comprendere i vizi denunciati dalla parte pur tenendo conto del contesto del gravame. Così sono stati ritenuti inammissibili sia una censura che deduca la contrarietà di un provvedimento amministrativo con principi costituzionali, sotto profili non esplicitati; e analogamente sia un motivo che ritenga un atto contrario a direttive comunitarie anche qui senza tuttavia chiarire sotto quale profilo (Cass. S. U. 14 settembre 2012 n. 15430).

---

individuale, dal giorno di scadenza della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge (art.41, comma 2, c.p.a.). L'aspetto più delicato è la determinazione del concetto di piena cognizione, essendo dubbio se essa discenda dalla conoscibilità degli elementi essenziali dell'atto in modo da coglierne la lesività (come ritiene la giurisprudenza prevalente) o se necessita della conoscibilità del contenuto integrale dell'atto e quindi dei suoi vizi. Recentemente la questione è stata rimessa alla Corte di giustizia dal TAR Puglia Bari, ord. n.427/2013 per quanto concerne i pubblici appalti. La Corte di giustizia, sez. V, con la sentenza 8 maggio 2014 C-161/13C-161/13 ha precisato che "ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni". Il che sembra comportare una accurata indagine del giudice in ordine alla specifica controversia al fine di stabilire se il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione delle relative disposizioni.

[12] [12] Cons. St. sez. VI, 24 gennaio 2012, n.291.

Va infine richiesto l'annullamento totale o parziale dell'atto impugnato e degli atti connessi, la disapplicazione di una norma legislativa per contrasto con la normativa comunitaria o di una norma regolamentare per contrasto ad una norma legislativa ed eventualmente la condanna al risarcimento del danno, suggerendo al giudice anche le misure attuative (domanda questa che però non comporta che corrisponda al chiesto il pronunciato, nel senso che ben potrebbe non accogliersi il "suggerimento", dato che il giudice amministrativo può disporre la misura attuativa che ritiene più aderente al fondamento della sua pronuncia, ai sensi dell'art. 34, comma 1 lett.e, c.p.a.

Peraltro il giudice amministrativo deve tener presente che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Si tratta di un atto vincolato per l'aspetto da considerare (vincolatività che può essere sia prevista dalla relativa normativa sia per effetto dello svolgimento del relativo procedimento ad es. autovincolo della p.a. o di un atto presupposto o di un accordo procedimentle che fa venir meno la discrezionalità residua). In tal caso se viene denunciato un vizio di forma o di procedimento dell'atto e il suo contenuto dispositivo non potrebbe essere diverso in modo palese, valutazioni attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate ex post dal giudice anche d'ufficio, tale atto non va annullato.

Si rileva la complessità della fattispecie legislativa, la quale chiama il giudice amministrativo (pur senza iniziativa delle parti) ad un accertamento altrettanto complesso, giacché l'assenza di uno solo degli elementi tipizzanti (atto vincolato, violazione delle norme sul procedimento o sulla forma; identità del contenuto in modo palese se non ci fosse stata la violazione). Nella seconda parte viene disciplinato autonomamente la violazione di legge consistente nella mancata comunicazione di avvio del procedimento (cui la giurisprudenza ha equiparato la mancata comunicazione dell'avviso di rigetto [13[13]]), anche con riferimento ad un provvedimento discrezionale.

Si stabilisce che tale provvedimento amministrativo non è comunque annullabile qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio (in modo particolarmente rigoroso) che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Peraltro anche se l'onere della prova in ordine al medesimo contenuto spetta in questo caso all'amministrazione, occorre considerare che secondo la giurisprudenza (Cons. St. sez. VI, n. 3786/2008) –per evitare di addossare alla p.a. una probatio diabolica – la norma va interpretata nel senso che il privato non possa limitarsi a dolersi dell'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, ma che debba quantomeno indicare o allegare gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento, ove avesse ricevuto la comunicazione; e solo se il privato adempie

[13] [13] Cons. St. sez. V, 25 luglio 2011, n.4454; sez. IV, 2 febbraio 2012, n.585.

tale onere (con conseguente inammissibilità d'uffcicio della censura se tali elementi non sono forniti dal ricorrente), la p.a. sarà tenuta a dimostrare che, anche se tali elementi fossero stati inseriti nel procedimento, il contenuto del provvedimento non sarebbe comunque mutato.

Il non annullamento del provvedimento, sebbene formalmente illegittimo, si base sulla constatazione che diventa inutile annullare un atto allorchè il privato non potrebbe trarre dalla sentenza alcuna ulteriore utilità. Anche in questa previsione si coglie la centralità dell'effetto conformativo. Se la pretesa è certamente infondata, non vi è spazio alcuno per un utile effetto; diventa, quindi, inutile produrre l'effetto demolitorio. Giova osservare, infine, che secondo la giurisprudenza maggioritaria la norma di cui all'art. 21 octies ha natura processuale e non sostanziale, con conseguente possibilità di applicazione anche ai provvedimenti adottati prima della sua entrata in vigore (Cons. St. sez. IV 23 gennaio 2012, n.282, sez. VI, 18 febbraio 2011, n. 1040, Sez. V, 2 febbraio 2010, n. 431; ma contra sez. V 20 marzo 2007, n.1307).

Fino agli anni 1990 si riteneva che la disapplicazione di un atto regolamentare fosse praticabile solo dal giudice ordinario (artt. 4 e 5 legge sul contenzioso amministrativo), non essendo previsto un analogo potere per il giudice amministrativo, tenuto anche conto dell'esigenza di evitare la elusione del termine perentorio di impugnativa dei provvedimenti. amministrativi. Successivamente, la disapplicazione di un atto regolamentare è stata ammessa anche nel giudizio amministrativo relativamente a diritti soggettivi in materia di giurisdizione esclusiva (che si è progressivamente ampliata). Poi è stata estesa anche alla giurisdizione generale di legittimità, trattandosi di individuare la fonte normativa applicabile, ma talvolta si richiede un macroscopico contrasto con la norma primaria (Cons. St. sez. V, 26.9.2013, n. 4778). La disapplicazione normativa può operare non solo a favore del ricorrente (caso di impugnativa di provvedimento in contrasto di norma regolamentare che sia a sua volta in contrasto con una disposizione superiore), ma anche in senso sfavorevole (in malam partem) ad es nel caso in cui la parte invoca nel ricorso una norma regolamentare che venga ritenuta dal giudice in contrasto con una fonte superiore.In caso di giudizio avverso l'atto lesivo di interesse legittimo, la disapplicazione provvedimentale non è stata finora ammessa in sede di giurisdizione generale di legittimità al fine di evitare la elusione del termine di impugnativa, anche se vi è contrasto con la normativa comunitaria (Corte di giustizia, 27 febbraio 2003, C-327/2000; Cons. St. Sez. V 19 maggio 2009, n. 3072). Il problema si è posto in particolare per i bandi di concorso e di gara, che poi sono stati ritenuti atti amministrativi generali e non atti normativi (Cons. St. A. P. n.1/2003) e perciò non disapplicabili dal giudice amministrativo. **Ora il Codice del processo amministrativo ha espressamente precluso al giudice amministrativo di conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento, salvo il caso di risarcimento del danno per**

equivalente a prescindere dall'impugnativa del provvedimento, anche se occorre tener conto nella sua determinazione del danno evitabile ai sensi art. 30 c.p.a. (Cons. St. A. P. n.3/2011) [14[14]].

Il risultato immediato, che il processo di impugnazione può dare al ricorrente, è duplice in relazione al carattere discrezionale o vincolato dell'atto impugnato. Se si tratta di atto discrezionale, il principio di separazione dei poteri, quale risultante dal sistema costituzionale [15[15]], preclude al giudice amministrativo di sindacare, in sede di legittimità, questioni di merito che rientrano nella sfera di esclusiva spettanza dell'autorità pubblica. L'accertamento del rapporto, in questi casi, non potrà essere pieno e, conseguentemente, la regola giudiziale è normalmente una regola incompleta, che la p.a. può completare in osservanza dei vincoli del giudicato. Ciò in quanto, pur essendo consentito in applicazione dei parametri della ragionevolezza e della proporzionalità un controllo interno del potere discrezionale della p.a. permane normalmente una residua discrezionalità della p.a. a tutela della sua sfera di autonomia e di responsabilità [16[16]].

Diversa è la situazione nel caso di impugnativa di un atto vincolato (o per il quale non residuano ulteriori margini di discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori) in cui la sentenza del giudice amministrativo può coprire tutti gli aspetti dell'azione amministrativa ma occorre che l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto sia esperita contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio (art. 31, comma 3, e art. 34, comma 1 lett. c, c.p.a.).

Le azioni costitutive rappresentano la risposta processuale dei poteri costitutivi di cui è titolare l'amministrazione: come il potere attribuito alla P.A. dalla legge viene esercitato e produce effetti unilateralmente nella sfera del privato, così il privato può

[14] [14] Quando la posizione sostanziale garantita dall'ordinamento giuridico assurga alla consistenza di diritto soggettivo perfetto e l'ordinamento non attribuisca all'amministrazione alcun potere di degradarla, ciò significa, per usare una terminologia abituale nella giurisprudenza, che si è in presenza di pretese discendenti immediatamente dalla legge. Il difetto assoluto di un potere dispositivo dell'amministrazione comporta, allora, la pariteticità delle posizioni dell'amministrazione e del privato, ovverosia, che l'eventuale atto amministrativo lesivo non è autoritativo, sicchè non si pone la necessità di una sua impugnazione e quindi di un suo annullamento. In tali casi, il giudice amministrativo conosce direttamente il rapporto senza il filtro del provvedimento ed è per questo che, se si vuole, si può parlare di disapplicazione dell'atto amministrativo, purché sia ben chiaro, però, che tale disapplicazione è possibile e consentita perché l'atto non ha carattere autoritativo (Cons. giust. amm. si. , 4 aprile 1979, n. 47).

[15] 15] Corte cost. n. n.79/1967, nell'ammettere il principio di divisione dei poteri, precisa che esso è accolto nel nostro ordinamento non in astratto ma nei limiti delle norme costituzionali.

[16] [16] E' stato sottolineato che il giudizio amministrativo, in questo caso, rimane un giudizio sull'atto, ma in una versione diversificata a seguito della normativa sopravvenuta, nel senso che il rapporto di cui il giudice amministrativo accerta la legittimità o è quello già riflesso nell'atto impugnato o è quello di cui il ricorrente pretende la trasfusione in un successivo atto della p.a., mediante l'esecuzione del giudicato nel caso di perdurante inerzia della p.a. (Cons. St. sez.VI, n.717/2009).

domandarne l'eliminazione al giudice, impugnandone la fonte diretta, cioè il provvedimento. Dunque all'effetto costitutivo del potere amministrativo si sostituisce, laddove questo sia stato illegittimamente esercitato, l'effetto costitutivo inverso della sentenza di annullamento.

L'azione di annullamento ex art. 29 c.p.a., posizionata in apertura del capo riservato alle azioni di cognizione, rappresenta la perdurante centralità di essa nel processo amministrativo, sia pure in un ruolo di prevalenza piuttosto che di esclusività.

Oggetto dell'azione di annullamento è l'atto amministrativo, come testualmente affermato dalla correlata disposizione che si occupa dei poteri del giudice. Ma poi l'art. 34 stabilisce non solo che in caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda, annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato; ma anche che dispone le misure idonee per assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza.

Trattasi di disposizione che non concerne soltanto il giudizio di ottemperanza (già fornito di una propria disciplina), come potrebbe apparire con il riferimento all'attuazione del giudicato, ma che autorizza il giudice della cognizione a rendere esplicito il contenuto precettivo ulteriore della decisione di annullamento, dettando le regole della futura attività amministrativa, in modo da anticipare quanto potrà derivare dal giudicato. Benché il potere di annullamento sia riferito al provvedimento, avendo la tutela costitutiva carattere generale, l'azione di annullamento si può esperire avverso qualsiasi atto, comportamento con valore di atto (silenzio significativo), comportamento esecutivo dell'atto, tenuti dall'Amministrazione.

L'art. 7, comma 4, c.p.a. sottopone alla giurisdizione di legittimità "atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni", ossia tutte le possibili manifestazioni del potere amministrativo, dovendosi ricomprendere nella nozione di atto, distinta da quella di provvedimento, i comportamenti autoritativi di tipo commissivo.

Per le ipotesi di silenzio significativo – con valore di assenso o di rigetto – la tutela giurisdizionale è la stessa prevista avverso un provvedimento espresso, poiché il silenzio significativo equivale ad un provvedimento di accoglimento o di diniego. Se oggetto di controversia è un'attività materiale esecutiva di un provvedimento o altro comportamento che sia diretta espressione del potere, il giudizio verte sul provvedimento e, a titolo di invalidità derivata, sul comportamento, a meno che quest'ultimo non sussista da solo, quale immediata esplicazione del potere in modalità non formali, ed allora il giudizio verte sull'invalidità di detto comportamento, il quale, avendo efficacia costitutiva, in forza del potere autoritativo che realizza, ben può essere annullato. Di regola, in base alla tesi tradizionale, l'accoglimento della azione di annullamento comporta l'annullamento con effetti ex

tunc del provvedimento risultato illegittimo, con salvezza degli ulteriori provvedimenti della autorità amministrativa, che può anche retroattivamente disporre con un atto avente effetti 'ora per allora'.

Tale regola fondamentale è stata affermata ab antiquo (come ineluttabile corollario del principio di effettività della tutela), poiché la misura tipica dello Stato di diritto – come affermatosi con la legge fondamentale del 1889, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato – non può che essere quella della eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo per il ricorrente. Tuttavia quando la sua applicazione risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale, è stato recentemente ritenuto che la regola dell'annullamento con effetti ex tunc dell'atto impugnato a seconda delle circostanze deve trovare una deroga, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti (cons. St. sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488), o con la loro decorrenza ex nunc ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi.

Così è stato ritenuto illegittimo (Cons. St., sez. VI, n. 2755/2011) un piano faunistico venatorio regionale, senza disporne l'annullamento, il cui effetto sarebbe stato di eliminare le pur insufficienti misure protettive per la fauna, ritenendo invece congruo statuire l'obbligo di procedere entro dieci mesi all'approvazione di un nuovo piano faunistico, secondo le indicazioni fornite dalla sentenza in sede di accoglimento delle censure formulate dal ricorrente. Per quanto riguarda, invece, l'ampliamento della portata dell'azione, il riferimento è alla possibilità di riconoscere alla sentenza di annullamento effetti ulteriori rispetto all'eliminazione dell'atto, quando questo sia insufficiente a soddisfare la pretesa del ricorrente, come nel caso in cui sia impugnato un provvedimento di diniego.

Il primo passo in tale direzione è stato il riconoscimento, accanto al classico effetto demolitorio del giudicato amministrativo, dell'effetto ripristinatorio e conformativo. Il primo guarda al passato, eliminando la frazione del potere illegittimamente esercitato; gli altri guardano al futuro, orientando la residua frazione del potere amministrativo, al ripristino dello status quo ante e alla corretta ripetizione del procedimento. Quanto più il giudice riesce a trarre dall'avvenuto esercizio del potere il suo modo di essere, tanto più può fissare la regola per la sua rinnovazione nel caso concreto, vincolando l'attività amministrativa posteriore alla sentenza. In tale prospettiva il giudice deve esaminare il provvedimento impugnato non soltanto per verificare l'esistenza di illegittimità, ma anche per definire il contenuto del potere, soffermandosi – entro i motivi del ricorso – sul procedimento che lo ha prodotto e sulla situazione reale che ne forma oggetto.

Sennonché, anche quando il contenuto di accertamento della sentenza (variabile in relazione al tipo di vizio riscontrato ed alla quota di potere dedotta in giudizio) consentiva un'ampia definizione del rapporto, esso non poteva entrare nel

dispositivo, sicché la regola di azione statuita in sede di cognizione aveva natura "implicita, elastica, incompleta", potendo completarsi e compiersi solo nella sede del giudizio di ottemperanza.. Il secondo passaggio è stato quello di far convergere nel giudizio di annullamento, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui soluzione possa derivare una risposta definitiva alla pretesa del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita. Si è, pertanto, progressivamente affacciata, non senza tentennamenti, l'esigenza di accrescere i contenuti della decisione di cognizione, prima in sede dottrinaria [17[17]] e giurisprudenziale [18[18]] e poi in sede normativa [19[19]].

Hanno impresso una notevole accelerazione a detta nuova tendenza da un parte le innovazioni legislative intervenute recentemente in Francia e in Germania che hanno condotto ad un'anticipazione degli effetti vincolanti della sentenza amministrativa nel giudizio di cognizione [20[20]] e dall'altra l'attribuzione legislativa in Italia della tutela risarcitoria degli interessi legittimi al giudice amministrativo [21[21]], che per stabilire l'entità del risarcimento deve tener conto dei profili direttamente ripristinatori della sentenza di accoglimento. Con la conseguenza che l'effetto ripristinatorio della sentenza di accoglimento non è più accessorio e eventuale, ma si colloca nell'ambito delle conseguenze dirette della pronuncia, anche quando manchi una domanda di condanna [22[22]].

Per quanto concerne in particolare il c.p.a. si inquadrano in questa nuova tendenza:

a) artt. art. 31 e 117 in tema di azione avverso il silenzio, in base ai quali il giudice può conoscere di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario, che può nominare con la sentenza che definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata; può pronunciare sulla fondatezza della pretesa nel caso in cui si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini discrezionali e non sono necessari adempimenti istruttori a cura dell'amministrazione [23[23]];

[17] [17] M. Nigro, Il giudicato amministrativo e il processo amministrativo, scritti giuridici, tomo III, Milano 1996, pag.1529, che riproduce un suo scritto risalente al 1981, ove si afferma la non necessità di un'autorizzazione legislativa affinchè il giudice amministrativo indichi nella sentenza quali attività debba e possa compiere l'amministrazione per ricostruire lo stato di fatto e di diritto al momento del comportamento lesivo.

[18] [18] E' stato ammesso infatti il rimedio dell'ottemperanza in sede di cognizione sia per le misure cautelari (Cons. St. A. P. 30 aprile 1982, n. 6; Corte cost. 8 novembre 1995, n. 419) sia per il silenzio rifiuto (Cons. St. A. P. 9 gennaio 2002, n.1).

[19] [19] Legge n. 205/2000 (art. 2 per il silenzio rifiuto e art. 3 per le misure cautelari).

[20] [20] F. Secchi, tesi dottorato su "L'esecuzione del giudicato nell'esperienza italiana e tedesca", anno accademico 2008/2009, in internet.

[21] [21] Legge n.205/2000, art 7 .

[22] [22] M. Lipari, L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza, in Federalismi, 2010.

[23] [23] Proponendo l'azione di adempimento nel processo avverso il silenzio, che consente al privato di ottenere un sentenza di condanna dell'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto (Tar Calabria-Catanzaro, 13 giugno 2011, n.899).

b)il contenuto delle sentenze di merito, nei limiti della domanda:

-art, 34, comma 1 lett. c, nella parte in cui prevede che il giudice (in caso di accoglimento del ricorso) condanna……all'adozione delle misure necessarie a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 c.c.;

-art.34,comma 1 lett.c (ultimo periodo aggiunto dal secondo correttivo) concernente l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento, purchè proposta contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio ai sensi e nei limiti dell'art.31, comma 3 [24[24]];

-art. 34, comma 1 lett. e), nella parte in cui prevede che la nomina del commissario ad acta può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza;

-art.34, comma 3, il quale stabilisce che se nel corso del giudizio l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori [25[25]];

-art.34, comma 4, che in caso di condanna pecuniaria consente in generale al giudice (e non solo per i casi di giurisdizione esclusiva [26[26]]), di stabilire, in mancanza di opposizione delle parti, i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma di danaro entro un congruo termine; prevedendo in mancanza di accordo o in caso di inadempimento degli obblighi dell'accordo il ricorso per l'ottemperanza;

[24] [25] La disposizione è equivoca in quanto non chiarisce se si tratta di un potere esercitabile d'ufficio o su istanza di parte da avanzare anche nel corso del giudizio (nel primo senso: Cons. St. sez. IV, 18 maggio 2012, n.2916, nel secondo: TAR Toscana, 30 maggio 2012, n.1047). Comunque il presupposto della sussistenza di un interesse ai fini risarcitori, prescritto nella norma, sembra richiedere per lo meno la prospettazione di fatti idonei da cui desumere l'interesse della parte ai fini risarcitori, ma va delineandosi che occorra apposita richiesta (TAR Lombardia, Milano 6 marzo 2014, n. 606). Quest'ultimo orientamento appare condiviso anche da una recente sentenza del Consiglio di Stato sez. V 28 aprile 2014 n. 2184. ove è precisato l'esigenza di accertare l'illegittimità dell'atto laddovevenga prospettata e sia astrattamente ravvisabile l'utilità di un tale decisum nella proiezione di un successivo giudizio risarcitorio, ferma restando la riserva a tale separato momento cognitivo della delibazione, sul piano dell'an e del quantum, della domanda risarcitoria (sulla necessità di una domanda o allegazione di parte e sulla riserva al giudice del risarcimento della cognizione della relativa domanda, Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6541).

[25] [24] La disposizione è stata recentemente applicata dal TAR lazio sez. II bis 12 novembre 2012, n. 9210 a proposito della fissazione della data per le elezioni regionali nella regione Lazio, affermandosi che il ricorso "contiene un'azione dichiarativa dell'illegittimità dell'inerzia dell'Amministrazione intimata rispetto al comportamento ad essa imposto dalla vigente normativa, con la conseguente domanda di condanna della stessa ad un facere doveroso, per il quale sono stati ormai esauriti – come argomentato da parte ricorrente – i residui margini di discrezionalità temporale, con connessa necessità, ai fini del ripristino della legalità violata, di fissare lo svolgimento delle elezioni alla prima data utile tecnicamente compatibile con gli adempimenti procedimentali previsti dalla normativa vigente in materia di operazioni elettorali".

[26] [26] Limitazione prevista dall'art. 35 legge n. 205/2000.

-art.117 in tema di accesso ai documenti amministrativi, statuisce che il giudice, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti, dettando ove occorra le relative modalità;

c) artt. 121 e 122, riguardanti la giurisdizione amministrativa in materia di inefficacia del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione, con cognizione del giudice riferita al concreto modo di essere del rapporto contrattuale in atto, in riferimento, fra l'altro, allo stato di esecuzione delle prestazioni.

Si pone il problema di delimitare le misure complementari ammissibili nell'azione di annullamento.

Occorre premettere che l'ordine di emanazione del provvedimento favorevole non è il risultato dell'accertamento definitivo della fondatezza di una pretesa, ma costituisce semplicemente la proiezione delle conseguenze che derivano dall'accoglimento del ricorso in primo grado. Il giudice, cioè, non accerta egli stesso la sussistenza di tutte le circostanze ed i presupposti per il favorevole esercizio del potere, ma si limita a risolvere le specifiche questioni che stanno alla base dei motivi di ricorso, prendendo atto, per i restanti aspetti, che gli accertamenti già compiuti e le determinazioni già adottate dall'amministrazione non ostano al rilascio del provvedimento richiesto o, ancor più nitidamente, condiziona l'efficacia dell'ordine alla circostanza che non vi siano impedimenti giuridici, la cui verifica compete all'amministrazione. Non sono statuizioni di condanna in forma specifica, ma prescrizioni attuative dell'effetto conformativo, quando questo è piuttosto stringente.

In concreto, però, questo significa che l'attività amministrativa oggetto di tali prescrizioni non è totalmente vincolata, e l'amministrazione conserva un margine di scelta in sede di riesame, poiché nel processo amministrativo su interessi legittimi non opera il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, benché le novità processuali, specie in termini di allegazione e di prova, comportano un rafforzamento della stabilità del giudicato.

Non sembra, invece, che in sede di giudizio di cognizione le misure attuative del giudicato possano assumere carattere sostitutivo, essendo riservata alla giurisdizione di merito il potere riformare, adottare o modificare gli atti amministrativi. Quindi, il giudice dovrà limitarsi a determinare le modalità esecutive (arg. ex art. 114, comma 4 lett.c, c.p.a) e la nomina del commissario segna il limite massimo dell'estensione del giudizio di cognizione, sicché il sindacato sulla conformità della sua attività al contenuto precettivo della sentenza ricade nell'ambito del giudizio di ottemperanza.

L'azione di mero accertamento.

Nelle azioni di mero accertamento, la funzione di accertamento non è strumentale ad altra pronuncia di cognizione (costitutiva o di condanna) ma si risolve in sè stessa [27[27]].

Nel processo civile l'azione di mero accertamento è in astratto generalmente ammessa a fronte dell'art.2909 c.c. che sancisce il giudicato sull'accertamento contenuto in sentenza, ma il problema è quello di individuare le condizioni di ammissibilità di una tale tutela al di fuori dei casi espressamente previsti . Nel processo amministrativo si è parlato di azione di accertamento con riferimento alle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, nelle controversie relative al riparto di spese per alienati o in materia di debito pubblico (Cons. St. A. P. 26 ottobre 1953, n. 17). Autorevole dottrina nel 1963 poneva, accanto all'azione di annullamento dei provvedimenti amministrativi, l'azione di accertamento per la maggior parte delle controversie risalenti alla giurisdizione propria del Consiglio di Stato del 1865 (poi confluite nella giurisdizione anche in merito di cui all'art. 25 T. U. n.6166/1889) e nel caso previsto dall'art. 33 T. U. n.1054/1924 (poi abrogato dall'art. 4 dell'allegato 4 c.p.a.) [28].

Di azione di accertamento si è parlato in particolare con riferimento alle controversie oggetto di giurisdizione esclusiva vertenti su posizioni di diritto soggettivo (per lo meno dagli anni 1939-40 in poi) e per la dichiarazione di illegittimità del silenzio rifiuto della p.a. in ordine alle istanze dei privati dal 1960 in poi (Cons. St. A. P. n.8/1960). Prima del codice in ordine all'ammissibilità innanzi al giudice amministrativo di un'azione di mero accertamento nell'ambito della giurisdizione di legittimità sono stati prospettati numerosi dubbi, sia in dottrina, sia in giurisprudenza [30[29]].

Secondo alcuni un giudizio di accertamento sarebbe ammissibile solo in una controversia tra soggetti in posizione di parità e rispetto ai quali il giudice detiene il potere di fissare la disciplina puntuale del rapporto concreto. Quando, viceversa, sussiste un soggetto in posizione di supremazia (la pubblica amministrazione), la soluzione del conflitto di interessi sarebbe demandata a tale soggetto, che detiene e gestisce il potere, ed il sindacato del giudice, in tali casi, non può che assumere la struttura del controllo successivo dei modi di esercizio del potere, laddove, viceversa,

[27] [27] Si afferma in genere che nell'azione di mero accertamento la parte si limita a chiedere al giudice l'accertamento di un rapporto controverso, mentre nelle sentenze di condanna l'accertamento è rivolto ad effetti ulteriori ed è preparatorio dell'esecuzione e nelle sentenze costitutive l'accertamento costituisce un elemento di una più complessa fattispecie cui è ricollegato il prodursi di un determinato effetto sostanziale.

[28] [29] A. M. Sandulli, Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati, 1963, p.33 e segg.

[29] [30] Afferma l'inammissibilità di una pronuncia meramente dichiarativa in sede di legittimità, se non nelle ipotesi previste dalla legge, Con. St. sez. V, 9 dicembre 1970, n. 1060; mentre l' ammette solo in caso di diritto soggettivo Cons. St. sez. V 9 dicembre 2009, n. 7694.

un giudizio di accertamento del rapporto comporrebbe una inammissibile sostituzione all'Amministrazione nella titolarità e nella gestione del potere .

Ulteriori ostacoli all'ammissibilità dell'azione di accertamento autonomo nel processo amministrativo derivano, secondo l'insegnamento tradizionale: a) dalla negazione, invalsa soprattutto in passato, che l'interesse legittimo sia una posizione giuridica sostanziale avente la stessa dignità del diritto soggettivo; b) dalla mancanza di un riconoscimento espresso dell'azione di accertamento da parte del Legislatore, a differenza di quanto accade negli ordinamenti di altri Paesi che tale azione conoscono (ad es. quello germanico); c) dalla tradizionale configurazione del giudizio amministrativo come giudizio sull'atto, e non sul rapporto, nell'ambito del quale, pertanto, al di là dei casi espressamente previsti dalla legge, l'unica azione proponibile sarebbe quella volta ad ottenere l'annullamento del provvedimento illegittimo; d) dalla limitazione dei mezzi di prova utilizzabili dal giudice amministrativo, il quale, pertanto, non sarebbe in grado, per la povertà dei suoi poteri istruttori, di compiere un accertamento pieno del rapporto controverso.

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'ultimo decennio, ha determinato il superamento di una così rigida chiusura all'azione di accertamento del processo amministrativo, offendo, al contempo, numerosi argomenti che depongono a favore di una diversa soluzione . In primo luogo, come hanno anche recentemente evidenziato le Sezioni unite della Corte di cassazione (sentenza 23 dicembre 2008 n. 30254) "sono ormai definitivamente tramontate precedenti ricostruzioni della figura dell'interesse legittimo e della giurisdizione amministrativa, che il primo configuravano come situazione funzionale a rendere possibile l'intervento degli organi della giustizia amministrativa, e della seconda predicavano la natura di giurisdizione di tipo oggettivo, e dunque di mezzo direttamente volto a rendere possibile, attraverso una nuova determinazione amministrativa, il ripristino della legalità violata e solo indirettamente a realizzare l'interesse del privato". Va inoltre considerato che, la nozione di interesse legittimo serve anche a contraddistinguere il nucleo di facoltà, inerenti al diritto di proprietà il cui esercizio è ex lege subordinato al potere conformativo della P.A. Più propriamente alcune modalità di godimento (facoltà) a seguito dell'intervenuta modifica legislativa non devono essere pregiudizialmente assentite dalla P.A., ma presuppongono l'invio di una informativa, assistita da un progetto. Trascorso infruttuosamente il termine di 30 giorni, l'agere licere del privato, titolare del bene, si riespande pienamente. Rientra nel potere della P.A. accertare la corretta utilizzazione della misura liberalizzatrice da parte del privato e di intervenire tempestivamente nei casi di suo uso distorto.

Ciò significa che la nozione di interesse legittimo, utilizzata originariamente per contrassegnare situazioni sostanziali che non raggiungevano la soglia di tutela propria del diritto soggettivo, serve oggi anche a contrassegnare il nucleo di facoltà che, all'interno del diritto soggettivo, possono essere esercitate solo a seguito del positivo esercizio da parte della P.A. dal suo potere conformativo. In

questi casi, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sulla titolarità del diritto, quello amministrativo giudica del suo contenuto, del suo grado di tutela, a seconda che venga o meno in conflitto con interessi di rilevanza pubblicistica (urbanistica, ambiente, paesaggio ecc.).

In tal senso si è chiaramente espressa la Corte costituzionale con la sentenza 6 luglio 2004 n. 204, che ha chiarito che l'art. 24 della Costituzione assicura agli interessi legittimi "le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare".La stessa attribuzione al Giudice amministrativo del potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto anche nell'ambito della competenza generale di legittimità (ex art. 7 legge n. 205 del 2000) affonda le sua radici, secondo la Corte, nell'art. 24 della Costituzione "il quale garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri".

Anche la Corte costituzionale ha dato, dunque, il proprio avallo alla piena parificazione tra diritti soggettivi e interessi legittimi quanto a possibilità di farli valere in giudizio, all'effettività della tutela e all'adeguatezza dei poteri del giudice. Come attenta dottrina non ha mancato di rilevare, questo criterio interpretativo generale deve presiedere alla ricostruzione delle disposizioni legislative oggi vigenti in materia di processo amministrativo e, per quel che più rileva in questa sede, deve rappresentare il punto di partenza nella risoluzione della questione relativa all'ammissibilità di una azione di accertamento nel processo amministrativo da parte del terzo che si ritenga leso dell'attività iniziata sulla base della relativa comunicazione.

In senso contrario all'azione atipica di accertamento, non pare risolutiva nemmeno la tradizionale considerazione secondo cui il giudizio amministrativo è un giudizio sull'atto e non sul rapporto. In primo luogo, tale affermazione riguarda il giudizio di annullamento (che presuppone che sia stato emanato un provvedimento di cui si contesta l'illegittimità); non può invece assumere rilevanza nell'ambito di un giudizio che non mira alla eliminazione del provvedimento, ma vuole ottenere un accertamento giurisdizionale (di inesistenza dei presupposti della domanda) al fine di sollecitare il successivo esercizio del potere amministrativo. In questo caso, mancando il provvedimento da scrutinare, l'oggetto del giudizio non può che essere il rapporto che, secondo il ricorrente dovrebbe essere poi recepito nel successivo provvedimento repressivo.

In secondo luogo, anche la tradizionale configurazione del giudizio di annullamento come giudizio sull'atto (e non sul rapporto) non è più così pacifica come era in passato. Citando ancora la recente sentenza delle Sezioni unite n. 30254 del 2008, più indici normativi testimoniano la trasformazione in atto dello stesso giudizio sulla domanda di annullamento, da giudizio sul provvedimento a giudizio sul rapporto.

Basti pensare: all'impugnazione con motivi aggiunti dei provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso (art. 21 comma 1 legge T.A.R., modificato dall'art. 1 legge n. 205 del 2000); al potere del giudice di negare l'annullamento dell'atto impugnato per vizi di violazione di norme sul procedimento, quando giudichi palese, per la natura vincolata del provvedimento, che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (art. 21 octies legge n. 241 del 1990, introdotto dall'art. 21 bis legge n. 15 del 2005); al potere del giudice amministrativo di conoscere la fondatezza dell'istanza nel giudizio avverso il silenzio-rifiuto (art. 2 comma 5 legge n. 241 del 1990, come modificato dalla legge n. 80 del 2005 in sede di conversione del decreto legge n. 35 del 2005).

Il giudizio amministrativo, rimane perciò, un giudizio sull'atto, ma in una versione diversificata a seguito della normativa sopravvenuta, nella quale va inclusa quella in esame, nel senso che il rapporto di cui il giudice amministrativo accerta la legittimità o è quello già riflesso nell'atto impugnato o è quello di cui il ricorrente pretende la trasfusione in un successivo atto della p.a., mediante l'esecuzione del giudicato nel caso di perdurante inerzia dell'amministrazione. Non appare decisivo nemmeno l'ostacolo derivante dalla mancanza di una norma espressa che preveda in generale l'azione di accertamento nel processo amministrativo. Come è stato efficacemente rilevato dalla dottrina che si è occupata del tema, sotto questo profilo ricorre nel processo amministrativo una situazione del tutto analoga a quella del processo civile, nel quale pure manca un esplicito riconoscimento normativo generale dell'azione di accertamento (specifiche azioni di accertamento sono previste nel codice civile solo per i diritti reali). Ciò nonostante, nel processo civile l'azione di accertamento è pacificamente ammessa. A tale pacifico riconoscimento dell'azione di accertamento nel giudizio civile si giunge partendo dalla premessa concettuale che il potere di accertamento del giudice sia connaturato al concetto stesso di giurisdizione, sicché si può dire che non sussista giurisdizione e potere giurisdizionale se l'organo decidente non possa quanto meno accertare quale sia il corretto assetto giuridico di un determinato rapporto.

L'azione di accertamento nel nostro ordinamento non è quindi un'azione "tipica" (come lo è, ad esempio, nel diritto processuale civile l'azione costitutiva ex art. 2908 Cod. civ.), in quanto non è necessario un espresso riconoscimento normativo per ammetterne la vigenza. L'ammissibilità di tale azione discende di per sé dall'esistenza della giurisdizione che implica appunto lo "ius dicere". Ad analoghe conclusioni può giungersi per il processo amministrativo in quanto il potere di accertamento del giudice non può essere limitato alle sole ipotesi tipiche specificamente previste.

La tipicità dell'azione di annullamento era coerente con la visione originaria del processo amministrativo come un processo impostato sulla tutela degli interessi legittimi oppositivi ai quali corrispondeva una pretesa a un "non facere" in capo

all'Amministrazione, cioè un dovere di astensione dall'emanare il provvedimento restrittivo della sfera giuridica dell'interessato. L'art. 45 del testo unico e l'art. 26 comma 2 legge istitutiva dei T.A.R. che individuano come unico dispositivo di accoglimento la sentenza di annullamento rispecchiavano perfettamente tale visione.

Una siffatta visione non corrisponde più all'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha attribuito rilevanza e pari dignità agli interessi legittimi pretensivi. A favore dell'ammissibilità di una azione atipica di accertamento gioca un ruolo decisivo anche l'art. 24 della Costituzione. Tale norma sancisce il diritto di azione per la tutela degli interessi legittimi in sé considerati, e dunque, indipendentemente dal problema dell'annullamento dell'atto amministrativo. Viene così costituzionalizzato il carattere strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale, in linea con la nota formula dottrinale secondo cui il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quelle e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire. Ne deriva che anche per gli interessi legittimi la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo di questa posizione sostanziale, almeno in tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti necessaria per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente. A tale risultato non può opporsi il principio di tipicità delle azioni, in quanto, come è stato di recente rilevato, uno dei corollari dell'effettività della tutela è anche il principio della atipicità delle forme di tutela, non diversamente da quello che accade nel processo civile. E non vi è ragione di differenziare, in linea di principio, sotto il profilo delle implicazioni che possono trarsi dall'art. 24 della Costituzione, il processo amministrativo dal processo civile, soprattutto se si riconosce all'interesse legittimo, com'è ormai pacifico, una rilevanza sostanziale analoga a quella del diritto soggettivo. Deve, allora, condividersi l'opinione di quanti sostengono che l'esigenza dell'effettività della tutela non può dirsi soddisfatta solo perché l'ordinamento consenta un rimedio giurisdizionale qualsiasi al diritto (o all'interesse) che si assume violato o insoddisfatto: occorre invece che la tutela assicuri in modo specifico l'attuazione della pretesa sostanziale. Né, in senso contrario, può assumere rilievo la considerazione, prima ricordata, secondo cui un giudizio di accertamento del rapporto comporrebbe una inammissibile sostituzione all'Amministrazione nella titolarità e nella gestione del potere.

L'azione di accertamento non scaturisce, infatti, dalla mera esigenza di eliminare una incertezza sulla posizione giuridica sostanziale, ma dalla più pregnante esigenza di eliminare una lesione già in atto, determinata dalla difformità tra lo stato di fatto e lo situazione di diritto, a causa della già intrapresa realizzazione di un intervento non consentito in base alla domanda del'interessato. Non si tratta, dunque, di una tutela preventiva dell'interesse legittimo del terzo che sarebbe in contrasto con il fatto che l'ordinamento ha attribuito all'Amministrazione la gestione di determinati rapporti. Si tratta, viceversa, di una tutela a posteriori, richiesta a seguito della asserita lesione dell'interesse legittimo del terzo controinteressato rispetto all'attività richiesta.

L'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo della posizione sostanziale è ammissibile almeno in tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti necessaria per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente.

Il c.p.a. e l'azione di accertamento.

Nel testo predisposto dall'apposita Commissione presso il Consiglio di Stato, le norme erano state redatte in coerenza con la tradizionale tripartizione delle azioni di cognizione (costitutive, di accertamento e di condanna), dando autonomo rilievo all'azione di accertamento [33[30]]. Nel contempo venivano fissati specifici limiti a tale azione stabilendosi che, ad eccezione dell'azione di nullità, l'accertamento non può comunque essere chiesto, salvo quanto disposto dall'articolo 39, comma 4, (concernente l'azione autonoma di risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo nel termine di 180 giorni), quando il ricorrente può o avrebbe potuto far valere i propri diritti o interessi mediante l'azione di annullamento o di adempimento; l'accertamento non può altresì essere chiesto con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

Ma poi il Governo ha eliminato le norme sull'azione di accertamento precisando "di non esercitare, allo stato, in parte qua tale facoltà concessa dalla delega, ritenendo adeguata e completa la tutela apprestata dalle azioni già previste dal Capo II"

La giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del c.p.a. (Consiglio St. A. P. decisioni 23 marzo 2011 n. 3 e 29 luglio 2011 n. 15) si e chiaramente pronunciata per l'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo

Secondo tale orientamento interpretativo l'assenza di una previsione legislativa espressa non osta all'esperibilità di un'azione di mero accertamento quante volte detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'interesse legittimo (cfr., da ultimo, Sez. V, 31 gennaio 2012 n. 472).

In adesione a detto indirizzo si deve ribadire che, nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo finale del codice del processo amministrativo, dell'azione generale di accertamento non preclude la praticabilità di una tecnica di tutela che rinviene il suo fondamento nelle

[30] [33] L'art. 36 della relativa bozza, intitolato "azione di accertamento", stabiliva quanto segue:"1.Chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative. 2. Può altresì essere chiesto l'accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo. 3. Ad eccezione dell'azione di nullità, l'accertamento non può comunque essere chiesto, salvo quanto disposto dall'articolo 39, comma 4, quando il ricorrente può o avrebbe potuto far valere i propri diritti o interessi mediante l'azione di annullamento o di adempimento; l'accertamento non può altresì essere chiesto con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa tutela giurisdizionale (artt. 24, 103, 111 e 113).

Anche per gli interessi legittimi, infatti, come pacificamente ritenuto nel processo civile per i diritti soggettivi, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo, con particolare riguardo a tutti i casi in cui siffatta azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente.

A tale risultato non può del resto opporsi il principio di tipicità delle azioni, in quanto corollario indefettibile dell'effettività della tutela è proprio il principio della atipicità delle forme di tutela. In questo quadro la mancata previsione di una norma esplicita sull'azione generale di accertamento non è sintomatica della volontà legislativa di sancire una preclusione di dubbia costituzionalità ma è spiegabile, anche alla luce degli elementi ricavabili dai lavori preparatori, con la considerazione che le azioni tipizzate, idonee a conseguire statuizioni dichiarative, di condanna e costitutive, consentono di norma una tutela idonea ed adeguata che non ha bisogno di pronunce meramente dichiarative in cui la funzione di accertamento non si appalesa strumentale all'adozione di altra pronuncia di cognizione ma si presenta allo stato puro. Ne deriva, di contro, che, ove dette azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l'azione di accertamento atipica, ove sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale ex art. 100 Cod. proc. civ., risulta praticabile in forza delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art. 1 del codice oltre che dai criteri di delega di cui all'art. 44 della legge n. 69 del 2009. In definitiva, il principio dell'interesse a ricorrere di cui all'art. 100 Cod. proc. civ., operante nel processo amministrativo in virtù del rinvio esterno recato dall'art. 39 del codice del processo amministrativo, funziona non soltanto come presupposto processuale dell'azione di annullamento e di condanna ma, ai sensi dell'art. 24 Cost., come fattore di legittimazione generale ad agire, che abilita il soggetto all'azione di mero accertamento.

Il riconoscimento dell'ammissibilità in termini generali dell'azione di accertamento dovrebbe persistere, nonostante vi sia stato un intervento del legislatore in ordine alla tutela esercitabile dal terzo nei confronti della d.i.a. o s.c.i.a., con l'elimianzione dell'ipotesi concreta esaminata dalla giurisprudenza. Infatti, con l'art. 6 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, è stato aggiunto il comma 6-ter all'articolo 19, della legge 7 agosto 1990, n. 241, che prevede che "La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. "104".

Ma in senso contrario si è espresso Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 231, sostenendosi che l'azione di mero accertamento è esercitabile solamente nei casi tipicamente definiti dal legislatore od enucleabili dal contesto della disciplina di tutela: il riferimento, a titolo esemplificativo, è all'azione di accertamento in materia di silenzio, in materia di nullità del provvedimento, in materia di ottemperanza e di cd. SCIA, tutte riconducibili a peculiarità sostanziali che si riflettono nella tipicità e specialità della tutela giurisdizionale (azione) e processuale (rito) accordata dall'ordinamento.

Dall'art. 1 c.p.a., che richiama l'esigenza di una tutela piena ed effettiva, in relazione all'art. 24 Cost., non può, del resto, ricavarsi, un principio di atipicità dell'azione di accertamento, poiché dovrebbe, se mai, preliminarmente dimostrarsi che il sistema di tutele del codice sia, per questa parte, lacunoso, e quindi da integrare in via ermeneutica con il richiamo ai principi costituzionali ed europei del giusto processo. Ma, in realtà, nel nostro ordinamento non si ravvisa alcuna lacuna di tutela, semmai una spinta opposta che potrebbe dirsi "sovra-tutelante".

In particolare, con riguardo alla SCIA, preme evidenziare come una tale azione, lungi dal presentarsi come un rimedio generalizzato ed alternativo all'azione caducatoria, possa essere promossa dal privato soltanto nei casi in cui costituisca l'unico strumento a disposizione del ricorrente per tutelare la propria posizione soggettiva. È quanto d'altronde affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n.15/2011 chiamata a pronunciarsi sulla natura giuridica della DIA (oggi SCIA, appunto), nonché sulla tutela da assicurare al terzo, leso per effetto dell'attività avviata dal denunciante. Il Supremo Consesso della giustizia amministrativa, operando un'innovativa lettura del dettato positivo, i cui effetti tuttavia sono stati in parte attenuati dalla successiva riforma normativa (art. 6 comma 1 decreto legge n. 138 del 2011, convertito dalla legge n. 148 del 2011), ha difatti evidenziato come, a seguito della segnalazione del privato, avente ad oggetto l'avvio di un'attività assoggettata a DIA, l'Amministrazione sia tenuta ad avviare un procedimento per verificare la conformità, di quanto dichiarato dal denunciante, ai requisiti prescritti dalla disciplina di settore, onde adottare, in caso di riscontro negativo, i consequenziali provvedimenti conformativi.

Tornando al problema generale della tipicità delle azioni di accertamento nel nostro ordinamento processuale, ed in disparte l'argomento, comunque decisivo, dell'assenza di qualsivoglia base normativa per sorreggere tale tipologia di tutela, si deve osservare che le amputazioni subite dalla disciplina delle azioni in seno al codice rispetto alla legge delega (art. 44 comma 1) se non possono certamente condizionare l'interpretazione delle disposizioni approvate, altrettanto sicuramente forniscono un criterio ermeneutico che spinge l'interprete verso tale conclusione, ovvero che l'azione di mero accertamento, nel processo amministrativo, sia un'azione tipica e non atipica.

La stessa Relazione al codice, nel dar conto della soppressione dell'azione di accertamento, spiega che il Governo ha ritenuto "di non esercitare, allo stato, in parte qua tale facoltà concessa dalla delega, ritenendo adeguata e completa la tutela apprestata dalle azioni già previste dal Capo II". Peraltro, dall'art. 1 del codice, nel richiamare l'esigenza di una tutela piena ed effettiva, in relazione a quanto disposto dall'art. 24 della Costituzione, non può certamente ricavarsi un principio di atipicità dell'azione di accertamento, poiché dovrebbe semmai preliminarmente dimostrarsi che il sistema di tutele del codice sia, per questa parte, lacunoso e, quindi, necessariamente da integrare in via ermeneutica con il richiamo ai principi costituzionali ed europei del giusto processo; dimostrazione che è ben lungi dall'essere un fatto certo. Anzi, in via generale nella citata sentenza si ritiene che il nostro sistema processuale amministrativo sia caratterizzato, almeno sul piano dei rimedi astrattamene previsti, da un'accentuata protezione, in funzione garantista, rispetto alle posizioni soggettive vantate dai cittadini nei confronti dei pubblici poteri, in una logica di sistema che non ha eguali nello scenario dei Paesi evoluti ai quali possiamo confrontare il sistema processuale stesso. Basti pensare, a titolo di esempio, ai gradi di giudizio che lo connotano che, tra fase cautelare di primo e secondo grado, merito e appello, nonché eventuale revocazione, implicano che anche ventuno giudici possano finire per occuparsi di un singolo fascicolo processuale. Oppure basti pensare ai principi probatori estremamente semplificati e improntati alla speditezza processuale, che il giudice amministrativo ha da tempo adottato (ad es., il cd. principio di prova "attenuato", oppure la liquidazione forfetaria ed equitativa del danno) e che sono orientati nella stessa direzione. Pertanto, nell'equilibrio del sistema processuale nel suo complesso, il nostro ordinamento non mostra alcuna lacuna di tutela, semmai una spinta opposta che potrebbe dirsi "sovra-tutelante". A nulla rileva, peraltro, che nella concreta azione dei pubblici poteri questo apparato di tutele si dimostri spesso impotente a correggere le violazioni della legalità riscontrabili nei processi operativi che coinvolgono le Amministrazioni a tutti i livelli e che di frequente, come ha messo in luce anche dal Consiglio di Stato nella sentenza 27 luglio 2011 n. 4502, perpetuano "il costume, improponibile prima sul piano culturale e civile che su quello giuridico, di affermare grandi e importanti principi di civiltà avanzata per poi disattenderli puntualmente in fase applicativa". La disattenzione per le regole della corretta e buona amministrazione, secondo una cultura di illegalità diffusa capace di compromettere anche i più avanzati ed articolati strumenti di tutela del cittadino, come quello che esprime il nostro ordinamento giuridico, non può influire sul giudizio complessivo del nostro ordinamento che non conosce (almeno in linea teorica) vuoti di tutela. Anche i dati normativi testuali che si pretenderebbe di leggere nella direzione del principio di atipicità, come l'art. 34 comma 1 lett. c) codice, che prevede l'adozione "delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio", sono manifestamente insussistenti, atteso che tale disposizione precisa i contenuti della sentenza di condanna e non quella di mero accertamento.

Per inciso il secondo correttivo al Cod. proc. amm. (D.L.vo n. 160 del 2012), con l'aggiunta di un comma 2 all'art. 34 lett. c) Cod. proc. amm., ha introdotto un'ulteriore azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto, recependo in sede legislativa le sollecitazioni proposte dalla decisione dell'Ad. plen. n. 3 del 2011, rafforzando e potenziando ancora la tutela del cittadino, ma muovendo sempre nella logica dell'azione di condanna, per l'appunto. Né muove nella stessa direzione la successiva lett. e) in base alla quale il giudice dispone "le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato", inclusa la nomina, già in sede di cognizione, di un commissario ad acta con sua operatività dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza, poiché l'azione di accertamento sarebbe, semmai, l'oggetto di un giudicato e non una misura per attuarlo.

Pertanto, deve ritenersi inammissibile un' azione di accertamento nei casi non previsti dalla legge.

Detto orientamento negativo è stato seguito dal TAR Puglia-Bari, 6 febbraio 2014, n. 184, che ha dichiarato inammissibile l'azione di accertamento, non rientrando siffatta tipologia di azione tra quelle tipiche espressamente previste dal codice del processo amministrativo, precisandosi che la possibilità di configurare domande e azioni atipiche deve chiaramente ritenersi subordinata quantomeno alla necessità che tale forma di> azione risulti necessaria in quanto unico rimedio a tutela di situazioni di interesse meritevole di tutela asseritamente lese.

Pertanto, si può concludere ritenendo che non sembra da escludere in assoluto l'ammissibilità di un'azione di accertamento atipica nel processo amministrativo di legittimità, ma il problema è quello di stabilirne i relativi presupposti, come del resto nel processo civile.

L'azione di nullità.

Premessa

L'invalidità e le sue regole non costituiscono una categoria logica, ma sono nella piena disponibilità del legislatore. Perciò la valutazione di validità o di invalidità di un atto va effettuata sulla base dei relativi parametri normativi. La condizione di invalidità caratterizza gli atti che risultino in contrasto con le regole di diritto vigenti alla data della sua emanazione [34[31]], salvo la problematica dell'invalidità successiva. L'atto difforme dai parametri legali è sanzionato dall'ordinamento con il disconoscimento in tutto o in parte degli effetti sulla base della gravità del vizio e/o degli interessi pubblici e privati che intende tutelare, sia in via automatica (come normalmente avviene in caso di nullità dell'atto) sia a seguito di apposita pronuncia giudiziale provocata dagli interessati (in caso di annullabilità dell'atto) [35]. Il legislatore del 1942, aveva previsto nel cod. civ. numerose "salvezze" all'interno della disciplina di cui agli artt. 1418 ss. c.c., riconosciuta come la regolamentazione

[31] [34] Corte cost. 24 aprile 2013, n. 70; Cons. St. sez. IV, 21 agosto 2012, n. 4583.

generale da applicare alla nullità laddove mancassero precetti ad hoc. Tuttavia, le numerose disposizioni legislative sopravvenute che prevedono delle nullità speciali facendo uso delle suddette "salvezze" finiscono per restituire all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale una nozione dai contorni non più definiti: voler parlare di nullità con riferimento alle numerose fattispecie previste dalle leggi speciali implica l'esigenza di operare numerose concessioni in relazione alle esigenze del caso. È chiaro tuttavia che, seguendo questo metodo, della nullità tradizionale resta ben poco.

Il principale spunto di riflessione è rappresentato dal nuovo meccanismo di tutela del contraente debole che si risolve nella nullità c.d. di protezione, la cui denominazione, è stata anche esplicitamente recepita dal legislatore nel Codice del consumo in relazione alla sorte delle clausole vessatorie contenute nei contratti standardizzati. Tale tipo di nullità si innesta nel percorso più ampio già tracciato, anche se in modo molto più flebile, dalla cd. "nullità relativa", caratterizzata dalla deroga al principio della legittimazione generale. Si esclude ormai la sussistenza di un regime generale della nullità civilistica cui si affiancherebbero mere previsioni di nullità speciale in determinate aree giuridiche: è più realistico ed aderente al dato legislativo parlare di pluralità di statuti di nullità. Questa conclusione sulle nullità di carattere civile sembra trovare conferma nella disciplina della nullità dell'atto amministrativo.

L'atto nullo in diritto amministrativo.

In diritto amministrativo i vizi dell'atto amministrativo sono stati enumerati per la prima volta sotto tre tipi dall'art. 3 legge 31 marzo 1889, n. 5994, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (spetta alla sezione quarta di decidere sui ricorsi per incompetenza, eccesso di potere (inteso come sviamento di potere) o per violazione di legge contro atti e provvedimenti ….), riconducibili comunque alla violazione di legge. In precedenza si parlava nell'art. 9 legge n.2248/1865, allegato D , di ricorsi al Re contro la legittimità di provvedimenti amministrativi a proposito del parere obbligatorio del Consiglio di Stato sul ricorso , che comprendeva all'epoca solo i vizi di incompetenza e di violazione di legge, in quanto l'eccesso di potere era inteso come straripamento di potere (legge n. 3761/1877 sui conflitti di attribuzione: spetta alla Cassazione di Roma giudicare .. sulla nullità delle sentenze.. per incompetenza o eccesso di potere).

In tema di nullità dell'atto amministrativo è opportuno distinguere tre periodi:

-il periodo anteriore al 2005 (allorchè mancava una disciplina generale sia sostanziale che processuale dell'atto nullo, ma vi erano singole ipotesi di atti nulli previste dalle norme);

-quello intermedio, successivo alla l.n.15/2005 e anteriore al c.p.a. con la presenza dell'art.21 septies legge n.241/1990, che ha tentato di delineare una disciplina

generale dei casi di nullità ma senza precisare la disciplina processuale dell'azione di nullità;

-quello attuale con l'intervento dell'art.31, comma 4, decr. leg.vo n.104/2010 sul codice del processo amministrativo, che ha disciplinato alcuni aspetti processuali dell'azione di nullità nel processo amministrativo.

Nel periodo iniziale, dopo alcune incertezze fino al 1910, tendenti all'estensione delle regole in tema di nullità dei contratti agli atti amministrativi con riferimento all'ammissibilità del rilievo d'ufficio della nullità del provvedimento impugnato [36], il Consiglio di Stato ha assunto una posizione autonoma, poi mantenuta fino ad epoca recente, rilevando che se le leggi di giustizia amministrativa esigono che il ricorso sia prodotto entro un dato termine e che nel ricorso si specifichino i motivi di gravame, ciò fa intendere che un mezzo proposto oltre quel termine sia irricevibile; e se sono previsti nelle leggi di procedura delle ipotesi di nullità non è consentito generalizzare per estenderli agli atti della pubblica amministrazione soggetti a regole proprie,e non c'è spazio per la nullità in senso civilistico, e che l'invalidità dei provvedimenti amministrativi ha la sua causa unicamente nella illegittimità, nella forma di uno dei tre vizi dell'art. 26, e ha come unica conseguenza, o modo di manifestarsi, la annullabilità [37].

La dottrina amministrativistica fino agli anni 1950 è stata generalmente convinta della inapplicabilità delle regole civilistiche in tema di nullità del contratto agli atti amministrativi. Il Cammeo si pone il problema della distinzione tra inesistenza e invalidità ritenendo esistente l'atto invalido (tanto che può produrre effetti giuridici diversi o minori di quelli che dovrebbe e essere fonte di responsabilità) e distinguendo tra nullità (avente carattere eccezionale: nei casi espressamente previsti e per mancanza di elementi essenziali) la quale però non può rilevarsi d'ufficio dal giudice [38]. Perciò la giurisprudenza si assestò sulla conclusione che in caso di accoglimento del ricorso tutto si riporta all'annullabilità, compresi quei pochi casi nei quali il legislatore parlava espressamente di "nullità", svalutando quindi addirittura il dato normativo. Del resto il giudice, in quanto titolare di poteri di annullamento (art.38 T. U. 2.6.1889, n. 6166: la sezione se accoglie il ricorso annulla l'atto; ed anche con riferimento al Consiglio di Stato art. 45 T.U. 26.6.1924, n. 1054, e con riferimento al TAR art.26 l. 6,12.1971 n.1034), ritenne di poter pronunciare appunto solo sentenze costitutive, e di non avere il potere di emettere sentenze dichiarative di nullità. Peraltro dagli anni 1950 in poi, tenuto conto anche della più completa disciplina c.c. del 1942 in tema nullità e annullabilità del contratto, sono state sollevate alcune specifiche questioni che hanno comportato un esame più approfondito del problema della nullità che normalmente era identificata con l'inesistenza dell' atto amministrativo, con riferimento:

-alla carenza di potere/illegittimo esercizio del potere, come criterio di riparto delle controversie tra giudice ordinario e amministrativo [39[32]];

-al giudizio di esecuzione del giudicato, al fine di distinguere gli atti adottati dall'amministrazione in violazione/elusione del giudicato e perciò nulli e quelli eventualmente affetti da illegittimità ulteriori, da impugnare con ricorso ordinario.

Pur in mancanza di una espressa previsione del rimedio anche per l'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo, il Consiglio di Stato si rese conto che l'obbligo a carico dell'amministrazione pubblica di conformarsi ai giudicati doveva estendersi anche alle sentenze amministrative in ossequio a un principio di coerenza del sistema.

L'estensione avvenne inizialmente per l'esecuzione delle sentenze amministrative esecutive del giudicato del giudice ordinario e poi, in considerazione dell'identità della ratio, per l'esecuzione del giudicato amministrativo relativamente alle posizioni di diritto soggettivo della giurisdizione esclusiva Solo verso gli anni cinquanta vi fu l'estensione anche nei confronti del giudicato amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità [42[33]], con l'avallo successivo della Corte di Cassazione [43] e della Corte costituzionale [44[34]]. In un primo momento viene ravvisata la violazione del

[32] [39] La prima sentenza che ha posto in rilievo la nullità/inesistenza dell'atto adottato in carenza di potere è Cass. S. U. 4 luglio 1949, n..1657, al fine del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo fino ad allora basato sulla causa petendi: l'atto adottato in carenza di potere – cioè in assenza di una previsione di legge che conferisca quel potere all'amministrazione, pretendendo di usare un potere che in realtà non c'è, un potere inesistente – è a sua volta un atto inesistente, nel senso che non esiste come atto amministrativo, non è riconoscibile come atto amministrativo, e non può produrre l'effetto di "degradazione" dei diritti., e poi Cass. S. U. 24 ottobre 1958, n. 3457 , che ha integrato il criterio della carenza di potere in astratto con quello della carenza di potere in concreto con riferimento ai presupposti che abbiano la funzione di tutelare il diritto soggettivo, pur in presenza di un astratta attribuzione di potere (con riferimento alla mancata menzione degli intestatari dei beni espropriati). Di contrario avviso in ordine alla carenza di potere in concreto, che presuppone un'indagine specifica sula gravità dei vizi dell'atto non prevista dalle norme e perciò suscettibile di variabile apprezzamento, è stato in genere il Consiglio di Stato, secondo cui mentre la giurisdizione spetta al giudice ordinario nella ipotesi di occupazione quando la dichiarazione di pubblica utilità manca del tutto (prima ipotesi), invece la giurisdizione compete al giudice amministrativo sia in caso di occupazione successiva a dichiarazione di pubblica utilità successivamente annullata (seconda ipotesi), la competenza giurisdizionale deve ritenersi attribuita al giudice amministrativo anche in ogni altra ipotesi (terza ipotesi) in cui la occupazione sia seguita ad una dichiarazione di pubblica utilità, e dunque ad un iniziale esercizio di potere pubblicistico, anche se il procedimento non si sia concluso con un decreto di esproprio, o si sia concluso con un decreto di esproprio tardivo (Cons. St. A. P.30 luglio 2007, n.9; 22 0ttobre 2007, n.12.; sez. IV 6 novembre 2008, n.5498).

[33] Cons. St. sez. IV 23 sett..1949 n. 305, che richiama l'intervenuta estensione del giudizio di ottemperanza anche agli interessi legittimi con la procedura di cui all'art. 90 r.d. n.642/1907 ma nella specie la domanda era stata proposta con ricorso ordinario; sez, V, 1.4.1950 n. 395 con riferimento ad un annullamento di licenziamento. Prima l'ostacolo veniva superato proponendo un ulteriore ricorso in sede di legittimità avverso l'atto che non si era conformato al precedente giudicato amministrativo (Cons. St. sez. IV, 22 aprile 1911, n.269).

[34] 44 Corte cost. 8 settembre 1995, n. 419 e 15 settembre 1995, n. 435, concernenti l'esecuzione del giudicato nei confronti del Consiglio superiore della magistratura; nonché 12 dicembre 1998, n. 406, ove si afferma la discrezionalità del legislatore nel limitare il giudizio di ottemperanza al caso di sentenza passata in giudicato.

giudicato in caso di inerzia totale o quando veniva adottato un atto del medesimo contenuto di quello annullato e con gli stessi vizi (Cons. Sez. VI,23 aprile 1951, n. 181; 22 ottobre 1958, n. 781;24 dicembre 1960, n. 1084)

Poi venne precisato che l'atto adottato in contrasto con un vincolo puntuale nascente dal giudicato viene emesso in carenza di potere ed esso è nullo, indipendentemente da un'impugnazione nel termine di decadenza (Cons, St. A. P. 11 marzo 1984 n.6). Ma la tesi della nullità degli atti amministrativi adottati in violazione o elusione del giudicato è prevalsa solo recentemente in quanto in precedenza la giurisprudenza del Consiglio di Stato era dubbiosa tra l'eccesso di potere (Sez. VI,16 ottobre 1963, n. n.730) e la nullità (Sez. VI, 31 gennaio 1986, n. 78), ritenendosi che la nullità fosse in contrasto con i principi generali in tema di efficacia giuridica degli atti amministrativi, atteso che l'inosservanza del giudicato non comporterebbe l'esercizio di un potere inesistente ma il superamento dei limiti al potere discrezionale di attuazione del decisum spettante all'amministrazione (Cons. St. sez. V, 31 marzo 1992, n. 269). In seguito la giurisprudenza prevalente ha, quindi, qualificato come nulli, in quanto emanati in carenza di potere – con la conseguente sindacabilità da parte del giudice dell'ottemperanza senza la necessità di una specifica impugnazione da parte del cittadino – non solo gli atti elusivi (cfr. Cons. St., sez. IV, n. 1001 del 1991; Cons. St., sez. VI, n. 250 del 1995; Cons. St., sez. V, n. 238 del 1992; C.G.A., n. 369 del 1996); ma anche per gli atti violativi del giudicato nei casi in cui da esso discendano obblighi tanto puntuali da non lasciare alcuno spazio alla discrezionalità (cfr. Cons. St., sez. IV, n. 304 del 1992; Cons. St., Ad. Plen., n. 5 del 1991).

E' stato poi ulteriormente chiarito che ad escludere il giudizio di ottemperanza non giova affermare che il provvedimento emesso in violazione del giudicato è comunque un provvedimento illegittimo e pertanto soggetto al rito ordinario del giudizio di annullamento. Il provvedimento amministrativo difforme dal giudicato è affetto da un vizio speciale e cioè non dalla sola generica difformità dalla legge sostanziale, ma dalla specifica difformità dalla legge processuale, che a quell'atto di accertamento e di attuazione della legge nel caso concreto costituito dalla la sentenza attribuisce imperatività assoluta.

Quel che rileva ai fini della proponibilità del ricorso, infatti, non è il tipo di comportamento dell'Amministrazione (comportamento omissivo provvedimento esplicito in violazione del giudicato, provvedimento elusivo del giudicato), ma il tipo della pretesa che, nel giudizio di ottemperanza, ha come parametro l'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi (esattamente) al giudicato: se il ricorrente, censurando un provvedimento amministrativo, ne deduce la difformità dalla legge sostanziale è proponibile l'ordinaria azione di annullamento; se ne allega la specifica difformità dell'accertamento contenuto nel giudicato e quindi dalla legge processuale, è proponibile la speciale azione di ottemperanza. Così

opinando, diventa recessiva la tradizionale dicotomia concettuale: violazione elusione del giudicato, in una prospettiva di effettività della funzione giurisdizionale nei confronti dell'Amministrazione di cui agli artt. 24, 103 e 113 Cost. (Cons. St. sez. v 15 ottobre 1986, n. 556 ; 27 maggio 1991, n. 874; Sez. VI 10 febbraio 2004, n. 501).

-alla determinazione degli elementi essenziali per ritenere esistente un atto amministrativo. E' stato precisato che l'atto nullo o inesistente ha carattere eccezionale e si verifica per la mancanza di un elemento essenziale, come in caso di radicale carenza di potere dell'autorità procedente, per difetto di forma, per difetto della volontà, dell'oggetto o del destinatario (Cons, St., sez. IV 14 dicembre 1979, n. 1158 e sez. VI 29 settembre 1979, n. 690).

L'atto inesistente non può essere annullato d'ufficio in quanto l'annullamento presuppone un atto esistente anche se illegittimo (Cons. St. sez. V, 26 marzo 1982, n. 256).

Le violazioni, per quanto gravi, di norme imperative, quali sono di regola tutte quelle attinenti allo svolgimento di poteri pubblici, od anche di attribuzioni di competenza, danno luogo a semplice invalidità degli atti amministrativi, che deve essere fatta valere dall'interessato nel prescritto termine di decadenza, in quanto la nullità radicale dell'atto, a meno che non sia espressamente e inequivocabilmente disposta dalla norma primaria, ricorre soltanto quando l'atto costituisca manifestazione di poteri spettanti ad organi che operino in settori del tutto diversi, ovvero sia destinato a spiegare efficacia al di fuori dell'area fisica su cui insiste l'Ente territoriale di cui tali organi facciano parte. L'eccezionale ipotesi di nullità di un atto amministrativo è limitata ai casi di mancanza assoluta di un elemento essenziale dell'atto stesso, necessario ex lege a costituirlo, quale può essere la radicale carenza di potere da parte dell'Autorità procedente ovvero il difetto della forma, della volontà, dell'oggetto o del destinatario, mentre non può parlarsi di inesistenza dell'atto amministrativo allorché si discuta unicamente di vizi del procedimento che lo ha preceduto, in ciò risolvendosi la mancata corrispondenza del procedimento concreto al relativo paradigma normativo, e, perciò, delle modalità di esercizio del potere che fa capo all'Amministrazione e di cui questa si è avvalsa; in tali ipotesi il vizio non attiene alla esistenza dell'atto finale, che rimane integro nei suoi elementi essenziali e costitutivi, ma alla validità dello stesso e dei suoi presupposti e, quindi, alla legittimità del complessivo comportamento tenuto dall'autorità (Cons. St. .sez. V 13 febbraio 1998, n.166.

La radicale nullità dell'atto, a meno che non sia espressamente ed inequivocabilmente disposta dalla norma primaria, ricorre soltanto quando l'atto costituisca manifestazione di poteri spettanti ad organi che operino in settori del tutto diversi, ovvero sia destinato a spiegare efficacia al di fuori dell'area fisica su cui insiste

l'Ente territoriale di cui tali organi facciano parte (Cons. St. sez. IV, 27 ottobre 2005 n.6023).

l'atto amministrativo nazionale in contrasto con il diritto comunitario deve ritenersi eventualmente illegittimo e non nullo e perciò non può essere disapplicato d'ufficio dal giudice amministrativo, dovendosi dare prevalenza all'interesse alla certezza delle situazioni di diritto pubblico (Cons. St. Sez. V 10.1.2003, n.35).

-alle ipotesi in cui la normativa ritiene espressamente nullo un determinato atto, che negli ultimi tempi si erano incrementate.

Per quanto concerne le nullità testuali sono meritevoli di segnalazione Con. St. A. P. 29 febbraio 1992, n. 2 e A. P. 5 marzo 1992 n,5, le quali ritengono che a fronte di remote norme (ad es. art. 288 T. U. n.383/1934 con riferimento alle deliberazioni nulle dei consigli comunali e provinciali) nelle quali il termine nullità era adoperato impropriamente in quanto tendenti a tutelare generici interessi pubblici vi siano altre disposizioni più stringenti tendenti al contenimento della spesa pubblica e all'imparzialità dell'amministrazione (ad es. nullità delle assunzioni di ruolo senza concorso) in cui in cui si tratta di nullità assolute. con auspicio di un intervento del legislatore che rafforzi la tutela della legalità a difesa dell'imparzialità e per il contenimento della spesa pubblica, con la conseguenza di rendere il relativo vizio rilevabile da chiunque, anche d'ufficio, imprescrittibile e insanabile

Viene precisato che la nullità dell'atto amministrativo prevista dalla legge può essere rilevata da chiunque e anche d'ufficio dal giudice ma il rilievo d'ufficio di un atto amministrativo va coordinato con il principio della domanda, sicché il giudice è tenuto a rilevare d'ufficio in qualsiasi stato e grado del giudizio la nullità dell'atto solo se sia in contestazione l'applicazione e l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, mentre l'accertamento d'ufficio di una causa di nullità diversa da quella posta a fondamento della domanda è inammissibile, ostandovi il divieto di pronuncia ultra petita (Cons. sez. IV, 6 novembre 1996, n.1190).

Periodo successivo alla l. 15/2005 fino al 16.9.2010 (data di entrata in vigore del c.p.a.)

La espressa previsione in generale dell'atto nullo in diritto amministrativo pone il problema di distinguere da esso i casi più vistosi e facilmente riconoscibili di non riferibilità del presunto atto all'amministrazione, tenendo conto dell'elaborazione civilistica.

La mancata previsione legislativa dell'inesistenza non è elemento probante atteso che ciò è in linea con la tradizione giuridica.

L'inesistenza non è un vizio dell'atto da includere nel più ampio genus delle invalidità ma è qualcosa, almeno in astratto, ontologicamente differente. L'esistenza

dell'atto è un presupposto necessario per giungere all'ulteriore verifica in ordine alla sua validità.

Alla categoria dell'inesistenza sono pacificamente ricondotte le ipotesi di inesistenza materiale del provvedimento in quanto l'atto non è stato realmente emanato o il procedimento non si è concluso con l'atto finale.

Maggiori incertezze sono presenti in caso di inesistenza giuridica.

Rispetto all'atto nullo si è nel mondo della qualificazione negativa, e pertanto nella invalidità ed inefficacia. Alla categoria dell'atto inesistente il giudice civile ha fatto riferimento per le situazioni nelle quali l'evento storico al quale si vorrebbe attribuire la qualifica di atto, contratto, deliberazione si è realizzato con modalità non semplicemente difformi da quelle imposte dalla legge o dallo statuto sociale, ma tali da far sì che la carenza di elementi o fasi essenziali non permetta di scorgere in esso i lineamenti tipici in base ai quali una determinata fattispecie dovrebbe esser connotata (Cass. n. 7693 del 2006). E' stato precisato che questa categoria giuridica non trova specifico fondamento in alcuna disposizione di legge e, dunque, può essere individuata, senza incorrere in alcun arbitrio interpretativo, soltanto qualora l'incompletezza della fattispecie sia così grave da escluderne la riconducibilità ad un determinato tipo legale: "questo perché, come è stato posto in rilievo, una norma giuridica non può sanzionare direttamente l'inesistenza, in quanto la norma, per essere applicabile, presuppone che una fattispecie esista, per quanto viziata" (Cass. n. 12008 del 1998).

Con la legge n.15/2005, alcune delle ipotesi ricondotte generalmente all'atto inesistente (carenza di potere in astratto e mancanza di elementi essenziali dell'atto e in particolare la mancanza di sottoscrizione) sono state inserite nell'ambito del provvedimento nullo.

Può ora ritenersi inesistente l'atto adottato ioci causa o docendi causa; l'atto adottato dall'usurpatore di potere ex art. 347 c.p.. L'atto nullo e l'atto inesistente differiscono proprio perché l'atto inesistente non è dotato di alcuna apparenza giuridica e non è identificabile come atto giuridico.

L'elemento decisivo per l'esistenza di un atto è l'apparenza giuridica, che fa sorgere l'interesse alla sua rimozione. Gli atti dotati di apparenza giuridica acquisiscono un potenziale lesivo che può anche essere notevole. Un atto emesso, ad esempio, da un'Amministrazione priva totalmente del relativo potere, può apparire valido ed efficace, prima di tutto a coloro i quali debbono porlo in esecuzione. Inoltre, non può negarsi al cittadino, esperto o inesperto che sia, il diritto di ottenere chiarezza in merito all'atto stesso, onde deliberare se darvi o meno esecuzione spontanea. Ed ancora, se l'atto ha un'apparenza di giuridicità esso può incidere, anche fortemente, sui rapporti economici. Si pensi ad un atto che prenda in considerazione un terreno (nel quadro di una procedura di esproprio, di utilizzo temporaneo, o anche per

renderlo edificabile). E' innegabile che tale atto incida sulle valutazioni economiche da parte dei soggetti interessati all'acquisto o alla locazione del terreno. E' chiaro che vi sarà la necessità di spazzare ogni nube che grava sul bene oggetto di trattativa. Viceversa, quando l'atto, per le forme che riveste, non possa né oggettivamente, né soggettivamente ingenerare una apparenza giuridica, l'atto potrà definirsi inesistente. Rispetto all'atto inesistente, veramente, potrà mancare l'interesse alla pronuncia giurisdizionale, non potendo socialmente essere riconosciuto 'un atto'. Si tratterà ad esempio di atti pronunciati in forma orale, a fronte di una chiara e socialmente riconosciuta necessità di una forma scritta, ovvero mancanti dell'oggetto, e quindi mancanti di potenzialità lesiva.

L'apparenza dell'atto giuridico, anche nullo, è quindi elemento ben più rilevante della sua mera conseguenza fattuale. Se non l'avessero, non arriverebbero al vaglio delle corti. E' concretamente difficile impugnare un atto inesistente, al di là delle ipotesi di scuola. Nei confronti dell'atto nullo, e non di quello inesistente, è ammessa l'azione di nullità. In caso di atto nullo il privato potrà agire nei confronti dell'amministrazione in virtù dell'immedesimazione organica che la lega al funzionario, salvo che siano le norme ad escludere tale imputabilità prevedendo una responsabilità personale del funzionario che emana l'atto nullo. Nell'ipotesi di inesistenza, invece, tale rapporto viene meno e la possibilità di ottenere un risarcimento per i danni eventualmente subiti è legata solo all'azione nei confronti dello stesso funzionario, con una responsabilità che cade integralmente nel diritto civile o penale. Si pensi all'ordine illegittimo ed oralmente espresso ad una certa prestazione o dazione, dato dal funzionario agente, con immediata riconoscibilità da parte del cittadino dell'inesistenza di un atto riferibile all'amministrazione. In questo caso l'azione penale o civile sarà unicamente rivolta verso il funzionario.

Infine, di fronte all'atto inesistente sembra potersi affermare senz'altro il diritto di resistenza del privato in caso di esecuzione dello stesso e viene meno l'interesse per il privato ad instaurare un'azione diretta al mero accertamento della inesistenza dell'atto; mentre nel caso di atto nullo la soluzione è dubbia ed essa non dovrebbe ritenersi ammissibile nell'ipotesi in cui si ritenga l'atto nullo come manifestazione del potere amministrativo. Di particolare interesse è una sentenza del TAR Puglia emessa immediatamente dopo la legge n.15/2005 (BARI SEZ. III , 26 ottobre 2005, n. 4581). Viene premesso che la giurisdizione amministrativa di legittimità non conosce, salvo residuali ipotesi (segnatamente il giudizio sul silenzio e il giudizio sull'accesso), l'azione di accertamento, in quanto il processo amministrativo è stato costruito sul modello impugnatorio. Sono poi esaminate due tesi, di cui la prima utilizza lo strumento della pronuncia di inammissibilità per difetto di interesse ad agire. In parole povere chi deduce la nullità di un atto èab origine privo di interesse al suo annullamento, posto che l'atto nullo, appunto, è improduttivo di effetti e, dunque, nessuna lesione alla sua sfera giuridica può derivarne. Il giudice incidentalmente deve rilevare tale situazione, dichiarando in motivazione che l'atto è nullo, onde poter

pervenire all'affermazione di difetto di interesse. Ma l'accertamento sulla nullità avverrebbe incidenter tantum(senza, cioè, efficacia di giudicato), e quindi la questione potrebbe riproporsi rispetto ad altri soggetti su cui il provvedimento è destinato ad incidere. Persino nello stesso rapporto tra il ricorrente e l'amministrazione la formale sopravvivenza del non demolito atto potrebbe essere fonte di equivoci, qualora ad esempio l'amministrazione lo reiterasse oppure pretendesse di portarlo ad esecuzione o di porlo a fondamento di atti conseguenziali (sempre che ciò non fosse già avvenuto) o, ancora, di sanarlo. Per non dire, poi, dell'apparenza che la persistente vigenza del pur non operativo atto creerebbe nel mondo giuridico. Inconvenienti tutti riferibili alla circostanza che sussistono molteplici possibilità di impiego (conversione, sanatoria, novazione, esecuzione, manipolazione) del negozio nullo, i limiti all'azione di nullità (usucapione, ripetizione d'indebito), il coordinamento con la disciplina della trascrizione. Su un piano più generale la tesi in esame disconosce il principio di strumentalità del processo al diritto sostanziale, negando idonea tutela ad una categoria che esprime la più grave delle figure di invalidità degli atti giuridici. Perciò è stata formulata una seconda tesi che ritiene di poter adattare le forme procedurali amministrative all'azione di nullità, non essendovi ostacoli di principio all'esperibilità di azioni dichiarative nel giudizio amministrativo. Ma nel processo amministrativo non era prevista (all'epoca) una pronuncia dichiarativa della nullità. Tuttavia, l'inammissibilità di formali statuizioni dichiarative della nullità di un atto amministrativo non impedisce che ad analogo risultato possa pervenirsi mercè la pronuncia di annullamento.

Con riguardo al tema generale della nullità, si è affermato che la sanzione della nullità del provvedimento è stata fino a poco tempo fa prevista solo con riferimento ad ipotesi peculiari mentre oggi l'art. 21 septies della legge 241/1990 (introdotto dalla l.n.15/2005) prevede che il provvedimento amministrativo è nullo quando a) manchi degli elementi essenziali, b) sia viziato da difetto assoluto di attribuzione, c) sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato ed infine d) in tutti gli altri casi espressamente previsti dalla legge.

Le cause di nullità del provvedimento amministrativo devono quindi oggi intendersi quale numero chiuso. Nel caso di specie, il provvedimento di revoca dei contributi è stato emesso dall'amministrazione competente ad adottarlo e quindi deve essere senza alcun dubbio escluso che il provvedimento possa essere considerato nullo, non essendo stato adottato da un'amministrazione totalmente priva del potere di emanarlo (Cons. St. Sez.VI 24 maggio 2006, n.691). Nel diritto amministrativo la nullità costituisce una forma speciale di invalidità, che si ha nei soli casi, oggi meglio definiti dal legislatore, in cui sia specificamente sancita dalla legge, mentre l'annullabilità del provvedimento costituisce la regola generale di invalidità del provvedimento, a differenza di quanto avviene nel diritto civile dove la regola generale in caso di violazione di norme imperative è quella della nullità. L'art. 21

septies della (riformata) legge n. 241/1990 sancisce che il provvedimento amministrativo è nullo quando a) manchi degli elementi essenziali, b) sia viziato da difetto assoluto di attribuzione, c) sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato ed infine d) in tutti gli altri casi espressamente previsti dalla legge (c.d. nullità testuali).La cause di nullità del provvedimento amministrativo devono quindi oggi intendersi quale numero chiuso (Cons. Stato, sez. VI, del 13 giungo2007, n. 3173).

La nullità dei provvedimenti dinanzi al giudice amministrativo è rilevabile d'ufficio, alla stregua dei principi generali in tema di nullità, evidentemente applicabili anche nel processo amministrativo ed in specie nelle ipotesi in cui, la validità ed esecutività del provvedimento costituisca oggetto della controversia (TAR Liguria 16 maggio 2007, n. 790).

Il nuovo art. 21-septies della L. 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, ha codificato la categoria concettuale del provvedimento amministrativo nullo, definendone i caratteri sostanziali. Tale disposizione non ha, tuttavia, espressamente indicato la disciplina dell'azione di nullità, con particolare riguardo ai termini di decadenza o di prescrizione; ciò non impedisce di applicare, analogicamente, il nucleo essenziale delle norme contenute nel codice civile, riguardanti la nullità del contratto, nella parte in cui esse riflettono principi sistematici (Cons. Stato, Sez. V, 09 giugno 2008, n. 2872) Nell'ipotesi di domanda di risoluzione per inadempimento o di adempimento, si può contrapporre l'azione riconvenzionale di nullità del contratto da cui sono sorte le reciproche prestazioni. Tale congegno processuale è compatibile con la struttura del processo amministrativo – o almeno il giudice ha l'onere di adattarlo, in attesa dell'approvazione del nuovo codice sul processo amministrativo, il cui schema prevede l'azione generale di accertamento della nullità – in quanto l'art. 21 septies della legge 7 agosto 1990, n. 241, prevede talune ipotesi di nullità del provvedimento, e l'articolo 11 della medesima legge prevede che agli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento si applichino i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili (Cons. St. sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498).

La formazione del provvedimento amministrativo in un ambiente collusivo penalmente rilevante (e, quindi, a maggior ragione, l'accertamento in sede penale della falsità di un titolo edilizio) produce, sul piano amministrativo, una causa di nullità del provvedimento ex art. 21 septies della l. 241/90 in relazione ad una fattispecie nella quale il Sindaco che aveva rilasciato le concessioni edilizie, poi dichiarate nulle d'ufficio dal suo successore, era stato condannato in sede penale per abuso di ufficio ex art. 323 c.p., con sentenza di applicazione della pena su richiesta, ex art. 444 c.p.p.). Più precisamente, secondo tale giurisprudenza la nullità di un atto amministrativo non si riscontra solo nel caso di carenza di potere dell'Amministrazione, ma anche in quello della mancanza degli elementi essenziali, come accade al venir meno dell'imputabilità dell'atto alla P.A. per interruzione del

rapporto organico Cons. St. sez. V, 4 marzo 2008, n. 890). Tale principio è stato tenuto presente da TAR Reggio Calabria , 11 agosto 2012, n.536 poi la sentenza del TAR è stato riformata in appello (Cons. St. sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5266). che ribadisce il principio secondo cui è affetto da annullabilità (e non da nullità) il provvedimento amministrativo (per sua natura autoritativo) che sia stato rilasciato sulla base di un atto la cui emanazione abbia comportato alla commissione di un reato. Ma secondo Cass. 25 marzo 2013, n.7380 in tal caso viene meno l'imputabilità p.a. perché i componenti della commissione di concorso non solo hanno posto in essere una condotta non riferibile alla pubblica amministrazione, ma di cui essi stessi devono rispondere personalmente (nel precedente giudizio penale erano dichiarati responsabili dei reati di falsità ideologica commessa da pubblico ufficiale in atto pubblico (479 c.o.). abuso d'ufficio (323 c.p.) e violenza privata (610 c.p.).

Le ipotesi astrattamente riconducibili in diritto civile alla nullità c. d. virtuale (per contrarietà a norme imperative) vanno ricondotte in diritto amministrativo in genere al vizio di violazione di legge, atteso che le norme riguardanti l'azione amministrativa, per il loro carattere pubblicistico, sono sempre norme imperative (la distinzione tra norme derogabili e imperative, a differenza del diritto privato, non serve al fine di accertare la validità dell'atto, ma solo per discernere le disposizioni di legge che lasciano all'Amministrazione un margine di scelta discrezionale nell'esercizio concreto del potere da quelle che la vincolano in modo puntuale, senza consentirle alcuna ulteriore valutazione. e quindi non disponibili da parte dell'amministrazione). La violazione delle norme di diritto pubblico costituisce causa di annullabilità del provvedimento, da farsi valere entro il breve termine di decadenza, a tutela della stabilità del provvedimento amministrativo. (Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498).

Per quanto concerne la carenza di potere in concreto, la Corte di Cassazione è in sostanza ferma nel ritenere la giurisdizione dell'A.G.O. in relazione a controversie espropriative caratterizzate non solo dalla omessa adozione del decreto di espropriazione ma anche dalla sua adozione dopo la scadenza dei termini comminati dalla dichiarazione di P.U., sul rilievo che in questi casi l'Amministrazione è ormai carente di ogni potere ablatorio rispetto al diritto reale vantato dal proprietario. Viene però precisato che la L. 25 giugno 1865, n. 2359, art. 13, comma 3 (a norma del quale, trascorsi i termini di inizio e compimento dell'espropriazione e dei lavori, stabiliti nella dichiarazione della pubblica utilità, quest'ultima diventa inefficace e non può procedersi all'espropriazione se non in forza di una nuova dichiarazione) deve essere interpretato nel senso che solo la scadenza del termine finale di compimento dell'opera determina la decadenza della dichiarazione di pubblica utilità e, di conseguenza, la perdita del potere espropriativo, mentre agli altri termini (riguardanti l'inizio e la fine del procedimento espropriativo e l'inizio dei lavori) deve riconoscersi natura ordinatoria e acceleratoria, sicchè la loro inosservanza non da luogo a carenza di potere, deducibile innanzi al giudice ordinarie, ma a vizi di

legittimità del procedimento, che vanno fatti valere innanzi al giudice amministrativo" (Cass. S.U. 9 febbraio 2010, n. 2788).

Per quanto concerne la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo è stato chiarito che "non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti", ne consegue che il legislatore può ben devolvere al giudice amministrativo tutti i poteri idonei ad assicurare piena tutela all'individuo e quindi anche la tutela risarcitoria nel caso di danno patito in violazione di diritti fondamentali, a seguito dell'esercizio illegittimo del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione (Corte cost. 27 aprile 2007, n. 140). Inoltre, la Costituzione anche se in via generale qualifica numerosi diritti come fondamentali, attribuisce comunque al legislatore ordinario – e, attraverso questo, alla P.A.- il compito di trovare le soluzioni concrete che meglio bilancino la tutela del diritto con il perseguimento degli interessi pubblici, e con la tutela di altri interessi privati anch'essi di rango costituzionale.

Gli atti per i quali è prevista la nullità si sono incrementati negli ultimi tempi e si possono ricordare:

- art. 11 l. n.241/1990 per gli accordi privi di forma scritta, salvo che la legge disponga diversamente;
- artt. 3 e 6 d.l. n.293/1994, conv. l. n.444/1994, per gli atti emessi dagli organi amministrativi collegiali dopo il regime di prorogatio di 45 giorni;
- art. 23 del d.l. n. 66 del 1989 il quale le prevede che per province, comuni e comunità montane, "qualsiasi spesa è consentita esclusivamente se sussistono la deliberazione autorizzativa nelle forme previste dalla legge e dichiarata o divenuta esecutiva, nonché l'impegno contabile registrato dal ragioniere o dal segretario, ove non esista il ragioniere, sul competente capitolo del bilancio di previsione, da comunicare ai terzi interessati", precisando, altresì, che "per i lavori di somma urgenza l'ordinazione fatta a terzi deve essere regolarizzata entro trenta giorni e comunque entro la fine dell'esercizio, a pena di decadenza". In caso "di violazione dell'obbligo indicato nel comma 3, il rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della controprestazione e per ogni altro effetto di legge, tra il fornitore e l'amministratore o il funzionario che abbiano consentito la fornitura".

Le menzionate disposizioni danno luogo ad una disciplina, successivamente riconfermata senza modifiche di fondo dall'art. 35 del decreto legislativo n. 77 del 1995 (e dall'art. 191 d. l.vo n.267/2000), che comporta l'imputazione alla sfera giuridica diretta e personale dell'amministratore (o funzionario) degli effetti dell'attività di spesa che non si svolga nell'osservanza dei criteri contabili relativi alla gestione degli enti locali. E ciò con lo scopo non irragionevole di sollecitare, da un canto, un più rigoroso rispetto dei principi di legalità e correttezza da parte di coloro

che operano nelle gestioni locali e di far sì, dall'altro, che la competenza ad esprimere la volontà degli enti locali resti effettivamente riservata, nel rispetto delle procedure prescritte, agli organi a ciò deputati, e cioè agli organi cui spetta di programmare la gestione finanziaria e di inquadrare le varie scelte amministrative nella prospettiva del piano di spesa contenuto nel bilancio di previsione, e non oltre i limiti da esso fissati. Con conseguente frattura del nesso organico con l'apparato pubblico, rendendo estraneo l'ente locale agli impegni di spesa irregolarmente assunti (salvo che sussistano i presupposti dell'azione di ingiustificato arricchimento ex art.20141 c.c.), impedisce di ricondurre il caso in esame agli schemi della responsabilità dell'amministrazione, non consentendo di invocare a sostegno della questione il parametro dell'art. 28 della Costituzione, che, nel contemplare la responsabilità dell'amministrazione accanto a quella degli agenti pubblici, presuppone, in via di principio, che si tratti di attività riferibile all'ente stesso (Corte cost. 24 ottobre 1995, n.446 e 30 luglio 1997, n. 295);

-art.46>1 bis d. l.vo 12 aprile 2006, n.163, introdotto dall'art. 4 d. l. n.70/2011, conv. l.n.106/2011 sancisce la nullità delle clausole di esclusione , diverse da quelle espressamente previste, inserite nei bandi di gara e lettere di invito. Per cui dall'accertata contrarietà delle clausole del capitolato speciale posto a gara rispetto al principio della tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, comma 1-bis, cod. contratti pubblici consegue la nullità delle stesse (Cons. St. sez.V, 24 ottobre 2013, n.5155).

Per quanto concerne in particolare le nullità testuali va evidenziato il caso delle autorizzazioni e dei piani adottati senza la valutazione di impatto ambientale, ove prescritta, i quali in un primo momento sono stati ritenuti nulli ex art. 4 d. l.vo n.156/2006) e poi (ex d. l.vo n. 4/2008) annullabili per violazione di legge, essendo la nullità probabilmente una misura eccessiva in relazione all'esigenza di tutelare la certezza dei rapporti giuridici pubblici.

Dopo entrata in vigore c.p.a.

- **Art.31, comma 4, : La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all' articolo 114, cmma 4, lettera b (dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV."**
- **Art.133-materie di giurisdizione esclusiva: art.1 comma 1 lett. a n.5: nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione elusione del giudicato.**

Nel testo redatto dalla Commissione speciale presso il Consiglio di Stato, l'azione di nullità figurava nell'art. 38 relativo alla "azione di accertamento" che prevedeva al primo comma la possibilità di "chiedere l'accertamento dell'esistenza o della inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative", e al secondo comma la possibilità di chiedere "l'accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo".

Una volta espunta dal codice l'azione di accertamento, l'azione di nullità è stata inserita nell'art. 31 che disciplina anche l'azione avverso il silenzio.

La circostanza che le due azioni siano state ricomprese nella medesima norma codicistica trova spiegazione nell'appartenenza delle due azioni al genus delle azioni di accertamento, resa evidente dalla qualificazione lessicale contenuta nelle norme di riferimento. L'azione va configurata quale azione di accertamento autonomo , dato che in tal caso, il ricorrente agisce in giudizio non per impugnare un provvedimento amministrativo e chiederne l'annullamento, secondo il modulo processuale tipico del giudizio annullatorio, ma per chiedere al giudice di dichiarare che un determinato provvedimento è affetto da nullità ed è quindi improduttivo di effetti giuridici.

La declaratoria di nullità non è stata coordinata con la cd. azione di adempimento (art.34 co.1 lett.c secondo periodo), e neppure con l'azione risarcitoria, evidentemente calibrata sull'azione di annullamento e avverso il silenzio. Per cui è dubbio se in occasione di un'azione di nullità presso il giudice amministrativo possa essere domandata anche la condanna dell'amministrazione al rilascio del provvedimento richiesto ex art 34, comma 1 lett. c c.p.a. nei limiti di cui all'art. 31, comma 3 (se si tratta di attività vincolata o risulti che non residuano ulteriori margini di discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori da parte dell'amministrazione) in quanto l'art. 34 prevede che la relativa azione di condanna è esercitata contestualmente all'azione di annullamento dell'atto di diniego o all'azione avverso il silenzio, senza prevedere anche l'azione di nullità. L'ostacolo potrebbe essere rappresentato dalla disposizione che sancisce la preclusione per il giudice amministrativo di pronunciarsi nei confronti dei poteri amministrativo non ancora esercitati (art. 34, comma 2, c.p.a.), il che potrebbe verificarsi se l' atto nullo venisse considerato di per sè privo di effetti. Invece non ci dovrebbero essere ostacoli per ammettere in occasione dell'azione di nullità anche quella al risarcimento del danno o eventualmente in via autonoma (art. 30 c.p.a.) [45[35]].

La norma non chiarisce se la tutela nei confronti dell'atto nullo vada esperita dinanzi al giudice ordinario o dinanzi al giudice amministrativo, salva l'ipotesi della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per i casi di violazione o elusione del giudicato.

[35] [[45] Cons.sez.. V -21 marzo 2011, n. 1739 ha ammesso la cumulabilità con conseguente applicazione del rito ordinario.

Secondo alcuni a fronte del'atto nullo la giurisdizione sarebbe comunque del giudice ordinario , ma appare preferibile rifarsi ai criteri generali al riguardo e tener presente la posizione di diritto sostanziale fatta valere (sembra in tal senso, Cons. St. sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1247) :

- -se si tratta di interessi pretensivi e quindi di interessi legittimi (si pensi ad un atto nullo in risposta ad una istanza di concessione o di autorizzazione) la giurisdizione non può che appartenere al giudice amministrativo. Dovrebbero rientrare in detta categoria anche le ipotesi di contestazione di atti favorevoli ai terzi (ad es permesso di costruire nullo rilasciato al vicino; un commerciante che si opponga alla realizzazione di un supermercato nella zona in cui è sito il suo esercizio commerciale; un agricoltore che contesti la localizzazione di una discarica di rifiuti nei pressi del suo fondo);
- -se invece si tratta di interessi oppositivi rispetto a diritti soggettivi vantati dall'interessato, che non verrebbero conformati in caso di atti nulli, la giurisdizione dovrebbe appartenere al giudice ordinario;

Si presenta poi l'ulteriore questione di atti nulli in relazione a diritti soggettivi in materie oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in tal caso la giurisdizione dovrebbe essere comunque del giudice amministrativo (si può fare l'esempio di un atto di decadenza nullo in relazione a un rapporto concessorio) [46[36]]. Vi è la previsione di un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione di nullità presso il giudice amministrativo entro il termine di centottanta giorni, da intendersi come decorrente dalla piena conoscenza dell'atto medesimo [47[37]]. Ma nel contempo è stata confermata per la nullità dell'atto amministrativo, sia la opponibilità senza limiti di tempo ad opera della parte resistente o il rilievo d'ufficio dal giudice nel caso che essa emerga dagli atti di causa.

Il legislatore, a fronte di un aspetto tipico della nullità contrattuale, rappresentato dalla previsione di un'azione imprescrittibile volta ad ottenerne la declaratoria da parte di chiunque vi abbia interesse (artt.1421-1422 c.c.), ha invece previsto che la detta azione venga proposta entro il termine decadenziale di 180 giorni (e ciò sebbene parte della giurisprudenza avesse ritenuto l'imprescrittibilità dell'azione di nullità prima del c.p.a.). La previsione di un termine di decadenza pare avvicinare l'azione di

[36] [46] TAR Pescara, sez. I, 9.10.2013, n.473, che nel rimettere la controversia al giudice ordinario in relazione ad un atto amministrativo ritenuto nullo, accerta anche la mancanza di una materia oggetto di giurisdizione esclusiva.

[37] [47] Per alcuni l'unica via percorribile per rendere compatibile la nullità del provvedimento amministrativo con l'ordinamento, in primis costituzionale, sia la nullità insanabile, l'azione imprescrittibile ed esercitabile solo innanzi al giudice ordinario perché il provvedimento nullo fronteggia solo diritti soggettivi. Quest'ultima conclusione, pur ben argomentata e volta a superare le evidenti, per usare un eufemismo, imperfezioni dell'art. 31 c.p.a. non convince.

nullità a quelle di annullamento alimentando i dubbi sul carattere dichiarativo o costitutivo della prima [48].

Poiché l'art.31,comma 4, c.p.a. riferisce la declaratoria di nullità a quelle "previste dalla legge", per individuare le ipotesi di nullità che possono essere fatte valere con l'azione occorre fare riferimento all'art. 21–septies della legge n. 241 del 1990 che disciplina appunto la nullità del provvedimento amministrativo, enumerando quattro tipi di nullità:

1.nullità strutturale ("che manca degli elementi essenziali");

2.nullità per difetto assoluto di attribuzione ("che è viziato da difetto assoluto di attribuzione");

3.nullità per violazione o elusione del giudicato ("che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato");

4.nullità testuale ("altri casi espressamente previsti dalla legge").

Generalmente si afferma in giurisprudenza il numero chiuso delle ipotesi di nullità dell'atto amministrativo (Cons. St., sez. VI, 31 marzo 2011 n. 1983; sez., V 18.12.2012, n. 6507), ma in effetti l'art. 21 septies determina tre categorie aperte (in quanto gli elementi essenziali dell'atto non sono definiti; il difetto assoluto di attribuzione è formula equivoca, che può riguardare sia la carenza di potere in astratto/incompetenza assoluta che quella in concreto; la violazione o elusione del giudicato ha delimitazioni tuttora incerte) ed una sola definita che è quella degli altri casi previsti dalla legge (nullità testuale). Invero, recentemente è stato precisato che il legislatore indica gli atti amministrativi nulli per "categorie", che pongono non indifferenti problemi di concreta identificazione. Ciò vale, in modo particolare, sia per la categoria del "difetto assoluto di attribuzione", sia, e forse a maggior ragione, per la categoria del "difetto degli elementi essenziali" del provvedimento amministrativo, posta la non univocità – al di la di mere enunciazioni classificatorie – della identificazione degli elementi essenziali. (Cons. St. sez. IV, 2 aprile 2012, n.1957).

Secondo una recente sentenza del Consiglio di Stato il provvedimento amministrativo, ancorchè nullo, ha, tuttavia, una propria efficacia "interinale" fin tanto che la nullità non venga accertata, solo riconoscendo la quale si rende possibile la stessa definizione dell'atto come provvedimento amministrativo dotato di imperatività (e che, pertanto, si impone unilateralmente ai suoi destinatari (Cons. St. sez. IV, 2 aprile 2012, n.1957), ma trattasi di aspetto dubbio, in quanto generalmente si ritiene che l'atto nullo non produce di per sè effetti e la sentenza che accerta la nullità è dichiarativa , mentre quella che annulla l'atto ha carattere costitutivo [49[38]].

[38] [49] Eventualmente i c.d. effetti dell'atto nullo deriverebbero dalla relativa "riduzione a fatto" e sarebbero, perciò, prodotti direttamente dalla legge, eventualmente in collegamento con altre vicende rilevanti (ad es., la volontaria

I soggetti lesi dell'atto nullo (che sono normalmente il destinatario dell'atto in caso di atto nullo sfavorevole ed i terzi in caso di atto nullo favorevole al destinatario) onde tutelare le proprie posizioni giuridiche, hanno il potere di agire in giudizio al fine di ottenerne la declaratoria di nullità nel termine perentorio di 180 giorni(Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2011 n. 5799)

Può chiedere la nullità anche una pubblica amministrazione, avverso provvedimenti emanati da altra autorità amministrativa ritenuti nulli, ed avverso i quali la prima amministrazione non è titolare di potere di autotutela, mentre se ha emanato direttamente l'atto nullo può eventualmente esercitare il potere di autotutela su di esso. La parte resistente (che può essere sia l'amministrazione che ha adottato l'atto sia il controinteressato) in un giudizio tendente all'esecuzione dell'atto nullo può comunque eccepirne la nullità ed il giudice amministrativo può di ufficio rilevarla,

Secondo un primo orientamento, il rilievo d'ufficio della nullità da parte del giudice deve essere coordinato con il principio della domanda e quindi può essere dichiarata solo se tale declaratoria risulta funzionale alla pronuncia sulla domanda introdotta in giudizio e quindi, nel giudizio impugnatorio, alla declaratoria di illegittimità dell'atto impugnato e al suo annullamento, ovvero, al contrario, al rigetto della domanda di annullamento (Cons. St. sez. IV 28.10.2011 n.5799 e 2.4.2012, n. 1957.

Secondo altro filone giurisprudenziale più recente, che si va affermando anche in sede di civile [50][39], invece il potere ex art. 31, comma 4, c.p.a. che la legge dà al giudice – al pari di ogni altra rilevabilità ope iudicis: per esempio quella dell'incompetenza – costituisce per lui una potestà (c.d. potere-dovere): il cui esercizio è sempre obbligatorio, mai facoltativo, come corollario del ruolo di imparziale garante dell'esatta applicazione delle regole processuali che la legge gli ha assegnato, tenendo conto dell'art. art.73, comma 3, c.p.a.

---

esecuzione o l'esecuzione d'ufficio, ovvero l'anno nullo che sia presupposto per l'emanazione di altri atti). Per cui occorre evitare di confondere i c.d. «canali di recupero» attraverso cui l'ordinamento riduce in vario modo la portata della nullità: limitando – ad es. – il novero dei soggetti legittimati a farla valere (c.d. nullità relativa) o il tempo per esercitare l'azione, senza però accedere al regime della annullabilità (Puccini, L. Studi sulla nullità relativa, Milano, 1967, Tommasini, R., Nullità (dir. priv.),Enc. Dir., vol. XXVIII, Milano, 1978. Il problema della nullità vive nel dilemma tra ciò che accade (o che non accade) in fatto e quanto invece dovrebbe (o non dovrebbe) accadere in diritto (Tommasini, R., Nullità (dir. priv.), cit., 2); compresa l'eventualità che l'atto sia portato ad esecuzione o che la situazione di illiceità sia accettata o non contestata; e con la ulteriore variante che l'atto inefficace, a seconda dei casi, può essere "recuperato" dalla legge (come fatto) per combinarsi in un meccanismo produttivo di effetti ex lege.

[39] [50] Cass. S. U. 4 settembre 2012, n.1428, che hanno espresso il seguente principio di diritto: alla luce del ruolo che l'ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale, e atteso che la risoluzione contrattuale è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti "ex actis", una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso, purché non soggetta a regime speciale (escluse, quindi, le nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta); il giudice di merito, peraltro, accerta la nullità "incidenter tantum", senza effetto di giudicato, a meno che sia stata proposta la relativa domanda, anche a seguito di rimessione in termini, disponendo, in ogni caso, le pertinenti restituzioni, se richieste.

A ciò consegue che il giudice che rilevi una nullità – e, quantomeno, nei casi in cui si tratti di una c.d. nullità testuale, ossia espressamente comminata dalla legge che vi riconnetta il potere di rilievo giudiziale ufficioso – è sempre tenuto a dichiararla d'ufficio, statuendo in conformità. Si tratta, palesemente, di una deroga alla natura c.d. soggettiva della giurisdizione amministrativa: in cui il giudice è adito dalle parti (private o pubbliche, ma sempre a tutela del loro interesse specifico, quand'anche si tratti di un interesse pubblico), e non già dal pubblico ministero nell'interesse oggettivo della legge. Nondimeno, è una deroga espressamente prevista dalla legge (C.G.A.R. Sicilia, Sez. giur., 27 luglio 2012, n. 721, in un caso in cui il ricorrente chiedeva l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara ed il giudice, ha dichiarato la nullità del bando di gara in quanto in contrasto con disposizioni regionali che comminavano la nullità). Dubbio è anche l'esercizio del potere di autotutela della p.a. sull'atto nullo adottato dalla medesima. Recentemente la Corte di cassazione (S. .U. 17 maggio 2013, n. 1210) ha affermato che quand'anche non si volesse dare rilievo decisivo alla circostanza che l'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 contempla solo il potere della pubblica amministrazione di annullare d'ufficio i propri atti illegittimi, e non pure quello di dichiararli nulli, e si volesse viceversa sostenere che i principi di legalità e correttezza dell'agire amministrativo impongono comunque alla medesima amministrazione di vagliare anche d'ufficio l'eventuale nullità dei propri atti, al fine di non dare corso ai relativi effetti, un tale potere avrebbe tuttavia un fondamento ed una portata, almeno per certi aspetti, diversi da quelli che caratterizzano l'annullamento in via di autotutela di cui al citato art. 21-nonies.

Infatti, la declaratoria in via di autotutela della nullità di un atto amministrativo, ove la si ammettesse, in null'altro consisterebbe se non in un'operazione di accertamento della radicale patologia di quell'atto, e pertanto dell'impossibilità che esso produca validamente effetti, con la conseguente affermazione della medesima amministrazione di non essere vincolata da tali effetti.

Ben diverso sarebbe il fenomeno dell'annullamento dell'atto in autotutela, in cui si esplica una potestà discrezionale, rimessa ad un'ampia valutazione di merito dell'amministrazione circa la sussistenza di ragioni d'interesse pubblico – concreto ed attuale – che eventualmente giustifichino la scelta di sopprimere un atto altrimenti destinato a rimanere pienamente efficace nonostante risulti affatto da vizi di legittimità . A differenza dell'accertamento della nullità, l'annullamento in via di autotutela si realizza quindi tramite una pronuncia avente efficacia necessariamente costitutiva, che modifica la realtà preesistente sotto il duplice aspetto di porre fine alla produzione degli effetti del provvedimento, fino a quel momento efficace ed esecutorio, e di eliminare quelli che l'atto abbia prodotto medio tempore dalla sua emanazione, da considerarsi come mai avvenuta.

Se invece si segue la tesi dell'efficacia interinale dell'atto amministrativo nullo, come appare orientato il Consiglio di Stato (Sez. IV n.1957/2012), l'azione di nullità

condurrebbe ad una sentenza analoga a quella di annullamento e dovrebbe consentirsi il potere di autotutela della p.a. su un tale atto.

Violazione o elusione del giudicato

Il Codice del processo amministrativo appare orientato favorevolmente per la concentrazione nel giudizio di ottemperanza di tutte le questioni che insorgono in relazione all'attuazione del giudicato, stabilendo che il giudice amministrativo conosce di "tutte le questioni relative all'ottemperanza" nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario ad acta . Ma il problema è di stabilire la sorte degli atti rinnovati (dall'amministrazione o dal commissario ad acta) che esorbitano dall'ambito predefinito del giudicato e quindi fuoriescono dalle "questioni relative all'ottemperanza".

Recentemente, a seguito delle nuove disposizioni del codice e decreto correttivo, la questione dell'ammissibilità o meno del giudizio di ottemperanza in caso di impugnativa di un rinnovato esito negativo per ragioni non coperte dal precedente giudicato, con particolare riferimento a giudizi tecnico-valutativi di una commissione di concorso, è stata rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Cons. St. sez. VI , ord. 5 aprile 2012, n.2024) e la Plenaria ha risposto che non può escludersi in via generale la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame del giudice, in quanto la tesi che ritiene preclusa ogni riedizione del potere in senso sfavorevole a seguito di giudicato di accoglimento appare contrastante con la salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione e non imposta dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo (Cons. St. A. P. 15 gennaio 2013, n.2), dovendosi distinguere tra i casi in cui il giudicato accerta pienamente il rapporto controverso e l'attività successiva posta in essere dall'amministrazione è oggetto di sindacato da parte del solo giudice dell'ottemperanza e i casi in cui il giudicato non accerta pienamente il rapporto e l'attività successiva posta in essere dall'amministrazione è oggetto di sindacato nel giudizio di ottemperanza solo se la stessa si colloca in un ambito coperto dal giudicato; l'attività che riempie invece gli spazi lasciati vuoti dal giudicato è soggetta unicamente al ricorso ordinario (Cons. St. sez. VI, 19 giugno 2012, n.3569).

Peraltro occorre considerare che talvolta è piuttosto complessa l'indagine da effettuare da parte del giudice amministrativo per pervenire alla distinzione tra atto amministrativo elusivo del giudicato e quello che potrebbe essere affetto da autonoma illegittimità, esistendo delle zone grigie di dubbia qualificazione, principalmente allorchè l'autorità amministrativa tenuta all'ottemperanza è pur sempre dotata di ampia discrezionalità residua [51[40]]. In tale ipotesi gli strumenti utilizzabili dal

[40] [51] Cons. St. sez. IV, 4 marzo 2011, n.1415; la quale evidenzia la delicatezza della valutazione cui è chiamato il giudice amministrativo in sede di ottemperanza laddove si tratta di individuare gli elementi sintomatici di un ipotetico sviamento di potere all'interno di un contesto in cui le valutazioni dell'Amministrazione, almeno nell'esercizio ordinario delle proprie attribuzioni, sono connotate da amplissima discrezionalità, anche in connessione con la

giudice amministrativo possono consistere nelle tecniche tradizionalmente impiegate per individuare lo sviamento di potere e/o una giustificazione insufficiente/contraddittoria/irragionevole nel processo argomentativo dell'atto rinnovato rispetto al decisum [52[41]]. In considerazione dell'incertezza esistente tra quello che può essere ritenuto dal giudice come atto adottato in violazione o elusione del giudicato oppure affetto da nuova autonoma illegittimità (Cons. St. sez. VI, 20 giugno 2003, 3689) è ormai prassi degli avvocati quella di proporre una duplice impugnativa (Cons. St. Sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 848).

Si ha nullità dell'atto adottato in violazione o elusione anche in caso di giudicato cautelare, come recentemente precisato (Cons. St. sez. V. 7.6.2013, n. 3133) . Se il dato letterale della norma ha condotto parte della giurisprudenza di primo grado ad escludere la nullità dell'atto adottato in violazione od elusione delle statuizioni contenute in un'ordinanza cautelare ancorché non più soggetta a gravame, in base all'intrinseca provvisorietà che caratterizza le misure cautelari e nella inidoneità a regolare il rapporto in modo definitivo; oltre a poter essere oggetto di un provvedimento di revoca o di modifica (art. 58 Cod. proc. amm.), infatti, esse possono essere travolte da una decisione sul merito della causa di segno differente. Tuttavia, ragioni di effettività della tutela giurisdizionale, impongono di assicurare l'osservanza del provvedimento cautelare da parte della Pubblica amministrazione, nullità rilevabile anche d'ufficio dal giudice adito, giusto il disposto di cui all'art. 31 comma 4 Cod. proc. amm.

Nullità dell'atto per contrasto decreto decisorio ricorso straordinario al Pres. Repubblica

In relazione alle innovazioni intervenute (sollevabilità questione costituzionalità, possibilità di proporre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, carattere vincolante del parere del consiglio di Stato) il giudizio di ottemperanza è stato ammesso anche nei confronti dei decreti di accoglimento di ricorsi straordinari al Capo dello Stato(Cass. S. U. 28 gennaio 2011, n. 2065, 19 dicembre 2012, n. 23464; cons. St. A.P. n. 18/2012 e n. 9/2013), che hanno fatto leva sul riconoscimento della natura intrinsecamente giurisdizionale di una procedura culminante in una decisione caratterizzata, nel regime generale di alternatività, dalla stabilità tipica del giudicato

rilevanza costituzionale dell'organo di autogoverno cui dette attribuzioni sono conferite dal legislatore; confermata da Cass. S. U. 19 gennaio 2012, n.736 per quanto concerne la sussistenza nella fattispecie della giurisdizione del giudice amministrativo; Corte cost. 31 ottobre 2012, n. 245, secondo cui il giudicato costituzionale è violato non solo quando il legislatore emana una norma che costituisce una mera riproduzione di quella già ritenuta lesiva della Costituzione, ma anche laddove la nuova disciplina miri a «perseguire e raggiungere, "anche se indirettamente", esiti corrispondenti» (sentenze n. 223 del 1983, n. 88 del 1966 e n. 73 del 1963).

[41] [52] Cons. St. Sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 369, che ritiene inadeguata la motivazione fornita dall'amministrazione nell'atto rinnovato a seguito di annullamento per difetto di motivazione, per essere stata del tutto obliterata la prospettiva giuridica sostanziale tracciata dalla decisione, non fornendo alcuna valida ragione del mancato ricorso alla precedente ed ancor valida graduatoria, eludendo pertanto le esigenze affermate dal "dictum" giudiziale.

e, quindi, bisognosa di una tutela esecutiva pienamente satisfattoria. Per quanto concerne gli elementi essenziali è stato precisato (Cons. St. sez. IV, 2 aprile 2012, n.1957) che il loro difetto è tale da comportarne nullità, ed essi non possono che essere rapportati:

- -alla totale irriferibilità del provvedimento ad un organo emanante, in modo tale da rendere impossibile l'imputazione degli effetti del medesimo. In tal senso, nel provvedimento da adottarsi da organo monocratico, il difetto di sottoscrizione costituisce difetto comportante nullità (Cons. Stato, sez. II, 24 ottobre 2007 n. 1679);
- -al difetto di identificazione (e di identificabilità) del destinatario nella cui sfera giuridica occorrerebbe che si producessero gli effetti del provvedimento amministrativo, posto che ciò incide sulla tipicità dell'atto e rende non percettibile l'imperatività del medesimo.

Non costituiscono, invece, elementi essenziali dell'atto il cui difetto comporta nullità la mancanza degli elementi della volontà e dell'oggetto, se non nel caso di difetto "totale" di tali elementi, evenienza peraltro difficilmente ipotizzabile in relazione a provvedimenti amministrativi. Infatti, al di là di tali ipotesi estreme e poco plausibili, occorre ricordare:- per un verso, che la volontà, quale elemento del provvedimento amministrativo, è "volontà procedimentale", di modo che singoli, specifici "vulnera" di conformazione della medesima ovvero del momento di valutazione, scelta, e quindi fissazione del contenuto dell'atto, non possono che rilevare se non sub specie di uno dei tipici vizi di legittimità;- per altro verso, che l'oggetto del provvedimento amministrativo attiene all'interesse pubblico, alla cura (tutela, perseguimento) del quale è volto l'esercizio in concreto del potere amministrativo, per il tramite – almeno nel caso di provvedimento discrezionale – di un processo di storicizzazione dell'interesse pubblico primario e di sua conseguente comparazione con gli interessi secondari coinvolti nel procedimento. Anche in questo caso, appare evidente come forme di patologia del provvedimento non possono che proporsi se non per il tramite di uno dei tradizionali vizi di legittimità del provvedimento amministrativo, e segnatamente per il tramite del vizio di eccesso di potere.

Carenza di potere.

Nonostante il Consiglio di Stato sostenga che ormai debba ritenersi superato l'indirizzo della Cassazione in ordine alla rilevanza della carenza di potere in concreto (Sez. IV 26.1.2011 n. 676 ; St. sez.VI, 27 gennaio 2012, n.372; sez. IV, 17.9.2013, n. 4588), la Corte di Cassazione recentemente ha ribadito che ai fini della valida emissione del decreto di espropriazione, lo stesso deve intervenire entro il termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, la cui scadenza comporta il venir meno del potere espropriativo ed esclude pertanto l'idoneità del provvedimento a determinare l'affievolimento dei diritti dominicali. Ai fini dell'accertamento dell'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, il consolidato orientamento della

giurisprudenza di legittimità è nel senso che solo la scadenza del termine per il completamento dei lavori, avente carattere perentorio, può comportare il venir meno del potere espropriativo, mentre la scadenza del termine per le procedure espropriative dà luogo ad un mero vizio di legittimità del procedimento ablatorio, da farsi valere mediante l'impugnazione del decreto di esproprio dinanzi al Giudice amministrativo. Tale interpretazione della L. n. 2359 del 1865, art. 13 si fonda innanzitutto sulla lettera della disposizione, nella parte in cui dopo aver previsto che la dichiarazione di pubblica utilità dev'essere accompagnata dalla fissazione dei termini per l'inizio ed il completamento delle espropriazioni e dei lavori, ricollega la sua inefficacia alla scadenza di detti termini, significativamente richiamati al plurale. Invero, collocandosi il termine per il compimento delle espropriazioni all'interno del segmento temporale compreso tra la dichiarazione di pubblica utilità ed il termine per l'ultimazione dei lavori, è solo alla scadenza di quest'ultimo termine che può ricollegarsi il perfezionamento della fattispecie prevista dal cit. art. 13, comma 3, mentre agli altri tre termini deve riconoscersi una natura meramente acceleratoria, con la conseguenza che alla loro scadenza non può ricollegarsi l'inefficacia della dichiarazione stessa (Cass. sez. I, 14 ottobre 2013, n.23253).

Rientrano invece nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le occupazioni illegittime preordinate all'espropriazione attuate in presenza di un concreto esercizio del potere, riconoscibile per tale in base al procedimento svolto ed alle forme adottate, in consonanza con le norme che lo regolano (pur se poi l'ingerenza nella proprietà privata e/o la sua utilizzazione nonchè la sua irreversibile trasformazione sono avvenute senza alcun titolo che le consentiva, ovvero malgrado detto titolo); nonchè l'ipotesi in cui la dichiarazione di p.u. sia stata emessa e successivamente annullata in sede amministrativa o giurisdizionale perchè anche in tal caso si è in presenza di un concreto riconoscibile atto di esercizio del potere, pur se poi lo stesso si è rivelato illegittimo e per effetto dell'annullamento ha cessato retroattivamente di esplicare i suoi effetti (Cass. S. U. 23 gennaio 2012, n.832).

E' stato confermato che la violazione del diritto comunitario da parte dell'atto amministrativo implica solo un vizio di legittimità, con conseguente annullabilità dell'atto stesso. L'art. 21-septies l. n. 241/1990, introdotto dalla l.n.15/2005 ha codificato in numero chiuso le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, e non vi rientra la violazione del diritto comunitario. Da tanto consegue: a) (sul piano processuale) l'onere dell'impugnazione del provvedimento contrastante con il diritto comunitario, dinanzi al giudice amministrativo entro il termine di decadenza, pena la inoppugnabilità; b) (sul piano sostanziale) l'obbligo per l'Amministrazione di dar corso all'applicazione dell'atto, salva l'autotutela (Cons. St. Sez. VI, sent. n. 1983 del 31-03-2011; Sez. VI, sent. n. 750 del 15-02-2012). Limite territoriale delle autorità cui è conferita funzione certificativa delle sottoscrizioni delle liste di candidati nelle elezioni una pluralità di figure di pubblico ufficiale persegue la finalità di facilitare gli elettori e i presentatori delle liste (Cons. St. A. P. 9.10.2013

n.22).l'individuazione dei soggetti, ai quali la citata disposizione della legge elettorale conferisce la menzionata pubblica funzione certificativa, da cui deriva la fede privilegiata dell'attestazione proveniente dal pubblico ufficiale, propria dell'atto pubblico (art. 2699 cod. civ.), implica un rinvio allo statuto proprio delle singole figure di pubblici ufficiali, e dunque anche ai limiti territoriali, entro i quali i medesimi esercitano, in via ordinaria, le proprie funzioni, per cui i limiti alla competenza territoriale dell'ufficio di appartenenza integrano, dunque, un elemento costitutivo della fattispecie autorizzatoria. il documento formato da pubblico ufficiale incompetente non ha l'efficacia di fede privilegiata di atto pubblico, attribuendo allo stesso, qualora sottoscritto dalle parti, la mera efficacia probatoria della scrittura privata, con conseguente inidoneità autenticatoria nell'ambito delle operazioni elettorali.Con ciò, è superata ogni questione sull'inquadramento della patologia sub specie di nullità, annullabilità, mera irregolarità o altra figura, poiché la richiamata, espressa previsione di legge sancisce l'inefficacia dell'atto pubblico formato da pubblico ufficiale incompetente.

Art.31, ultimo periodo, c.p.a.: Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all' articolo 114, comma 4, lettera b (dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV."

La conseguenza pratica della disposizione è che in caso di nullità per violazione o elusione del giudicato non si applica il termine di 180 giorni ma quello di prescrizione decennale. Ma il problema è quello di stabilire se la parte possa chiedere la nullità per violazione o elusione del giudicato anche in sede di azione di nullità .

Sulla questione è intervenuta una sentenza del TAR Lombardia la quale, pur in presenza di opinioni contrarie (Consiglio di Stato, sez. V, 23 maggio 2011 n. 3078, ma in senso difforme Cons. St. sez. V, 8 febbraio 2010, n. 556), ha ritenuto condivisibile l'orientamento secondo il quale (in applicazione (in passato dell'art. 21 septies, secondo comma, della legge n. 241/90 ed oggi dell'art. 133, lett. a), n. 5), c.p.a.), è possibile dedurre in sede di cognizione il vizio di nullità del provvedimento per contrarietà al giudicato amministrativo (cfr. C.G.A., sez. giurisd.,19 marzo 2010, n. 401; T.A.R. Campania Salerno, sez. II, 28 settembre 2011 n. 1598), dovendo essere lasciata alla parte la scelta se avvalersi dei rimedi propri del giudizio di ottemperanza, di cui all'art. 114, secondo comma, c.p.a. (funzionali all'adeguamento della situazione reale di fatto e giuridica al decisum), ovvero se accontentarsi della proposizione dell'azione dichiarativa di nullità dell'atto in sede di cognizione, eventualmente accompagnata dall'azione risarcitoria (TAR Milano, sez. III, 21 maggio 2012, n.1380).Ma secondo altri sulla base dell'art. 31, comma 4 ultimo periodo, del codice sembra necessario chiedere la nullità dell'atto violativo o elusivo del giudicato esclusivamente con il giudizio di ottemperanza (Tar Liguria, sez.2, 10 maggio 2012, n.650).

Luci ed ombre dell'azione di nullità.

La previsione di un'azione di nullità del provvedimento amministrativo ha colmato indubbiamente una lacuna nell'ambito del processo amministrativo, in quanto la configurazione di vizi più gravi rispetto alla semplice illegittimità è stata comunque una esigenza avvertita dalla giurisprudenza . Invero, la giurisprudenza ha considerato gravissima sia la violazione dei confini dell'attribuzione di potere (in questo caso gli atti della pubblica amministrazione non avrebbero l'attitudine ad incidere autoritativamente sui diritti dei destinatari; sia l'atto adottato dall'amministrazione in violazione o elusione del giudicato (ritenendolo inidoneo in quanto privo di effetti imperativi per ridisciplinare la situazione a fronte di una sentenza passata in giudicato, e con riferimento ai relativi confini soggettivi ed oggettivi). La relativa normativa non ha precisato se l'atto nullo debba ritenersi inefficace o meno Inoltre la previsione di un termine di decadenza, sia pure più ampio di quello ordinario, pare avvicinare l'azione di nullità a quelle di annullamento (si è parlato di un'annullabilità rafforzata) con effetto costitutivo in relazione all'efficacia alimentando in dottrina i dubbi sul carattere dichiarativo o costitutivo della prima. Anche il Consiglio di Stato appare orientato per una speciale annullabilità in quanto ha recentemente affermato che il provvedimento amministrativo nullo è dotato di una propria efficacia "interinale" fin tanto che la nullità non venga accertata, solo riconoscendo la quale si rende possibile la stessa definizione dell'atto come provvedimento amministrativo dotato di imperatività (e che, pertanto, si impone unilateralmente ai suoi destinatari (Cons. St. sez. IV, 2 aprile 2012, n.1957).

E' stato precisato che sottoponendo l'azione di nullità dell'atto amministrativo al termine di decadenza di 180 giorni il legislatore ha attribuito rilevanza al decorso del tempo, pur a fronte di un vizio di nullità dell'atto, riconoscendo anche in questi casi diritto di cittadinanza alle esigenze di certezza dei rapporti giuridici, e quindi anche di tutela dell'affidamento comunque ingenerato dall'atto nullo, che sono implicate dall'agire amministrativo. Attualmente il termine sufficiente e necessario perché tale effetto si verifichi è legislativamente indicato in 180 giorni, mentre, anteriormente all'entrata in vigore del c.p.a., doveva ritenersi compito dell'interprete valutare tutte le circostanze del caso concreto, per stabilire il tempo utile a legittimare l'affidamento" .

Ma occorre considerare che detto termine di decadenza, se mira ad attenuare la nullità mitigandone la sua assolutezza in relazione all'esigenza di certezza dei rapporti di diritto pubblico, è accompagnato dalla regola dell'imprescrittibilità dell'eccezione e la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice. Il soggetto destinatario di un atto nullo sfavorevole, nel comportarsi come se l'atto non avesse per lui effetti, indurrà l'amministrazione ad emanare atti esecutivi o a compiere attività materiali e quindi in quella sede – al pari di quanto avviene a proposito del contratto nullo in cui proprio (e solo) in sede di esecuzione sorge il problema per il soggetto che si può servire della

nullità di dedurla – possono emergere i problemi legati alla prescrittibilità dell'azione o alla rilevabilità d'ufficio della causa di nullità.

Inoltre, il legislatore ha ritenuto di accomunare sotto la categoria della nullità quattro diversi tipi di vizi di cui almeno due (difetto assoluto di attribuzione e violazione o elusione del giudicato) riguardano atti privi di effetti imperativi e di conseguenza anche le altre due ipotesi di nullità (mancanza di elementi essenziali e gli altri casi previsti dalla legge) non possono che ritenersi privi di tale efficacia in mancanza di regole diverse da parte del legislatore.

I c.d. effetti dell'atto nullo, invero, possono derivare dalla relativa "riduzione a fatto" e sono, perciò, prodotti direttamente dalla legge, eventualmente in collegamento con altre vicende rilevanti (compresa, ad es., l'esecuzione dell'atto nullo o l'adozione di ulteriori atti sulla base di atti nulli). Con la conseguenza che l'imprescrittibilità della nullità e il carattere dichiarativo della relativa sentenza sono regola generale anche in diritto amministrativo, da applicare tutte le volte in cui, in relazione al rapporto dedotto in giudizio ed alle situazioni giuridico- soggettive fatte valere, non vi siano altri condizionamenti sostanziali e processuali, senza ricorrere all'applicazione analogica delle regole sull'annullabilità.

L'accertamento della nullità ha poi riflessi significativi sulla qualificazione delle misure esecutive eventualmente adottate e sulla forma di invalidità degli atti assunti sul presupposto del provvedimento nullo. La giurisprudenza comunque non appare pronta ad applicare le nuove regole processuali in tema di nullità, tanto è vero che il TAR Catania (2.dicembre 2011, n.2883), nell'accogliere la censura di nullità dell'atto impugnato, nel relativo dispositivo ne dispone poi l'annullamento.A fronte di un regime così complesso ed articolato nella maggior parte dei casi di nullità (tranne le ipotesi di nullità testuali) al momento può rivelarsi rischioso per l'interessato confidare nel termine lungo di 180 giorni per proporre l'azione di nullità, essendo più ragionevole rispettare il termine breve di decadenza per l'annullamento (60 giorni per il ricorso ordinario e 30 giorni per il ricorso in tema di appalti pubblici) e quindi proporre eventualmente nel contempo anche l'azione di nullità; analogamente a quanto avviene nel giudizio di ottemperanza che normalmente si propone in primo grado nel termine breve di decadenza insieme al ricorso ordinario per annullamento ad evitare eventuali tardività. Invero se ritenuta infondata la domanda di accertamento della nullità, tale azione non può essere convertita in azione di annullamento, nel caso in cui siano spirati i brevi termini di decadenza per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi annullabili .

L'azione avverso il silenzio della p.a.

Premessa

Il giudizio amministrativo è stato strutturato come impugnazione e annullamento di atti [56], per cui anche nel caso di comportamento inerte dell'autorità amministrativa

(sia in sede di esame di un'istanza sia in sede di ricorso gerarchico) la tutela del'interessato veniva impedita appunto dalla mancanza dell'atto o della decisione amministrativa gerarchica impugnabile. Di ciò si era reso conto il sen. Cavallini, che durante i lavori parlamentari che portarono all'approvazione della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (L. 31 marzo 1889, n.5992) aveva rilevato la lacuna del relativo progetto di legge atteso che l'autorità amministrativa "può abusare sia con il provvedere contro la legge sia con il non provvedere omettendo di rendere giustizia a chi la invoca" . Con la conseguenza che il Consiglio di Stato ha dovuto sopperire in sede pretoria a tale inconveniente, inventando prima il c.d. silenzio rigetto [58[42]] (ora disciplinato dall'art. 6 D.P.R.24 novembre 1971 n. 1199 e dall'art. 20 L. 6.12.1971 n.1034) e poi progressivamente il c.d. silenzio rifiuto (ora disciplinato dall'art.2 L. 7 agosto 1990 n.241 e successive modificazioni e dagli artt. 31 e 117 c.p.a.).

La prima decisione sul silenzio rifiuto che si può citare è Sez. V, 22 luglio 1926 n. 280, ove si osserva che "il provvedimento devesi ritenere intervenuto quando l'interessato abbia notificato all'Amministrazione l'atto formale che la invitava a provvedere in merito alla propria richiesta e malgrado ciò l'Amministrazione non abbia provveduto, dovendosi il suo persistente silenzio considerare come rigetto della domanda" [59[43]].

Per la formazione del silenzio rifiuto la giurisprudenza ha gradualmente ritenuto essenziali i seguenti presupposti : obbligo di provvedere dell'autorità amministrativa su istanza dell'interessato o d'ufficio (Cons. St. sez. VI, 24 ottobre 1962 n.700) ; mancata emanazione del'atto amministrativo entro un congruo termine; notifica di apposita diffida da parte dell'interessato e prefissione di un termine congruo per provvedere (Cons. St. sez. IV, 31 luglio 1931, n. 242); scadenza di detto ulteriore termine e quindi impugnativa con ricorso giurisdizionale nel prescritto termine di 60 giorni. Per quanto concerne i poteri del giudice sul silenzio rifiuto la giurisprudenza si è assestata, anche se vi è stata qualche apertura, sul principio secondo cui il giudice può accertare solo l'illegittimità del silenzio ma non può decidere sulla fondatezza dell'istanza (Cons. St. A. P. 9 gennaio 2002, n n. 1), finchè non è intervenuto l'art. 6 bis d.l. n.35/2005, convertito nella l. n.80/205.

[42] [58] La prima decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, che ammette il ricorso nel caso di impugnativa avverso il provvedimento dell'autorità inferiore in quanto ritenuto tacitamente confermato dal ministro (essendo all'epoca necessario il provvedimento definitivo per ricorrere al giudice amministrativo) è del 22 agosto 1902, n. 429. In essa si precisa che proposto ricorso al ministro e non ottenendosi risposta per alcuni mesi e quindi l'interessato notifichi un atto invitandolo a decidere entro dieci giorni e non riceva risposta , non potrebbe non riconoscersi nel prolungato silenzio del superiore la determinazione di far proprio il provvedimento dell'autorità inferiore.

[43] [59] Con la sentenza Cons. St. A. P. n.8/1960 il ricorso avverso il silenzio rifiuto è stato poi ritenuto di accertamento dell'illegittimità della mancata risposta della p.a. avendo il silenzio rifiuto solo effetti processuali, come avvertito dalla dottrina più avveduta (U. Forti, il silenzio della pubblica amministrazione e i suoi effetti processuali, in Studi di diritto pubblico, vol.II, 1937).

Per quanto concerne l'obbligo di provvedere è necessario che sia presente un dovere giuridico dell'amministrazione di emanare l'atto a prescindere dal suo contenuto che può essere anche sfavorevole in considerazione del potere discrezionale normalmente spettante alla p.a.(Cons. St. Sez. IV , 9 novembre 1954, n. 733). Tale obbligo è stato ritenuto insussistente nel caso in cui la decisione se emanare o meno l'atto rientri nella piena discrezionalità dell'amministrazione (ad es. annullamento d'ufficio) [60[44]] oppure il provvedimento richiesto non rientri nei poteri dell'autorità sollecitata [61].

Parimenti non ricorre l'ipotesi della mancata adozione di un provvedimento (e quindi della mancata conclusione di un procedimento), bensì la ben diversa ipotesi della mancata sottoscrizione di una convenzione da parte dell'amministrazione, che pure, con proprio atto deliberativo consiliare, ne aveva approvato lo schema. La fattispecie, dunque, non è riconducibile alla disciplina dell'art. 2 legge n. 241 del 1990, ed agli strumenti di tutela offerti dall'ordinamento avverso il silenzio dell'amministrazione connesso alla mancata conclusione di un procedimento amministrativo, bensì all'art. 11 della medesima legge n. 241, ed ai (differenti) rimedi processuali previsti per la mancata sottoscrizione di un accordo, pur deliberato dall'amministrazione pubblica, in conformità al comma 4 bis del citato art. 11. Si intende affermare, in definitiva, che lo speciale rito previsto avverso il silenzio dell'amministrazione dall'art. 21 bis legge n. 1034 del 1971 – così come attualmente l'azione avverso il silenzio prevista dall'art. 31 Cod. proc. amm. – non sono esperibili al diverso fine di obbligare l'amministrazione alla sottoscrizione di un accordo, riconducibile al genus di quelli previsti dall'art. 11 legge n. 241 del 1990, ostandovi la chiara tipicità dell'azione avverso il silenzio, come definita dal legislatore [45].

[44] 60] Cons. St. sez. IV, 7 settembre 1928, n. 582. Orientamento che è considerato tuttora valido essendo stato recentemente precisato che non sussiste a carico della p.a. un obbligo giuridico di pronunciarsi su istanza diretta a sollecitarne l'esercizio del potere di autotutela, non essendo coercibile dall'esterno l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante l'istituto del silenzio-rifiuto e lo strumento di tutela offerto (oggi dall'art. 117 c. p. a.) ; infatti, il potere di autotutela si esercita discrezionalmente d'ufficio, essendo rimesso alla più ampia valutazione di merito dell'Amministrazione, e non su istanza di parte e, pertanto, sulle eventuali istanze di parte, aventi valore di mera sollecitazione, non vi è alcun obbligo giuridico di provvedere (di recente, Cons. St. , VI, n. 4308 del 2010, sez. V n. 6995 del 2011, citate da Cons. St. sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5199). Alquanto diversa è la posizione della giurisprudenza della Cassazione in tema di autotutela tributaria, affermandosi che il contribuente che richiede all'Amministrazione finanziaria di ritirare, in via di autotutela, un avviso di accertamento divenuto definitivo, non può limitarsi a dedurre eventuali vizi dell'atto medesimo, la cui deduzione deve ritenersi definitivamente preclusa, ma deve prospettare l'esistenza di un interesse di rilevanza generale dell'Amministrazione alla rimozione dell'atto. Ne consegue che contro il diniego dell'Amministrazione di procedere all'esercizio del potere di autotutela può essere proposta impugnazione soltanto per dedurre eventuali profili di illegittimità del rifiuto e non per contestare la fondatezza della pretesa tributaria (Cass. S. U. 6 febbraio 2009, n. 2870, e Cass. sez. V, 12 maggio 2010, n.11457).

[45] [63] Cons. St. sez. IV 16 gennaio 1962, n. n.46, con nota contraria di F.G. Scoca, che correttamente ritiene necessario l'emanazione del provvedimento finale per escludersi il silenzio rifiuto, essendo insufficiente un'attività istruttoria o interlocutoria dell'amministrazione (Cons. St., 1962, p. 489 e segg.).

Inoltre in passato è stata esclusa la formazione del silenzio rifiuto nel caso in cui l'amministrazione avesse adottato anche un atto interlocutorio a seguito della diffida , indirizzo ormai abbandonato, essendo necessario il provvedimento conclusivo [64[46]], come del resto previsto dall'art. 117,comma 5, c.p.a. in tema di proposizione di motivi aggiunti.

Peraltro l'obbligo di provvedere sulla istanza del privato si ritiene attualmente sussistente non solo nei casi previsti dalla legge, ma anche nelle ipotesi che discendono da principi generali, ovvero dalla peculiarità della fattispecie, per la quale ragioni di giustizia ovvero rapporti esistenti tra amministrazioni ed amministrati impongono l'adozione di un provvedimento, soprattutto al fine di consentire all'interessato di adire la giurisdizione per la tutela delle proprie ragioni (Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2012, n.6183; sez. VI, 4 giugno 2004 n. 3492). È stato affermato che "indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme che impongano ai pubblici uffici di pronunciarsi su ogni istanza non palesemente abnorme dei privati, non può dubitarsi che, in regime di trasparenza e partecipazione, il relativo obbligo sussiste ogniqualvolta esigenze di giustizia sostanziale impongano l'adozione di un provvedimento espresso, in ossequio al dovere di correttezza e buona amministrazione (art. 97 Cost.), in rapporto al quale il privato vanta una legittima e qualificata aspettativa ad una esplicita pronuncia" (Cons. Stato, sez VI, 11 maggio 2007, n. 2318).

Inizialmente la formazione del silenzio rifiuto impugnabile davanti al giudice amministrativo fu ammessa anche con riferimento ad istanze concernenti diritti soggettivi in materia di giurisdizione esclusiva, ma poi chiarito che il diritto soggettivo in materia di giurisdizione esclusiva è azionabile anche senza l'intervento di un atto amministrativo di diniego espresso o tacito, si ammise direttamente l'azione di accertamento [65].

E' stato precisato recentemente dalla Cassazione [66] che è ormai indiscussa, in dottrina e in giurisprudenza, la natura meramente processuale del rimedio previsto dalla L. n. 1034 del 1971, art. 21 bis, che non fonda ma presuppone la giurisdizione del giudice amministrativo sulla pretesa sostanziale cui si riferisce la dedotta inerzia della pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2006, n. 6003) . Si ritiene anzi che il rimedio, sia ammissibile solo in presenza di una posizione di interesse legittimo connessa all'esercizio di un potere amministrativo (Cons. Stato sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 215), perchè l'eventuale lesione di una situazione di diritto soggettivo, quand'anche devoluta alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, è direttamente accertabile dall'autorità giurisdizionale (Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6378). Inoltre, in mancanza di una normativa specifica,

[46] [64] E' stato recentemente precisato (Cons. St. sez. IV, 22 giugno 2011, n.3798) che il preavviso di rigetto, essendo atto meramente interlocutorio finalizzato a stimolare il contraddittorio infraprocedimentale, non è idoneo ad assolvere l'obbligo dell'Amministrazione di concludere il procedimento con una determinazione espressa, come sancito dall'art. 2 della stessa legge nr. 241 del 1990.

la giurisprudenza non potette precisare i tempi di attesa del privato prima della diffida e a seguito della diffida, limitandosi il giudice a verificare la congruità di entrambi i termini in relazione al caso concreto e in genere tale giudizio di congruità era implicito nella decisione di ritenere il ricorso ammissibile. Con una simile procedura il privato poteva scegliere il momento in cui proporre la diffida e quindi il ricorso avverso il silenzio rifiuto.

Con l'art. 5 R. D. 3 marzo 1934, n. 383 (Testo unico della legge comunale e provinciale) , il legislatore disciplinò i tempi e la procedura del ricorso gerarchico ("trascorsi centoventi giorni dalla data di presentazione del ricorso, senza che l'autorità adita abbia provveduto, il ricorrente può chiedere, con istanza alla stessa notificata, che il ricorso venga deciso. Trascorsi sessanta giorni dalla notificazione a tale istanza, senza che sia intervenuta alcuna decisione, il ricorso si intende, a tutti gli effetti di legge, come rigettato.") e la giurisprudenza prevalente del Consiglio di Stato ritenne che detta disposizione doveva considerarsi espressiva di un principio generale dell'ordinamento, applicabile anche ad ipotesi diverse che prescindessero dalla avvenuta presentazione di un ricorso gerarchico [67].

Una volta chiarita con la decisione Cons. St. A. P. n.8/1960 la profonda differenza esistente tra il ricorso gerarchico (in cui è già intervenuta una determinazione della p.a. contro cui si rivolge il ricorso) ed il silenzio rifiuto (in cui manca qualsiasi presa di posizione della p.a., che invece si intende provocare), la giurisprudenza successiva, venuta meno la configurabilità del provvedimento tacito per il silenzio rifiuto, si è orientata per la sopravvivenza dell'indirizzo pretorio antecedente alla riforma del 1934 basato sulla congruità dei termini fissati dall'interessato. .

Intervenuto poi l'art. 6 d.p.r. n. 1199 del 1971 con la nuova disciplina del silenzio rigetto, che prevede il rigetto del ricorso gerarchico dopo il 90° giorno dalla data di presentazione del ricorso, senza l'intermediazione della diffida, la giurisprudenza è stata incerta nel ritenere se la nuova disciplina del silenzio rigetto si applicasse ance al silenzio rifiuto, finchè il Cons. di stato A. P. n. 10/1978 ha chiarito che al silenzio rifiuto doveva applicarsi la disciplina di cui all'art. 25 d.p.r. n. 3/1957, Tale disposizione infatti è stata ritenuta idonea a disciplinare l'azione amministrativa con un procedimento articolato in due fasi , con il passaggio obbligato della diffida e con la riduzione dei termini minimi a 90 giorni complessivi (diffida notificata entro 60 giorni dall'istanza e quindi ulteriori 30 giorni per poi impugnare il silenzio rifiuto). La necessità della diffida per la formazione del silenzio rifiuto è stata ritenuta necessaria anche a seguito della disciplina sui tempi per l'emanazione del provvedimento finale ex art. 2 l. n.241/1990 (Cons. St. A. P. 15 settembre 2005, n. 7). Con l'art. 21 bis l. n-1034/1971, introdotto dall'art. 2 l.n.205/2000, è stato previsto un apposito rito accelerato e concentrato davanti al giudice amministrativo per i ricorsi avverso il silenzio rifiuto (decisione in camera di consiglio con sentenza succintamente motivata entro 30 giorni dal termine di scadenza del deposito del ricorso, in caso di accoglimento con ordine all'amministrazione di provvedere entro

30 giorni, con nomina in caso di inadempimento di commissario acta che si sostituisca all'amministrazione).

Pertanto è stata rafforzata la capacità di offrire una più efficace tutela al privato in attesa di provvedimento, sia con riferimento all'obiettivo sollecitatorio della decisione del giudice sia considerando il risultato conseguibile al compimento delle due fasi, e cioè tenendo conto sia dell'abbreviazione dei termini sia della possibilità di ottenere la nomina del commissario ad acta, nel corso dello stesso giudizio, senza necessità di promuovere un giudizio di ottemperanza. E' poi intervenuta la modifica di cui all'art. 6 bis d.l. n.35/2005, convertito nella l. n.80/205 che ha previsto che decorsi i termini per la conclusione del procedimento l'impugnativa del silenzio rifiuto può avvenire finchè dura l'inadempimento ma non oltre un anno dalla scadenza e che il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. Inoltre , è sta fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.

Con riferimento al potere del giudice di poter conoscere della fondatezza dell'istanza, in linea di massima la giurisprudenza è stata contraria (Cons. St. A. P. n.1/2002) trattandosi di giurisdizione di legittimità, ma talvolta ha esaminato non la fondatezza ma solo l'infondatezza dell'istanza, ad evitare ulteriore contenzioso. Poi è intervenuto il citato art. 6 bis d.l. n.35/2005 e il Consiglio di Stato ha precisato che il verbo "può" implica il permanere di limiti al sindacato giurisdizionale, anche perché il giudizio sul silenzio ha pur sempre carattere semplificato, sicché, ove siano necessari complessi accertamenti istruttori, il giudice non può che limitarsi a verificare l'esistenza di un obbligo di provvedere e a dare impulso ai successivi adempimenti di competenza dell'amministrazione. In questi casi, il ricorrente non potrà ottenere una pronuncia sulla fondatezza della propria istanza perché il sorgere della situazione soggettiva che si vuole conseguire è, strutturalmente, condizionata alla formazione di atti e provvedimenti non ancora esistenti o all'effettuazione di valutazioni discrezionali non ancora compiute [68].

Artt. 31 e 117 c.p.a. Novità e conferme.

Le novità del c.p.a in tema di ricorso avverso il silenzio concernono i seguenti aspetti:

- -previsione della notifica del ricorso ad almeno un controinteressato (se individuabile);
- -previsione della facoltà di proporre motivi aggiunti nel corso del giudizio avverso il provvedimento espresso o altro atto connesso all'oggetto del giudizio, con conseguente adeguamento del rito del giudizio al nuovo atto;
- -cumulabilità con l'azione di risarcimento del danno da ritardo e conseguenze sul rito;

- -chiarimento sulla finalità del giudizio sul silenzio che normalmente è quella di accertare l'obbligo dell'amministrazione di provvedere ;
- -delimitazione dei casi eccezionali in cui il giudice può accertare la fondatezza della pretesa sostanziale, nell'ambito del giudizio sul silenzio;
- -previsione della facoltà del giudice di nominare il commissario acta nella sentenza che accoglie il ricorso o successivamente su istanza di parte;
- -determinazione delle questioni sottoponibili al giudice del ricorso sul silenzio;

La relazione al codice del processo amministrativo precisa che "si è mantenuta la rilevanza autonoma per l'azione avverso il silenzio, che ha ad oggetto l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere e che ha un'importante specifica tradizione nel processo amministrativo." Formulazione poi adoperata nell'art. 31, comma 1, c.p.a. Viene perciò espressamente riconosciuto in sede legislativa che l'oggetto del giudizio sul silenzio rifiuto è innanzitutto l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere, che tanto faticosamente la giurisprudenza aveva elaborato. La Relazione sottolineava il necessario raccordo di detta azione con una ulteriore (l'azione di adempimento) che, nel disegno originario del legislatore,avrebbe dovuto costituire una delle più rilevanti novità dell'impianto codici stico, stabilendosi che "l'azione è diretta alla declaratoria dell'obbligo di provvedere e va raccordata con la possibilità di esperire contestualmente l'azione di adempimento per ottenere la condanna dell'amministrazione al rilascio di un determinato provvedimento individuato anche nel suo contenuto. Anche nel caso di contestuale esercizio dell'azione di adempimento, la mera declaratoria dell'obbligo di provvedere costituirà l'esito del giudizio quando non sarà possibile per il giudice spingersi ad accertare la fondatezza della pretesa perché residuano spazi di discrezionalità.".

Come è noto, la espressa previsione dell'azione di adempimento contenuta nel testo del codice licenziato dalla Commissione è stata soppressa nella redazione definitiva, ma poi con il secondo correttivo decr. leg. n.160/2012 è stato previsto nell'art. 34 comma 1 lett.c, che l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata nei limiti di cui all'art.31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento avverso il provvedimento di diniego o avverso il silenzio. Per cui sono state precisate le ipotesi in cui il giudice può pervenire ad un'azione di condanna all'emanazione di un atto amministrativo [69[47]] (attività vincolata o iniziale attività

[47] [69] Le ipotesi in cui il giudice amministrativo può pervenire a tale condanna sono due:: la prima concerne i casi di attività vincolata in astratto, il che raramente si verifica in quanto in genere vi sono comunque aspetti discrezionali di competenza dell'amministrazione (TAR Calabria, 5 marzo 2011, n. 324) e la seconda riguarda le ipotesi di discrezionalità esaurita per effetto di scelte già effettuate dall'amministrazione in precedenza oppure per effetto di vincoli derivanti da accordi tra le parti (TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 4 giugno 2014 n. 1347) o da attività istruttoria svolta nel corso del giudizio (TAR Lombardia – Milano, 8 giugno 2011, n.1428).

discrezionale per la quale non residuano ulteriori margini di discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori da parte dell'amministrazione).

Le due domande, normalmente conosciute nell'ambito di un giudizio unitario in seno al quale l'attività di accertamento è strumentale alla pronuncia di condanna ad un facere di stampo pubblicistico, rivelano la loro autonomia nell'ipotesi in cui la sentenza di condanna non risulti più ammissibile o utile ma residui, a fini risarcitori, l'interesse ad una declaratoria che stigmatizzi l'illegittima inerzia amministrativa. Detta autonomia viene in rilievo in modo particolare nel caso in cui, nel corso del giudizio di primo grado o in appello, la parte ricorrente ha manifestato l'interesse a conseguire una pronuncia dichiarativa della formazione del silenzio-rifiuto anche a fronte del venir meno dell'interesse alla sentenza di condanna alla definizione dell'iterprocedurale l'improcedibilità del ricorso di primo grado a seguito del sopravvenuto difetto d'interesse conseguente al sopravvenuto esplicito di diniego nel corso del giudizio d'appello non faccia venir meno l'interesse al conseguimento di una decisione sull'autonoma domanda, articolata con il ricorso di prime cure e ribadita in appello, di accertamento della violazione dell'obbligo di provvedere entro i termini di legge nella prospettiva della futura proponibilità di una domanda di risarcimento.

A suffragio di tale ricostruzione depone la disciplina dettata dall'articolo art. 34, co. III, cod. proc. amm., secondo cui "quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori". Detta norma, pur se relativa all'azione di annullamento, esprime una regula iuris, che, riconnettendosi al principio generale di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (così Cons. Stato, sez. I, 18 maggio 2012, n. 2918) e al corollario, che a tale premessa consegue, dell'ammissibilità di azioni di accertamento anche atipiche (Cons., Stato, Ad Plen 29 luglio 2011, n. 15; sez. V, 31 gennaio 2012, n. 472; sez. IV, 9 maggio 2013, n. 2518)), non può che estendersi anche al giudizio avverso il silenzio. Ne deriva che il sopravvenire di un provvedimento di diniego non può ostare alla declaratoria dell'illegittimità procedurale dell'amministrazione laddove venga prospettata e sia astrattamente ravvisabile l'utilità di un tale decisumnella proiezione di un successivo giudizio risarcitorio, ferma restando la riserva a tale separato momento cognitivo della delibazione, sul piano dell'an e del quantum, della domanda risarcitoria (sulla necessità di una domanda o allegazione di parte e sulla riserva al giudice del risarcimento della cognizione della relativa domanda Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2911, n. 6541) .

La Relazione, in ultimo, sottolinea che "si è mantenuta la proponibilità dell'azione senza diffida, dopo il decorso del termine di conclusione del procedimento, entro il termine di un anno, non ravvisandosi in questo caso l'esigenza di omogeneizzazione dei termini a sessanta o centottanta giorni che connota le altre azioni,trattandosi di istituto sostanzialmente già consolidato nell'esperienza giudiziaria".

Ai sensi degli artt. art. 31 e 117 del codice il giudizio si propone con ricorso notificato all'amministrazione (tenuta all'emanazione dell'atto) e ad almeno un controinteressato [72[48]] finché dura l'inadempimento e comunque non oltre 1 anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento (anche senza previa diffida) e depositato entro 15 giorni dall'ultima notifica dello stesso; l'appello va notificato entro 30 giorni dalla notifica della sentenza e depositato entro 15 giorni dall'ultima notificazione.

Sia nel giudizio di primo grado che nel giudizio di appello tutti i termini processuali sono dimezzati rispetto a quelli del processo ordinario, tranne quelli del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti. (art. 87, comma3, c.p.a.); la discussione del giudizio è fissata d'ufficio alla prima camera di consiglio utile decorsi 30 giorni dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intimate. (art. 87, comma. 3, c.p.a.).

Il giudice decide con sentenza semplificata.

La relazione al codice, a proposito del rito del silenzio di cui all'art.117 , innanzitutto afferma espressamente che esso ha natura "speciale"; di seguito, ribadisce la natura "compilativa" delle previsioni codicistiche affermando che "il rito avverso il silenzio della pubblica amministrazione, è stato codificato senza innovazioni particolari, salvo un migliore coordinamento in caso di concorso di azioni diverse con quella relativa alla mera inerzia (azione di adempimento volta all'accertamento della fondatezza della pretesa, azione risarcitoria, azione impugnatoria contro il provvedimento espresso sopravvenuto). E' importante sottolineare che, nel caso in cui nel corso del giudizio avverso il silenzio sopravviene il provvedimento espresso, o un atto connesso con l'oggetto della controversia, questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il provvedimento espresso, e l'intero giudizio prosegue con quest'ultimo rito. In tale ipotesi è prevista una conversione obbligatoria del rito camerale nel rito del provvedimento espresso e incentrandosi il contenzioso su quest'ultimo. Se insieme all'azione avverso il silenzio viene proposta l'azione di risarcimento del danno per inosservanza dolosa o colposa del termine per provvedere, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e fissare l'udienza pubblica per la trattazione della domanda risarcitoria." La relazione contemplava altresì la ipotesi in cui venisse "chiesto anche l'accertamento della fondatezza della pretesa", prevedendo che in tale evenienza il

[48] [72] La giurisprudenza è stata tradizionalmente contraria a riconoscere controinteressati nel ricorso avverso il silenzio rifiuto, per la semplice ragione che in tal caso difetta l'atto da impugnare e conseguentemente il beneficiario di esso, dal momento che appunto si chiede in giudizio l'accertamento dell'obbligo di emanare l'atto richiesto(Cons. St. sez. VI, 30 marzo 1982, n. 144. Però recentemente , una parte della giurisprudenza ha riconosciuto la necessità della notifica al controinteressato, identificato nel soggetto che, nei giudizi di accertamento, riceverebbe un pregiudizio immediato dall'accertamento dell'obbligo di provvedere (Cons. St. sez. IV, 9 agosto 2005, n. 4231), salvo la difficoltà pratica di individuarlo. Una ipotesi concreta di controinteressato è stata individuata nel soggetto nei cui confronti il ricorrente richiede all'amministrazione l'adozione di sanzioni con il rimedio del silenzio rifiuto (Cons. St. sez. V; 9 aprile 2014, n.1696).

giudice "potesse disporre, anche su istanza di parte, la conversione del rito camerale in ordinario. In tal caso fissa l'udienza pubblica per la discussione del ricorso."

Detta conversione del rito camerale in rito ordinario aveva natura" facoltativa ed era rimessa alla valutazione del giudice; infatti, ove la fondatezza della pretesa fosse stata insussistente, sarebbe stato superfluo convertire il rito." Il testo definitivo del codice amministrativo non contempla più detta fattispecie di conversione facoltativa, strettamente legata alla domanda di accertamento della fondatezza della pretesa. Peraltro si è stabilito nell'art. 34 comma 1 lett.c del decreto correttivo n.160/2012 che l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata contestualmente all'azione di annullamento di un provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio. Per cui ora, in caso di contestazione del silenzio rifiuto e di richiesta contestuale di emanazione di un provvedimento, si procede unitariamente con il rito del silenzio.

L'ultimo comma dell'art. 117, stabilendo che "se l'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 30, comma 4, è proposta congiuntamente a quella di cui al presente articolo, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria" facoltizza soltanto, ma non obbliga, il giudice ad esaminare detta ultima domanda rimettendo a ruolo la causa per la trattazione in udienza pubblica.

Ne discende che in via di principio risulta superato ex lege l'orientamento giurisprudenziale pregresso secondo cui la domanda risarcitoria sarebbe incompatibile con il giudizio a rito speciale sul silenzio-rifiuto, in quanto, per ragioni di specialità e speditezza (quest'ultimo si svolge con rito camerale) non risulterebbe compatibile con una domanda cognitoria quale l'azione di risarcimento del danno.

E' probabile che la prassi tendenziale seguita dal giudice sarà nel senso di uno sdoppiamento della procedura: tuttavia, e quantomeno nei casi più semplici, non è da escludere la possibilità che con una unica decisione si definisca interamente la controversia, anche con riguardo al petitum risarcitorio. La giurisprudenza ha preso atto di tale innovazione legislativa ed ha affermato che alla luce dell'art. 117, comma 6, del c.p.a., deve ritenersi ammissibile la domanda di risarcimento proposta unitamente al ricorso avverso il silenzio e che del pari è ammissibile la domanda con cui il privato invoca la tutela risarcitoria per i danni conseguenti al ritardo con cui l'amministrazione ha adottato un provvedimento a lui favorevole, ma emanato appunto con ritardo rispetto al termine previsto per quel determinato procedimento (Consiglio Stato, sez. V, 21 marzo 2011 , n. 1739).

Secondo tale sentenza, infatti, detta disposizione ha codificato quell'orientamento favorevole all'ammissibilità del cumulo di domande, già presente prima dell'entrata in vigore del Codice: sotto tale profilo, pertanto, la norma assume una natura interpretativa circa l'ammissibilità del cumulo, che va quindi riconosciuta anche con riferimento ai giudizi già pendenti al momento dell'entrata in vigore del Codice

(Cons. Stato, IV, 27 novembre 2010 n. 8251). Però nel caso in cui il giudice amministrativo, decidendo con sentenza in forma semplificata, tratta la domanda risarcitoria connessa all'azione contro il silenzio della Pubblica amministrazione col rito camerale anziché procedere alla conversione nel giudizio ordinario − come è in sua facoltà − deve peraltro renderne edotte le parti costituite, in analogia con quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 60 e 74 Cod. proc. amm. (Cons. St. sez. V , 5 dicembre 2013, n.5798). L'azione avverso il silenzio, di cui all'art. 31 del codice del processo amministrativo, è concettualmente scindibile in due domande: la prima, di natura dichiarativa, volta all'accertamento dell'obbligo, in capo all'amministrazione destinataria dell'istanza presentata dal titolare dell'interesse pretensivo, dell'obbligo di definire il procedimento nel termine prescritto dalla disciplina legislativa o regolamentare a sensi dell'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n 241; l'altra, inquadrabile nel novero delle azioni di condanna, diretta ad ottenere una sentenza che condanni l'amministrazione inadempiente all'adozione di un provvedimento esplicito, previo accertamento della spettanza del bene della vita nei casi in cui venga in rilievo l'esplicazione di in potere discrezionale.

E' certamente da ribadire integralmente, invece, il principio per cui il rito del silenzio rifiuto concerne la esplicazione di potestà pubblicistiche correlate alle sole ipotesi di mancato esercizio dell'attività amministrativa ed afferente a posizioni di interesse legittimo devolute alla cognizione del giudice amministrativo.

Né questo consolidato quadro può ritenersi completamente ribaltato a seguito della inclusione legislativa, tra le ipotesi di giurisdizione esclusiva, anche del del silenzio di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3″, attraverso la nuova previsione dell'art. 133, lett. a), n. 3, CPA. Quest'ultima, invero, non può essere certo intesa nel senso che sia sufficiente far valere attraverso la procedura del silenzio rifiuto una qualsiasi pretesa nei riguardi della P.A. per poter poi attrarre invariabilmente dinanzi al giudice amministrativo il relativo contenzioso. La nuova norma, che si limita a configurare un'ulteriore ipotesi puntuale di giurisdizione esclusiva, va invece interpretata in modo coerente con la tradizione dell'istituto del silenzio e le regole generali sul riparto, la considerazione delle quali porta a ritenere che, come l'inerzia della pubblica amministrazione possa essere sindacata dalla giurisdizione amministrativa mediante lo schema del silenzio rifiuto quando attenga pur sempre all'esplicazione di un potere autoritativo . Nell'ambito della giurisdizione amministrativa, inoltre, il rito del silenzio non è estensibile alle ipotesi di silenzio significativo (silenzio diniego ; silenzio assenso e silenzio rigetto), nelle quali è la relativa normativa ad assegnarne il significato. Con riferimento al silenzio rigetto vi è stato qualche tentennamento al fine di consentire all'interessato di avere una pronuncia sul ricorso gerarchico mediante la procedura del silenzio rifiuto e, dunque, anche sulle censure di merito ivi dedotte.

Ma recentemente è stato correttamente precisato che nel sistema introdotto dal d.P.R. 6 dicembre 1971 n. 1199 il silenzio mantenuto dall'Autorità investita da un ricorso

gerarchico non si configura come inadempienza, e dunque non dà luogo all'impugnazione del silenzio come tale, tantomeno all'azione di accertamento dell'obbligo di provvedere ai sensi dell'art. 21-bis l. 6 dicembre 1971 n. 1034, e poi delle corrispondenti disposizioni del codice del processo amministrativo, bensì come mero fatto che abilita il privato interessato a ricorrere al g.a. impugnando non il silenzio dell'Autorità sovraordinata, ma il provvedimento già impugnato inutilmente in via gerarchica". Pertanto, in caso di ricorso gerarchico non sono sovrapponibili diverse procedure relative al silenzio della pubblica amministrazione: esse sono incompatibili e chiaramente alternative dal momento che ciascuna di esse disciplina lo stesso istituto con modalità diverse nelle diverse circostanze secondo la logica propria di ciascuna" . Se il giudice amministrativo è carente di giurisdizione con riferimento alla pretesa sostanziale, lo è pure con riguardo all'azione volta a fare dichiarare la illegittimità del silenzio. Infatti la natura meramente processuale del rimedio del silenzio rifiuto e la dedotta inerzia della pubblica amministrazione . Il ricorso avverso il silenzio rifiuto costituisce, infatti, un'azione che richiede al giudice di esercitare una cognizione sul merito della causa, che, in taluni casi, può spingersi sino alla condanna dell'Amministrazione all'adozione di un provvedimento di contenuto predeterminato; si deve, pertanto, concludere nel senso che la giurisdizione. in materia di silenzio rifiuto si arresta laddove l'istanza inevasa abbia ad oggetto una materia devoluta alla giurisdizione di altra autorità giudiziaria [76[49]]. Nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il rito del silenzio non è esperibile laddove il privato vanti una posizione avente consistenza di diritto soggettivo. Ciò per la elementare constatazione che laddove la posizione attiva abbia consistenza di diritto soggettivo (e sebbene sia stata devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) il rimedio del silenzio risulta inutile in quanto la tutela del relativo diritto si esplica attraverso una pronuncia di accertamento.

La Relazione, in ultimo, sottolinea che "si è mantenuta la proponibilità dell'azione senza diffida, dopo il decorso del termine di conclusione del procedimento, entro il termine di un anno, non ravvisandosi in questo caso l'esigenza di omogeneizzazione dei termini a sessanta o centottanta giorni che connota le altre azioni,trattandosi di istituto sostanzialmente già consolidato nell'esperienza giudiziaria.". E' fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.

[49] [76] Cons. St. sez. V, 27 marzo 2013 n. 1754; 17 gennaio 2011, n.2010, la quale ha precisato che l'art. 2 della l. n. 205/2000, che ha introdotto l'art. 21 bis della l. n. 1034/1971 in tema di ricorso avverso il silenzio serbato dall'amministrazione, poi confluito nell'art. 31 del c.p.a., non ha inteso creare un rimedio di carattere generale, esperibile in tutte le ipotesi di comportamento inerte della pubblica amministrazione, e pertanto sempre ammissibile indipendentemente dalla giurisdizione del G.A. (il quale si configurerebbe quindi come giudice del silenzio dell'Amministrazione), ma soltanto un istituto giuridico relativo alla esplicazione di potestà pubblicistiche correlate alle sole ipotesi di mancato esercizio dell'attività amministrativa discrezionale.

Il giudice se accoglie il ricorso ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore di norma a trenta giorni. Nomina, ove occorra, un commissario ad acta (che entra in funzione una volta scaduto il termine accordato all'amministrazione [77]) con la sentenza di accoglimento o successivamente su istanza della parte interessata.

Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto , ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario. La norma sembra affidare al giudice del silenzio rifiuto ogni questione in ordine al provvedimento richiesto, anche se relativa agli atti del commissario. Prima del codice la giurisprudenza assegnava al commissario ad acta in sede di giudizio sul silenzio rifiuto natura mista e cioè se si trattava di eseguire una sentenza che avesse accertato la fondatezza della pretesa sostanziale, il commissario ad acta doveva considerarsi organo ausiliario del giudice in considerazione dei vincoli stringenti derivanti da una tale sentenza; se invece il giudice si limitava a stabilire l'obbligo dell'amministrazione di provvedere (senza vincolarne il contenuto), l'atto sfavorevole adottato dal commissario ad acta non poteva che essere impugnato con ricorso ordinario [78].

Appare preferibile anche a seguito del codice, in mancanza di norme espresse e in considerazione del tendenziale principio di separazione dei poteri e del doppio grado di giudizio, ritenere che il commissario ad acta sia ausiliario del giudice se opera in attuazione del giudicato e organo straordinario dell'amministrazione allorchè svolge la sua attività in attuazione della legge con conseguente impugnativa, in questaseconda ipotesi, dei suoi atti con ricorso ordinario [79[50]] e riconoscimento del potere di autotutela da parte dell'amministrazione [80].

Invero, una volta ritenuto che gli atti dell'amministrazione non violativi o elusivi del giudicato, in quanto attinenti ad aspetti residui di discrezionalità non coperti dal giudicato, vanno impugnati con ricorso ordinario, come confermato anche dalla sentenza A.P. n.2/2013, la medesima conclusione deve estendersi anche per gli atti adottati del commissario ad acta senza la prescrizione di specifici vincoli derivanti dalla sentenza da eseguire o dal provvedimento giudiziale di nomina, non sussistendo

[50] [79] V. Lopilato, Esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza, sito del Consiglio di Stato, novembre 2012. Per la giurisprudenza anteriore al c.p.a. V. Cons. St. sez. VI, 30.12.2004, n. 8275 e sez. V 17 aprile 2002, n. 2006; Cass. sez. 3, 18.6.2003, n.9709, la quale ritiene che gli atti del commissario siano impugnabili innanzi al giudice dell'ottemperanza solo quando siano direttamente ricollegabili ad un'attività di conformazione al giudicato, ed invece soggetti all'ordinario controllo di legittimità, ove siano espressione di poteri discrezionali ultronei rispetto alla vicenda ottemperativa disegnata nel giudicato. Per cui la cd. teoria mista è ritenuta la più adeguata a comprendere l'istituto nella sua complessa tipicità, perché se, in buona sostanza, il commissario ad acta agisce quale longa manus del giudice ma sostituendosi alla p.a. per eseguire un giudicato, due elementi sono incontestabili: che nel momento genetico dell'investitura il commissario assume le vesti di organo ausiliario del giudice, ma, nel momento funzionale, pone in essere i provvedimenti omessi dall'amministrazione inottemperante, e pertanto agisce attraverso atti amministrativi che però, per la loro particolare collocazione nella vicenda rivolta all'ottemperanza sono impugnabili davanti al giudice amministrativo solo in sede di legittimità oppure anche di merito.

ragioni per differenziare le due ipotesi [81[51]]. Invece per i terzi estranei, gli atti adottati dal commissario ad acta vanno comunque impugnati con ricorso ordinario, in quanto nei loro confronti la sentenza degrada a fatto giuridico rilevante ma non vincolante, come precisato per il giudizio di ottemperanza dall'art. 114 ,comma 6, c.p.a..

E' importante sottolineare che il codice ha espressamente previsto che nel caso in cui nel corso del giudizio avverso il silenzio sopravviene il provvedimento espresso, o un atto connesso con l'oggetto della controversia, questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti [82[52]], nei termini e con il rito previsto per il provvedimento espresso, e l'intero giudizio prosegue con tale rito (art.117, comma 5). In tale ipotesi è prevista una conversione obbligatoria del rito camerale, essendo sopravvenuto il provvedimento espresso e incentrandosi il contenzioso su quest'ultimo. Una particolare figura di silenzio rifiuto si rinviene in materia di denuncia di inizio attività , da ultimo definitivamente avallato dallo stesso legislatore con le modifiche introdotte all'art. 19 comma 6 ter della Legge n. 241 del 1990 dal decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge n. 148 del 2011,include la DIA (ora SCIA) tra i moduli di liberalizzazione dell'attività privata, escludendo che la stessa costituisca provvedimento tacito direttamente impugnabile. Gli interessati possono quindi agire sollecitando l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31 c.p.a. ovvero impugnare i "provvedimenti espressi" adottati dall'amministrazione su sollecitazione degli stessi controinteressati (cfr. Cons. St., sez. IV 10 luglio 2013, n. 3666; T.A.R. Napoli sez. II 21 giugno 2013 n. 3195).

L'azione di condanna.

Nel processo amministrativo è stata esclusa fino ad epoca recente l'ammissibilità di un'azione di condanna della p.a. ad un facere, nonchè al pagamento di una somma di denaro e al risarcimento del danno, con la sola eccezione della condanna alle spese di giudizio (già prevista negli artt. 50 e 56 del regolamento n.6516/1889 e negli att. 68, 88 e 89 regolamento n. 642/1907) [83[53]]. Ciò vale non solo per la giurisdizione di

[51] [81] In tal senso è la sentenza TAR Puglia-Lecce 18 settembre 2013, n. 1943, che ritiene necessario il ricorso ordinario nel caso in cui il giudicato abbia lasciato margini di discrezionalità nel compito affidato al commissario ad acta.

[52] [82] L'orientamento giurisprudenziale antecedente al Codice in prevalenza riteneva inammissibili i motivi aggiunti proposti avverso il nuovo atto nel corso del giudizio sul silenzio rifiuto per incompatibilità con il rito accelerato del silenzio.(cons. St. sez. IV, 12 febbraio 2010 n. 773)

[53]

[83] Come è noto la nozione di azione di condanna non è pacifica. Per la tesi tradizionale la condanna deve essere preordinata alla formazione di un titolo esecutivo che consenta l'esecuzione forzata nelle forme previste dal c.p.c. Per la dottrina processualistica più recente invece sono azioni di condanna tutte quelle dirette ad imporre un comportamento specifico , che soddisfi la pretesa dell'interessato, indipendentemente dalla loro idoneità ad essere titolo esecutivo.In particolare, A. Proto Pisani ritiene che la condanna possa avere ad oggetto l'adempimento dell'obbligazione quale ne sia il contenuto, anche se non suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica, e che la condanna possa assolvere una funzione di tutela preventiva e non soltanto repressiva della violazione (Appunti sulla

legittimità, ma anche per quella esclusiva essendo stato consentito con riferimento ai diritti soggettivi solo l'accertamento del diritto spettante all'interessato, salvo l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato [84[54]] Un'azione di condanna della p.a. al pagamento di somme di danaro di cui risulti debitrice nella materia relativi a diritti attribuita alla giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo è stata introdotta solo dall'art.26 l.n.1034/1971. La sua formula ambigua con riferimento alla giurisdizione esclusiva e di merito è stata intesa, al fine di non relegare la sua applicazione a casi sporadici, nel senso che la relativa condanna è ammissibile in presenza di un diritto soggettivo sia che si tratti di giurisdizione esclusiva che di merito.

Dall'ambito dell'azione ex art.26 erano escluse le domande risarcitorie e in generale i diritti patrimoniali consequenziali, riservati alla giurisdizione ordinaria ex art. 7 l.n.1934/1971 e art. 30 T. U. n.1054/1924.

Come azione di condanna è stato configurato anche il ricorso per l'accesso ai documenti amministrativi (art.24 l.n.241/1990).

L'art. 35 l. n.80/1998 ha introdotto l'azione di condanna della p.a. al risarcimento del danno per lesione di diritti soggettivi in relazione a controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva e fu eliminata la riserva al giudice ordinario sui diritti patrimoniali consequenziali. Quindi (per effetto sentenza Cass. S. U. n.500/1999) anche per lesione di interessi legittimi (art. 7 l. n.205/2000).

Il problema che si è posto a seguito dell'ammissibilità di una condanna della p.a. al risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo è stato quello di stabilire la necessità o meno del previo annullamento dell'atto amministrativo lesivo (c.d. pregiudiziale amministrativa), con diverso orientamento della Corte di Cassazione (favorevole all'autonomia dell'azione risarcitoria , considerando l'atto amministrativo come fatto lesivo della posizione soggettiva del privato con ricostruzione interamente privatistica della responsabilità della p.a. per lesione di interesse legittimo) e del Consiglio di Stato (orientato a ribadire la natura imperativa del provvedimento amministrativo, espressione della volontà della legge nel caso concreto, a presidio della stabilità dei rapporti pubblicistici, da contestare in un breve termine di decadenza). La Corte di Cassazione, a fronte di

giustizia civile, la tutela di condanna, p. 170, 1982). A questa seconda nozione si è ispirato il c.p.a. che prevede la condanna della p.a. al rilascio del provvedimento richiesto nei limiti previsti dall'art. 31, 3° comma, e all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio ai sensi dell'art. 34. comma 1 lett. c, c.p.a.
C
54

[84] Cons. St., A.P., 26 ottobre 1953, n. 17. Il prof. Nigro ha espresso il proprio dissenso da tale orientamento giurisprudenziale osservando che non si era mai capito il motivo per cui il giudice amministrativo si dovesse limitare ad accertare come dovuta una somma di denaro e non potesse mai condannare l'amministrazione al pagamento di tale somma (Giustizia amministrativa, 1979.p.286).

dubbi in ordine al giudice cui rivolgersi per conseguire il risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo, ha dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo, concentrandosi ogni forma di tutela della stessa situazione soggettiva presso il medesimo giudice. Ha ribadito la necessità di riconoscere l'azione risarcitoria autonoma [85] ed ha quindi ritenuto diniego di esercizio del potere giurisdizionale il rifiuto del giudice amministrativo di esercitare tale forma di tutela [86[55]].

Il Consiglio di Stato sez. VI, 21 aprile 2009, n. 2436, ha ritenuto di non essere tenuto ad applicare norme processuali interne alla sua giurisdizione nel senso statuito dalla Corte di Cassazione.

Di recente, il legislatore ha introdotto una particolare rimedio contro l'inefficienza dell'amministrazione e dei concessionari di pubblici per violazione di termini o per mancata emanazione di atti amministrativi generali non aventi contenuto normativo da adottarsi entro un termine determinato ovvero per violazione di obblighi contenuti nelle carte di servi ovvero per violazione degli standard minimi di servizio pubblico. Essa consiste in una specie di «class action» pubblica da proporre davanti al giudice amministrativo che si può concludere con una condanna dell'amministrazione a porre in essere entro un termine congruo le attività necessarie per porre rimedio all'inefficienza lamentata (d.lgs. 20.12.2009, n. 198) [87].

Lo schema del codice predisposto dall'apposita Commissione prevedeva :

-nell'art. 39 sia l'azione di condanna dell'amministrazione al pagamento di somme di denaro o all'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva, non conseguibile con l'esercizio di altre azioni, nonché la condanna al risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo (da esperire nel termine di 180 giorni) e di diritti soggettivi nella giurisdizione esclusiva;

– nell'art. 40 l'azione di adempimento per l'emanazione del provvedimento richiesto o denegato.

L'azione di condanna nel c.p.a. (artt.30, 31 e 34).

Nel testo definitivo del c.p.a . di cui al d. l.v0 n.104/2010 è conservata l'azione di condanna (art.30); è stata stralciata l'azione di adempimento per l'adozione del provvedimento richiesto o denegato, ma è stata confermata nell'art. 31 la possibilità del giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa in caso di ricorso avverso il silenzio allorchè si tratti di attività vincolata o non residuino ulteriori margini di discrezionalità. La giurisprudenza si è mostrata favorevole all'esercizio di un'azione di adempimento pubblicistico sulla base dell'art. 31, 3° comma, dell'art. 30,1° comma , (in cui si prevede un'azione generica di condanna da esperirsi

[55] [86] Cass., S.U., 23 dicembre 2008, n. 30254.

contestualmente ad altra azione) e dell'art. 34, comma 1 lett.c) c.p.a. (in cui si prevede la condanna all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio,tra cui la condanna all'adozione di uno specifico atto nel caso di insufficienza dell'annullamento del diniego per la tutela piena dell'interessato[88].Il secondo correttivo di cui al d.l.vo n.160/2012 ha consacrato formalmente tale possibilità modificando la lettera c) dell'art. 34 statuendo che tale azione è esercitabile nei limiti dell'art. 31 ,comma 3, e contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o di quella avverso il silenzio. Sussistendo i presupposti ex art.2058 c.c. può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica. L'azione di condanna di cui all'art.30 c.p.a. si configura innanzitutto (ma non solo) come azione per il risarcimento del danno per la lesione dei diritti soggettivi nei casi di giurisdizione esclusiva, ma anche degli interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità, nel caso di danni causati dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. E' previsto come regola generale che l'azione di condanna possa essere presentata contestualmente ad altra azione (in primis l'azione di annullamento), ma essa può essere proposta anche in via autonoma nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva o nei casi disciplinati dall'articolo medesimo (art. 30, comma 1°): il che sancisce definitivamente la formale eliminazione della c.d. pregiudizialità amministrativa.

Il contenuto dell'azione di condanna al risarcimento del danno proponibile in via autonoma risulta delineato tanto dall'art. 30, 2° co. (per i casi di illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o di mancato esercizio di quella obbligatoria) quanto dall'art. 30, 3° co. (che ammette esplicitamente la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi a prescindere dall'impugnazione del provvedimento causativo della lesione), come pure per i danni conseguenti all'inosservanza del termine di conclusione del procedimento.

Tuttavia, se vi è una sostanziale simmetria tra azioni proponibili e pronunce emanabili, dalla lettura dell'art. 34, rubricato "sentenze di merito", si evince che la sentenza di condanna può avere anche un contenuto più articolato rispetto a quello che l'art. 30 farebbe intuire. Il giudice, infatti, può condannare l'amministrazione, oltre che al risarcimento del danno (per equivalente o in forma specifica), anche all'adozione di «misure idonee a soddisfare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio» (art. 34, comma 1, lett. c). La formula molto ampia utilizzata dal codice appare idonea a comprendere ogni tipo di misura ordinatoria, senza alcuna eccezione, incluso quindi l'ordine di emanare un provvedimento a fronte di un illegittimo diniego o nelle ipotesi di inerzia: fattispecie, quest'ultima, per la quale è prevista l'azione avverso il silenzio, diretta all'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione a provvedere ai sensi dell'art. 31, 1° co., ma che può ben essere diretta ad ottenere un ordine del giudice all'amministrazione, rimasta inerte, di provvedere entro un termine (ex art. 34, 1° co. lett. b).

Va segnalato che una parte della dottrina ha ritenuto di leggere nell'espressione «misure idonee a soddisfare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio» (ma si potrebbe aggiungere anche nell'ordine di provvedere, appena citato) una conferma dell'introduzione implicita dell'azione di adempimento, mentre per altra parte della dottrina si tratterebbe di una mancanza di coordinamento nella redazione del testo definitivo, in quanto l'intenzione del legislatore delegato sarebbe stata quella di non introdurre l'azione di adempimento generalizzata (essendo forse superflua, potendosi pervenire ai medesimi risultati in sede di ottemperanza). Dubbio ormai risolto dal secondo correttivo, come già accennato. Il codice prende in considerazione il contenuto pecuniario del dovuto ai fini del rilascio della formula esecutiva sulle sentenze e della conseguente espoeribilità dell'esecuzione forzata nelle forme c.p.c. (art.115,2° comma, c.p.a., ciò però non esclude l'ammissibilità di una sentenza di condanna in altri casi.

Altro profilo di rilievo introdotto dall'art. 30 è rappresentato dai rapporti fra tutela impugnatoria e tutela risarcitoria, riconoscendosi la possibilità di proporre autonomamente l'azione risarcitoria rispetto all'azione di annullamento, con una serie di limiti: innanzitutto, fissando un termine decadenziale di 120 giorni in luogo di quello di prescrizione, che inizia a decorrere dal giorno in cui il fatto dannoso si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno discende da quest'ultimo; in secondo luogo stabilendo che il giudice nel determinare il risarcimento valuti le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti ed escluda il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti, compreso evidentemente l'impugnativa dell'atto lesivo e la connessa domanda cautelare. Il meccanismo previsto dal Codice sembra costituire un implicito richiamo all'art. 1227 del c.c., tra l'altro esplicitamente richiamato dall'art. 124 c.p.a. relativo alla tutela in materia di appalti. E proprio in forza dell'art. 1227 c.c. l'Ad. plen. del Consiglio di Stato n. 3/2011 ha sancito che la scelta di non avvalersi della tutela impugnatoria può essere valutabile come comportamento contrario a buona fede e al principio di correttezza nei rapporti bilaterali: così da escludere la risarcibilità dei danni che si sarebbero potuti evitare attivando tutti gli strumenti di tutela (impugnatori e cautelari; nonché gli altri strumenti di tutela quali i ricorsi amministrativi e le istanze di autotutela) secondo un giudizio di causalità ipotetica. Orientamento che è stato successivamente confermato affermandosi che l'art. 1227 c.c. al comma 1, dispone che se 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, aggiungendo, al successivo comma 2, che il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza [89].

Per cui è stato ritenuto sussistente il comportamento omissivo colposo del danneggiato ogni qualvolta tale inerzia, contraria a diligenza, anche a prescindere dalla violazione di un obbligo giuridico di attivarsi, abbia concorso a produrre

l'evento lesivo in suo danno, precisandosi che la regola contenuta nell'art. 1227, comma 1., c.c. non è espressione del principio di auto responsabilità, quanto piuttosto un corollario del principio di causalità, per cui al danneggiante non può far carico quella parte di danno che non è a lui causalmente imputabile; con la conseguenza che la colpa ex art. 1227, comma 1, c.c. deve essere intesa non nel senso di criterio di imputazione del fatto, ma come requisito legale della rilevanza causale del fatto del danneggiato (Cass. civ., SS.UU., 21 novembre 2011, n. 24406).

La giurisprudenza amministrativa ha d'altra parte sottolineato che la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, sancita dall'articolo 30, comma 3, c.p.a., è ricognitiva dei principi già contenuti nell'art. 1227, comma 2, c.c., così che l'omessa attivazione degli strumenti di tutela costituisce, nel quadro complessivo delle parti, valutabile alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con la ordinaria diligenza, non più come preclusione di rito, ma come fatto da considerare in sede di merito ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile (C.d.S., sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1750; così sostanzialmente anche C.d.S., sez. V, 31 ottobre 2012, n. 5556, con riferimento alla specifica scelta del cittadino di non avvalersi della tutela impugnatoria che, anche in virtù delle misure cautelari previste dall'ordinamento processuale, avrebbe probabilmente evitato in tutto o in parte il danno).

In definitiva, la previsione del termine decadenziale unitamente al "sostanziale" onere dell'impugnazione per facilitare il risarcimento del danno tendono a valorizzare l'azione di annullamento. Si è del resto affermato che il nuovo Codice, nel regolare i rapporti fra azione di annullamento e azione risarcitoria, abbia introdotto una sorta di pregiudizialità mascherata in quanto l'azione risarcitoria pura rischierebbe di configurarsi «poco più che un caso di scuola».

Tuttavia, il Codice si preoccupa di coordinare l'azione di annullamento con l'azione risarcitoria, stabilendo che nel caso sia stata proposta l'azione di impugnazione, la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio e comunque sino a 120 giorni dal passaggio della sentenza in giudicato e persino in sede di ottemperanza (ex art. 112, 1° co.), consentendo così al ricorrente di scegliere la strategia processuale di attendere l'esito del giudizio di annullamento per poi proporre e articolare la domanda di risarcimento (art. 30, comma 5).

Osservazioni conclusive

Il Codice prende atto dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha via via integrato il modello originario fondato sull'azione di annullamento. Quest'ultima resta ancor l'azione più importante, ma fanno contorno ad essa tutti tipi di azione necessari per rendere completa ed effettiva la tutela richiesta dal cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Parte della dottrina e della giurisprudenza sostiene che l'elenco contenuto nel capo II, del titolo III del libro I del c.p.a. avrebbe carattere tassativo e non consentirebbe di introdurre azioni che il legislatore ha ritenuto di dover espressamente escludere. Altra parte della dottrina invece sostiene che il Codice abbia posto un sistema di azioni aperto e che conseguentemente siano proponibili anche azioni atipiche.

Invero, corollario dell'effettività è rappresentato dal principio dell'atipicità e delle molteplicità delle forme di tutela, anche se alcune azioni sono specificamente disciplinate nel c.p.a. Nel momento in cui altre azioni fossero indispensabili per conferire piena tutela alle situazioni soggettive lese allora non può escludersi l'ammissibilità di azioni atipiche, come riconosciuto da Cons. St. A. P. n. 15/2011 con riferimento all'azione di accertamento atipica.

Peraltro, una parte della dottrina va anche oltre, ammettendo l'atipicità di contenuto anche delle azioni previste, in quanto tipizzate in modo incompleto nell'ambito delle quali potrebbero rientrare l'azione di adempimento e l'azione di accertamento.

Va comunque osservato che il capo II dedicato alle azioni non esaurisce il catalogo delle azioni previste non solo dal Codice, ma anche da altre fonti normative. Oltre alle azioni cautelari ed esecutive, non più espressamente menzionate nel capo II, ma disciplinate rispettivamente agli articoli 55 e 112 del Codice, si pensi, ad esempio, all'azione in materia di accesso (art.116 c.p.a.), mentre l'azione per l'efficienza della pubblica amministrazione è disciplinata dal d. lgs. n.198/2009.

La tipologia delle azioni, comune sia alla giurisdizione generale di legittimità che alla giurisdizione esclusiva, ricalca la tradizionale tripartizione in azioni di annullamento (costitutive), di accertamento (dichiarative) e di condanna, elaborata nell'ambito del processo civile, sia pure con le specificità del giudizio amministrativo. Il principio di tipicità delle azioni risulta peraltro attenuato, da un lato, dall'introduzione di elementi di elasticità, rinvenibili tanto nella pluralità delle domande proponibili dal ricorrente e quanto nella molteplicità delle pronunce ottenibili dal giudice (cfr. art. 34).

Se tale pluralità fosse valorizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, potrebbe condurre alla costruzione di azioni non rigidamente ancorate a tipologie separate le une dalle altre, ma collegate alla articolazione delle domande proponibili e alle pronunzie ottenibili dal giudice, domande e pronunzie adeguate allo specifico bisogno di tutela e di riparazione della lesione cui deve essere preordinato il processo amministrativo, al pari del processo civile.

<u>Comunque la novità principale riguarda l'azione di condanna al risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo</u>. La giurisprudenza amministrativa

appare incerta ad esaminare alcune questioni come per esempio l'onere della prova, la colpa dell'amministrazione o la quantificazione del danno. È prevedibile che occorra del tempo prima che il giudice amministrativo riesca a darsi criteri consolidati. Per ora la giurisprudenza sembra propendere per un atteggiamento protettivo dell'amministrazione, giustificato dall'esigenza di non aggravare troppo l'onere finanziario a carico dello Stato. L'unica deroga è costituita dall'azione di risarcimento del danno per violazione della disciplina degli appalti pubblici, in cui ormai è recepito il principio dell'ingiustizia del danno connesso all'illegittimità riscontrata a prescindere da eventuale colpevolezza dell'amministrazione (Cons. St. sez. V 8 novembre 2012, n. 5686; sez. III, 10 gennaio 2013, n.99; Corte di giustizia, sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09).

In conclusione, il Codice nel suo complesso e, in particolare, la disciplina delle azioni hanno dato nuova vitalità e dinamismo al processo amministrativo allineandolo agli standard di altri Paesi, come in particolare la Germania, che offrono al cittadino livelli elevati di tutela nei rapporti con l'amministrazione. Spetta ora alla giurisprudenza dare applicazione piena alle nuove norme in modo tale da migliorare sempre più l'effettività della giustizia amministrativa nell'ambito di un giusto processo.

Roma, 23 giugno 2014.

3. CLASS ACTION E RICORSO PER L'EFFICIENZA DELLE AMMINISTRAZIONI E DEI CONCESSIONARI PUBBLICI

(RELAZIONE AL CONVEGNO: LE CLASS ACTIONS: MODELLI A CONFRONTO,

UNIVERSITÀ ROMA TRE, FACOLTÀ DI ECONOMIA, ROMA 9 GIUGNO 2010)

di

Filippo Patroni Griffi

(Presidente di Sezione del Consiglio di Stato)

1- Il contesto di riferimento: l'azione collettiva come strumento per correggere il malfunzionamento delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari. La sua natura "correttiva" e "collettiva".

Le forme di tutela dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri, tradizionalmente e storicamente, in Italia ma non solo, risentono direttamente dell'assetto giuridico-istituzionale dei poteri pubblici, quale è concretamente e positivamente dato.

Questo si spiega perché il sindacato sull'azione dei pubblici poteri, per essere effettivo, deve essere calibrato su come l'azione in concreto si svolge e sulla

collocazione che l'ordinamento positivo assegna ai soggetti pubblici nel rapporto tra questi e i cittadini. Del resto i processualisti da tempo insegnano che una forma di tutela è tanto più efficace non in quanto corrispondente a un astratto modello, bensì in quanto calibrata sulla morfologia della situazione giuridica da tutelare; e nel diritto pubblico la situazione giuridica del cittadino innegabilmente è correlata al quantum e al quomodo di potere conferito al soggetto pubblico

Ne consegue che, per comprendere esattamente logica e portata della tutela introdotta dal decreto legislativo n. 198 del 2009 –che solo giornalisticamente può essere definita azione di classe nei confronti dell'amministrazione, quanto meno se il parametro di riferimento è la class action degli ordinamenti anglosassoni, e che da ora definirò "azione correttiva", avuto riguardo alla finalità dell'istituto- occorre fare un sia pur schematico richiamo al contesto di riferimento costituito dalla posizione riconosciuta dal nostro ordinamento al "potere amministrativo".

Questi gli elementi di riflessione che ritengo debbano essere tenuti presenti:

a) il mutamento dell'idea stessa di amministrazione pubblica, da "funzione" autoritativamente esercitata (espressione della puissance public) a servizio reso nell'interesse dei cittadini (non più sudditi, ma nemmeno "amministrati") e finalizzato alla soddisfazione delle istanze della collettività;

b) la rilevanza economica o sociale delle prestazioni amministrative, che oggi ricomprendono servizi di diretta rilevanza economica (es. trasporti), servizi ad alta valenza sociale (es. sanità) talvolta resi in concorrenza con i privati, servizi burocratici tradizionali (certificati, passaporti, permessi di soggiorno), provvedimenti abilitativi aventi rilevanza economica diretta (es. attività di impresa) o indiretta (permessi di costruire);

c) il conseguente carattere centrale che, nella logica del servizio, assume la "prestazione" resa dall'amministrazione, oggetto di una pretesa del cittadino, ancorché per lo più al di fuori di un rapporto di tipo sinallagmatico in senso tecnico;

d) l'emersione di una cultura della responsabilità, intesa nel senso di derivazione anglosassone come accountability, cioè come responsabilizzazione della pubblica amministrazione a ben funzionare e a render conto delle conseguenze anche economiche che il cattivo funzionamento provoca.

Quest'ultimo punto, mi sembra, ai nostri fini, di rilevanza centrale. Da esso derivano, infatti, due ordini di conseguenze.

Sul versante interno all'amministrazione, si ha l'introduzione di sistemi di valutazione quali-quantitativa dell'azione amministrativa e dei servizi resi al pubblico, nonché di misurazione dei rispettivi risultati, anche in termini di performance.

Sul versante dei rapporti dell'amministrazione verso l'esterno, si pone il tema degli istituti finalizzati a garantire un'effettiva responsabilizzazione dell'attività amministrativa. Su questo versante, nel suo complesso, la recente riforma della disciplina del lavoro pubblico, di cui alla legge 4 marzo 2009, n. 15 ed ai correlati decreti legislativi (il d.lgs. n.150/2009, in generale, e il d.lgs. n. 198/2009, per quanto riguarda il tema alla nostra attenzione dell'azione correttiva, emanato in attuazione dell'articolo 4 l. 15/2009), nonché la legge 18 giugno 2009, n. 69 ("collegata" alla manovra finanziaria per il 2009) hanno introdotto significative innovazioni, con particolare riferimento all'azione collettiva "correttiva" del malfunzionamento delle amministrazioni e all'istituto della responsabilità civile della pubblica amministrazione in relazione al danno da omessa o ritardata emanazione di provvedimenti (anche) ampliativi della sfera giuridica dei cittadini, da cui sorge in capo all'interessato il diritto al risarcimento del danno conseguente1[56].

In entrambe le prospettive, assume rilievo centrale il concetto di standard delle prestazioni. Inteso, questo, come una sorta di "prestazione base" (non "minima") idonea a radicare, in capo ai cittadini destinatari della prestazione medesima, posizioni legittimanti da far valere in giudizio. Lo standard, in altri termini, è il parametro giuridicamente qualificato del malfunzionamento delle amministrazioni – la cui violazione deve poter essere fatta valere direttamente dalla collettività di riferimento; ovvero dagli utenti, considerati sia come individui singoli (che abbiano titolo a una determinata prestazione), sia come titolari di una frazione dell'interesse collettivo alla corretta erogazione di quella prestazione.

Quello della 'giustiziabilità' dello standard è il tema centrale dell'azione correttiva nei confronti dei soggetti pubblici, sicché la rilevanza dell'istituto deriva principalmente dalla sua idoneità a completare, sul piano del sindacato giurisdizionale, quel sistema di "responsabilizzazione" delle amministrazioni alla cui realizzazione mirano, sul piano organizzativo e procedurale, i meccanismi di misurazione e di valutazione della performance e dei risultati dell'azione amministrativa.

Proprio per questo, deve trattarsi non già di un'azione volta a ottenere una data prestazione o un dato provvedimento e nemmeno un ristoro del danno eventualmente subìto, bensì di un'azione che, pur configurata a legittimazione diffusa (ma sulla base dei consueti criteri del locus standi e non demandata al quivis de populo), prima ancora di sanzionare corregga il malfunzionamento dell'amministrazione, desunto

[56] 1 Cfr. l'art. 2-bis l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 7, comma 1, lett.c), l. 18 giugno 2009, n. 69, rubricato "Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento" - alla cui stregua le pubbliche amministrazioni e i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento; le relative controversie sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni - nonché l'art. 7, comma 2, della stessa legge n. 69 del 2009, che qualifica il rispetto del termine di conclusione del procedimento quale "elemento di valutazione dei dirigenti", di cui "si tiene conto al fine della corresponsione della retribuzione di risultato".

dalla sistemica e ripetuta violazione di standard nell'erogazione della prestazione amministrativa (servizio o provvedimento che sia) nonché da altri parametri quali, in particolare, la violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizio o il mancato rispetto dei termini previsti per l'emanazione di provvedimenti.

E' in tal senso significativo che l'art.1, comma 1, del decreto legislativo individui le finalita' dell'azione nell'esigenza di "ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio".

A questo punto possiamo cogliere i dati cardine dell'introduzione dell'azione correttiva:

a) il meccanismo legislativo dà luogo a un processo di emersione dal "diffuso" di interessi giuridicamente rilevanti: siamo cioè di fronte a un processo di "giurificazione" di interessi di fatto; il meccanismo è tipico del diritto amministrativo, in cui spesso il riconoscimento di posizioni sostanziali scaturisce dal riconoscimento di una forma di tutela (secondo una tradizione risalente al diritto romano), con la conseguenza –comune agli ordinamenti di common law- che la forma di tutela si atteggerà secondo una logica di tipo rimediale, cioè come mezzo per riparare la lesione piuttosto che come diritto di azione (astrattamente correlato e) strumentale alla posizione soggettiva;

b) l'interesse che assume giuridica rilevanza, e conseguente azionabilità, è quello al corretto funzionamento dell'amministrazione: è un interesse rivolto alla prestazione, ma è innegabile che, per come esso è strutturato, assumano contestualmente giuridica rilevanza profili attinenti all'organizzazione degli apparati amministrativi. Ciò rappresenta una differenza marcata rispetto al settore privato, in cui la rilevanza giuridica è attribuita esclusivamente al prodotto finale e non al processo decisionale e all'assetto organizzativo che vi sono dietro2[57]; ma è una innovazione significativa anche rispetto al settore pubblico, dove la rilevanza "esterna" dei processi di organizzazione è stata tradizionalmente limitata al rapporto di lavoro (e, in tale ambito, è oggi addirittura recessiva attesa la cd. privatizzazione del potere organizzativo del datore di lavoro pubblico). Come è stato osservato, è un colpo, piccolo o grande lo si vedrà, all'autoreferenzialità di un'organizzazione amministrativa chiusa nel proprio castello di kafkiana memoria[58];

c) ciononostante non credo si possa dire che ci si trovi di fronte a una forma di giurisdizione di tipo oggettivo[59]: il processo di giuridicizzazione riguarda un interesse, quello al corretto funzionamento dell'apparato amministrativo, del cittadino nel suo rapporto con la pubblica amministrazione, anche se, per l'appunto secondo i

[57] Cfr. parere Consiglio di Stato, sez. cons. atti normativi, 9 giugno 2009, n. 1943/09.
[58] A. Bartolini, La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2009, 6, 953.
[59] U.G. Zingales, Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action, in Giornaledi diritto amministrativo, 2010, 3, 246.

princìpi, l'interesse concreto deve essere riferibile a quel cittadino che si trovi in una posizione qualificata e differenziata rispetto alla generalità dei consociati; e, del resto, questo è un meccanismo tipico delle azioni inibitorie anche dinanzi al giudice ordinario, preordinate a evitare il ripetersi di comportamenti non conformi al diritto; d) l'azione ha natura collettiva sotto un duplice profilo, quello della legittimazione ad agire e quello degli effetti della sentenza.

Sotto il primo profilo, ai sensi dell'articolo 1 dello schema di decreto legislativo, il locus standi si radica in capo ai "titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori"; dove i termini "utenti e consumatori" vanno letti in correlazione ai sevizi resi da amministrazioni e concessionari.

Sono legittimati ad agire anche le associazioni o i comitati a tutela degli interessi dei propri associati, mentre i soggetti "che si trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente" possono costituirsi in giudizio intervenendovi, al fine di ottenere una pronuncia di accertamento in ordine alla lesione (anche) dei propri interessi e di condanna dell'amministrazione a porre rimedio alle omissioni o alle violazioni realizzate. Tale natura 'collettiva' e plurale della categoria di soggetti legittimati ad agire, accomunati dall'avere subito un pregiudizio di analoga natura in ragione dell'altrui condotta illecita, unitamente all'idoneità della pronuncia a spiegare effetti ultra partes, su di una pluralità di persone, è coerente con gli elementi che caratterizzano la class action tradizionalmente intesa: in ciò si compendia, a mio avviso, la notazione che il legittimato è titolare di una frazione dell'interesse collettivo, dovendosi escludere, mi sembra, il richiamo, che pure talvolta è stato fatto, alla figura del sostituto processuale e all'istituto della legittimazione straordinaria.

Sul piano degli effetti della sentenza, va rimarcato che la pronuncia giudiziale (di accoglimento), oltre ad accertare l'avvenuta violazione degli interessi dei ricorrenti, condanna l'amministrazione (o il concessionario) all'adozione, entro un congruo termine, dei provvedimenti necessari a porre rimedio all'accertata disfunzione. Tale azione mira dunque a 'correggere' l'attività amministrativa orientandola al rispetto di standard quali-quantitavi, con effetti che si estendono al di là delle parti ricorrenti, finendo per interessare l'intera collettività. Attraverso simili pronunce si può invero effettivamente garantire il rispetto dei criteri costituzionali di imparzialità, buon andamento, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, quali presupposti per la tutela di quel "diritto del cittadino a una buona amministrazione" sancito dall'articolo 41 della Carta di Nizza.

2 **– Profili problematici del testo normativo: a) legittimazione; b) rapporti con le azioni di classe disciplinate dal codice del consumo; c) natura della sentenza di accoglimento.**

- Legittimazione - La legittimazione attiva spetta al titolare di un interesse "omogeneo per pluralità di utenti e consumatori", cioè al titolare, nei termini dianzi

detti, di una frazione dell'interesse collettivo alla corretta erogazione della prestazione. La locuzione "se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi" non può che essere intesa nel senso che con essa si ribadiscono consolidati princìpi in tema di legittimazione e interesse ad agire

(essendovi stretta correlazione tra concretezza e attualità della lesione e i necessari requisiti di concretezza e attualità dell'interesse ad agire), non potendo invece essere riguardata alla stregua di una sorta di evento, distinto dall'interesse leso, condizionante la sussistenza stessa della fattispecie (secondo una logica penalistica da reato di danno o di pericolo) e, conseguentemente, la proponibilità dell'azione. Analogamente, deve ritenersi che la considerazione delle risorse a disposizione, ai fini della valutazione del malfunzionamento (art. 1-bis), non possa essere correttamente riferito al "giudizio sulla sussistenza della lesione" al fine di escluderla, in quanto la lesione o c'è o non c'è; piuttosto, delle risorse a disposizione il giudice dovrà "tener conto" nel valutare le ragioni del cattivo funzionamento, nel verificare se sia stato posto in essere ogni ragionevole accorgimento organizzativo per evitarlo e, soprattutto, per giudicare la sussistenza di un malfunzionamento in senso tecnico, che sarà da escludere ogniqualvolta la pretesa del ricorrente richieda un impiego di risorse sproporzionato od obiettivamente non esigibile rispetto alla finalità che si intende perseguire.

La legittimazione passiva (comma 1) spetta, oltre che alle amministrazioni pubbliche, aiconcessionari.

Quanto ai concessionari, sembra doversi ritenere che la norma riguardi tutti coloro che svolgono servizi pubblici, indipendentemente dalla sussistenza di un titolo concessorio in senso stretto. In altri termini, la norma è applicabile nei confronti dei gestori dei servizi pubblici quale che sia la modalità formale del relativo affidamento, a meno di non pensare che, tra coloro che esercitano la medesima attività, magari a carattere economico, solo i titolari di una concessione in senso stretto (e tradizionale) siano destinatari della normativa in esame: il che ingenererebbe consistenti dubbi di legittimità costituzionale e di compatibilità comunitaria.

- **Rapporti con le azioni disciplinate dal codice del consumo** – Sul piano sostanziale credo siano evidenti le differenze tra l'azione disciplinata dal decreto 198 e quelle del codice del consumo. Per la verità, la differenza è netta con l'azione risarcitoria di cui all'articolo 140bis, mentre gli articoli 139 e 140 disciplinano un'azione a contenuto correttivo (soprattutto con riguardo alla lett. B) del comma 1 dell'articolo 140, che quindi può presentare, come si dirà tra poco, elementi di interferenza con l'azione ex decreto 198, anche se restano (parzialmente) diversi gli ambiti di legittimazione attiva e passiva e le stesse situazioni tutelabili.

Ciò che desta maggiori perplessità, però, è il sistema congegnato dall'articolo 2 del decreto198 sul rapporto tra le azioni.

Rispetto all'azione di cui agli articoli 139 e 140, avente carattere inibitorio e ordinatorio e quindi con elementi di omogeneità con l'azione correttiva, il comma 1 dell'articolo 2 prevede una prevalenza assoluta del giudizio dinanzi al giudice ordinario, in termini analoghi a quelli relativi ai procedimenti dinanzi agli organismi di regolazione. E la prevalenza è confermata dalla previsione secondo cui la definizione nel merito del giudizio dinanzi al giudice ordinario rende definitivamente (improponibile o) improcedibile l'azione dinanzi al giudice amministrativo.

Tale prevalenza si giustifica poco, sul piano della razionalità normativa e dei princìpi generali in tema di riparto delle giurisdizioni, fondato, com'è noto, sulla equiordinazione delle stesse.

In effetti, l'ambito di operatività delle azioni dinanzi al giudice ordinario e amministrativo differisce in più parti (in tema di legittimazione attiva e passiva nonché di situazioni tutelabili), ma è indubbio che una concorrenza tra le due fattispecie possa crearsi in concreto in alcuni casi. In siffatte evenienze, razionalità e princìpi generali avrebbero consigliato una delle seguenti alternative (e non anche quella prescelta): una priorità basata sul criterio temporale oppure una concorrenza di azioni, ovviamente in via alternativa, rimettendo all'interessato la scelta su quale rimedio utilizzare, tenuto anche conto che si tratta di azioni che possono avere presupposti e petitum diversi.

In realtà, i problemi si porranno soprattutto con riferimento ad azioni proposte dinanzi a diversi giudici da soggetti diversi (tanto più che la legittimazione attiva nel codice del consumo è riservata alle associazioni e nel decreto legislativo in esame è "diffusa"), non potendosi evidentemente pensare che un'azione proposta da un soggetto dinanzi a un giudice sia preclusiva di quella proposta da un altro soggetto dinanzi a un altro giudice.

Quanto poi all'azione ai sensi dell'articolo 140-bis, cioè quella risarcitoria, l'improponibilità (ma, sembrerebbe, non anche l'improcedibilità) dell'azione correttiva è ancora più inspiegabile, dato che presupposti, finalità e petitum tra le due azioni sono radicalmente diversi (e anzi il petitum risarcitorio, come si è visto, è espressamente escluso per l'azione correttiva).

- Poche parole sulla natura della sentenza di accoglimento. Si tratta di una sentenza di condanna a un facere che ben si sposa con un'azione di adempimento alla tedesca.

Quest'azione era stata espressamente introdotta nello schema di codice del processo amministrativo elaborato da una Commissione istituita presso il Consiglio di Stato, ma poi espunta in sede governativa prima dell'invio alle Camere dello schema di decreto legislativo, per più o meno dichiarate ragioni di contenimento della spesa pubblica (!). Comunque l'azione in questione esiste e la stessa azione di adempimento è riconducibile allo schema delle azioni di condanna. E la

giurisprudenza amministrativa non mancherà di ammetterla,indipendentemente da una previsione legislativa ad hoc.

3 - Conclusioni

L'azione correttiva costituisce una forma di tutela che presenta significativi elementi di novità

per il sistema delle tutela avverso i pubblici poteri, novità la cui portata può essere colta solo se rapportata alle trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana, che costituisce il momento cruciale di un processo di riforma che, in questi termini, può farsi risalire agli inizi degli anni 90.

La sua efficacia e la sua effettività dipenderanno molto, oltre che dalla sensibilità dei giudici e ancor prima dei cittadini, da quanto il processo di riforma dell'amministrazione andrà avanti.

Sotto questo profilo, i segnali non sembrano incoraggianti.

Se efficienza e responsabilizzazione delle pubbliche amministrazioni sono le parole chiave di questa riforma, in modo da conseguire l'obiettivo finale di configurare la nostra amministrazione come fattore di sviluppo anzi che come zavorra per i cittadini e le imprese, le recenti politiche, solo in parte giustificate dalle contingenze economiche, di tagli lineari e quindi indifferenziati alle amministrazioni nonché di sostanziale vanificazione di meccanismi selettivi e premianti delle performance individuali e organizzative inducono a rafforzare l'idea che in fondo si ritiene che l'amministrazione pubblica non sia riformabile. Che pure può essere vero, ma allora occorrerebbe una seria riflessione sulla delimitazione della sfera del pubblico (che non è eliminabile), in modo da far funzionare ciò che deve restare pubblico.

Se a ciò si aggiungono i tentativi di considerare ogni forma di ampliamento delle tutele e di responsabilizzazione delle amministrazioni come un elemento di rottura degli equilibri finanziari –ed è significativo anche il tentativo, solo in parte riuscito5, di sterilizzare (art.7)

5 Con la delibera n. 1 del 2010 (su www.civit.it), la Commissione per la valutazione e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni ha chiarito che i termini di conclusione dei procedimenti e gli standard contenuti nelle l'operatività dell'azione correttiva- allora siamo alla frutta: è come dire che un'azienda privata è attiva anche se crei diseconomie esterne superiori a ciò che produce o che comunque essa possa produrre danni a terzi senza sopportarne le conseguenze economiche. Il che, se è sotto il profilo economico sbagliato nel privato, è miope e intollerabile nel pubblico, dove, oltre che la posizione del consumatore, si misura anche la posizione del cittadino. carte di servizi costituiscono parametri di riferimento della violazione che dà titolo all'azione di cui al decreto n. 198 del 2009.

4. Il riparto di giurisdizione

Il principio della doppia giurisdizione

Il problema del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione è risolto dall'art. 103 della Costituzione.

Nel dettaglio, la norma stabilisce che «Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione, degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.».

Recependo gli approdi dell'elaborazione interpretativa del tempo, quindi, la Carta Fondamentale ha accolto il principio della doppia giurisdizione e quello del criterio di riparto della giurisdizione tra G.O. e G.A. fondato sulla causa petendi, in base al quale la tutela dei diritti soggettivi spetta, di regola, al G.O., mentre quella degli interessi legittimi al G.A., salva l'attribuzione al G.A. anche di una giurisdizione esclusiva in particolari materie.

Il fondamento del riparto in ragione della posizione giuridica azionata è costante nella giurisprudenza della Suprema Corte, che, da ultimo, con sentenza delle SS. UU., n. 1139 del 19 gennaio 2007 ha affermato che "**la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il petitum sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti sono manifestazione.".**

Ciò posto, occorre adesso evidenziare che, all'indomani dell'emanazione della Carta Fondamentale, in sede interpretativa è parso subito evidente come le coordinate costituzionali, seppur capaci di offrire una guida generale, fossero comunque insufficienti per qualificare, in concreto, una lite tra P.A. e privato in termini di controversia concernente la lesione di un diritto soggettivo ovvero di un interesse legittimo: per questo motivo, gli sforzi della giurisprudenza e della dottrina si sono orientati verso la individuazione di "criteri sussidiari" idonei a completare quello principale della causa petendi.

A questi fini, sono state elaborate diverse teorie.

Tra queste, quella a cui tutt'oggi la giurisprudenza continua a fare riferimento è la teoria che fa leva sulla distinzione tra carenza di potere e cattivo uso del potere.

Questa dicotomia è stata per la prima volta elaborata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la storica sentenza Ferrari del 1949. Invero, quella patrocinata dalla Cassazione rappresenta una tesi che ha tratto spunto dalla "teoria dell'affievolimento dei diritti", già sostenuta, prima della Costituzione, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato: in particolare, secondo quest'ultima teoria, il fenomeno dell'affievolimento del diritto è quello per il quale il diritto soggettivo, quando si verificano le condizioni per il suo legittimo sacrificio da parte del potere amministrativo, si trasforma (o affievolisce) in interesse legittimo, con conseguente competenza del giudice amministrativo a conoscere delle relative controversie.

Ebbene, nel tentativo di specificare ulteriormente il fenomeno dell'affievolimento (o, come venne successivamente definito, della degradazione), con la sentenza Ferrari del 1949 [1] le Sezioni Unite statuirono che, se il cittadino nega che il potere sia conferito all'autorità amministrativa, la competenza a conoscere di tale controversia spetta al giudice ordinario, «perché si tratta di accertare se il diritto sia tale anche di fronte alla pubblica amministrazione»; «se, invece, la controversia abbia per suo oggetto l'esercizio, che si pretende scorretto, del potere discrezionale conferito, sotto l'aspetto della competenza, della forma o del contenuto, specie in relazione all'eccesso di potere in tutte le sue manifestazioni, la competenza a conoscere è del giudice amministrativo».

Dopo il 1949, la giurisprudenza prevalente ha continuato a ritenere che si ha carenza di potere allorquando si contesti la stessa esistenza del potere amministrativo: in questo caso la controversia riguarda il diritto soggettivo e, perciò, la giurisdizione spetta al giudice ordinario; viceversa, si ritiene che vi sia scorretto esercizio del potere (o, come anche si afferma, "cattivo uso del potere") quando si contesti l'uso illegittimo del potere stesso: in questa ipotesi la controversia riguarda l'interesse legittimo e, perciò, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo.

Il criterio di riparto elaborato dal "grand arret" del 1949 è arrivato pressoché immutato fino ai nostri giorni, sebbene non possano considerarsi del tutto risolti alcuni dubbi serbati da una parte della giurisprudenza.

Attualmente la giustizia amministrativa in Italia è organizzata secondo il sistema della doppia giurisdizione , nel seguente modo:

l'Autorità giudiziaria ordinaria è competente a decidere delle violazioni di diritti soggettivi , con il potere di disapplicare l'atto amministrativo che risulti illegittimo, e di dichiararne la illegittimità;

l'Autorità giudiziaria Amministrativa è competente a giudicare delle violazioni degli interessi legittimi (salvo alcuni casi eccezionali in cui giudica anche per violazioni di diritti: cd. casi di giurisdizione esclusiva) e ad annullare gli atti amministrativi illegittimi (cd. giurisdizione di legittimità), nonché, in

alcuni casi tassativi , anche a sostituirli con altri atti o a riformarli in parte (sostituendo in tal caso la P.A.: cd. giurisdizione di merito).

Fino al 1999 la giurisprudenza ha costantemente negato che potesse essere risarcita una gran parte dei danni derivanti da esercizio illegittimo dei poteri (discrezionali o vincolati) delle pubbliche amministrazioni, e questo in forza del principio della non risarcibilità degli interessi legittimi: l'art. 2043 c.c., infatti, laddove prevede la risarcibilità di un danno ingiusto , veniva interpretato come riferentesi alla norma che tutela un diritto soggettivo (illecito tipico), così da non potersi considerare risarcibili i danni conseguenti alla lesione di un interesse legittimo.

Questo consolidato orientamento giurisprudenziale è stato rovesciato alla fine del secolo scorso con la sent. n. 500 del 1999 delle sezioni unite della Corte di cassazione, la quale, aderendo alla concezione dell'atipicità dell'illecito di cui all'art. 2043 c.c., ha affermato che per configurare la responsabilità aquiliana è sufficiente la lesione di un interesse giuridicamente rilevante, senza che abbia rilievo la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto.

La risarcibilità dei danni derivanti da esercizio del potere illegittimo

La risarcibilità dei danni derivanti da esercizio illegittimo di poteri amministrativi, peraltro, è oramai riconosciuta anche dal legislatore. In particolare, la l. n. 205 del 2000 (art. 7), modificando la legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali, ha stabilito che i TAR nell'ambito della loro giurisdizione conoscono anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno . Dal momento che i TAR hanno giurisdizione sulle controversie in materia di interessi legittimi, non si può quindi dubitare che essa implichi un principio di risarcibilità dei danni conseguenti alla lesione degli interessi legittimi.

Il C.P.A prevede che siano devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie riguardanti gli interessi legittimi e nelle particolari materie indicate dalla legge, il G.A. possa conoscere dei diritti soggettivi , concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo riguardanti provvedimenti, atti , accordi o comportamenti, riconducibili anche mediatamente, all'esercizio di tale potere. Sono inoltre, attribuite alla giurisdizione amministrativa le controversie relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e, nelle materie di giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo conosce anche ai fini risarcitori, delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.

Tali previsioni sono conformi ai principi affermati dalla Corte Costituzionale nelle sentenza n. 204/2004 e n.191/2006.

Da tali pronunce si evince come sia da escludere che la mera partecipazione della PA al giudizio, ovvero il coinvolgimento di un pubblico interesse, sia sufficiente a

radicare la giurisdizione del giudice amministrativo. Ciò che giustifica la giurisdizione amministrativa è il fatto che la PA abbia esercitato poteri autoritativi, sia con l'emanazione di atti, che di comportamenti . in quest'ultima ipotesi bisogna stabilire se la PA abbia agito con modalità autoritative o meno , distinguendo così, quelle che concretizzano comportamenti in senso stretto , sottratti alla cognizione del giudice amministrativo e comportamenti autoritativi, ossia condotte che, pur non sfociando nell'adozione di un atto, sono legate all'esercizio del potere della PA.

La difficoltà di individuare il confine tra comportamento ed esercizio del potere si è, particolarmente, avvertita con riguardo alle domande aventi ad oggetto il danno derivante dalla lesione dell'affidamento incolpevole del privato , nella apparente validità di un provvedimento favorevole poi annullato dal giudice amministrativo , ovvero in autotutela.

Il tema ha importanti rilievi pratici in materia di giurisdizione e ha riscontrato particolare interesse nella Giurisprudenza civile e amministrativa, dando origine a contrastanti orientamenti oggi risolti dalla recente ordinanza delle SU della Cassazione Civile. Un primo filone giurisprudenziale aderiva alla tesi secondo cui tale domanda va proposta al giudice ordinario. A sostegno di tale posizione si evidenziava come il danno sofferto da un privato non derivi direttamente dal provvedimento favorevole illegittimo, ma dal comportamento della PA, che ha ingenerato un incolpevole affidamento in capo alla parte, poi frustato dall'annullamento.

Derivando il danno , non dal provvedimento amministrativo , bensì dal comportamento della PA, la giurisdizione sulle domande aventi ad oggetto il suo risarcimento dovrebbe appartenere al giudice ordinario. Questa tesi è valevole anche nelle materie a cui è attribuita la giurisdizione esclusiva poiché, come evidenziato dalla sentenza n. 204/2004, essendo il giudice amministrativo il giudice nella PA e non della PA, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, il GA può conoscere le sole controversie in cui il risarcimento del danno sia domandato quale rimedio per le conseguenze dannose provocate dall'atto illegittimo, restando invece devolute al giudice ordinario le controversie nelle quali l'atto amministrativo non sia sfavorevole, ma favorevole e costituisca solo uno degli elementi che compongono il complessivo comportamento scorretto dalla PA.

I fautori di tale orientamento evidenziano come, in queste ipotesi, una volta intervenuto l'annullamento del provvedimento favorevole illegittimo, esso non rilevi più come provvedimento che rimuove un ostacolo all'esercizio di un diritto, ma rilevi soltanto quale comportamento degli organi che lo hanno rilasciato, integrando, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito per violazione del neminem ledere imputabile alla PA, per avere tale atto ingenerato l'incolpevole affidamento nel privato.

Questi, invocando la tutela risarcitoria non contesa un esercizio illegittimo del potere, ma contesta un comportamento consistito nell'emissione di atti favorevoli , poi ritirati dal giudice amministrativo o in autotutela. Al contrario, la giurisprudenza amministrativa ha da sempre criticato le ricostruzioni operate dalla giurisdizione civile.

La giurisprudenza amministrativa non riconduce il danno da provvedimento favorevole alla categoria del diritto soggettivo, escludendo che l'affidamento incolpevole possa considerarsi una situazione soggettiva autonoma. L'affidamento è un elemento che arricchisce il contenuto delle situazioni giuridiche che fanno capo ai soggetti parti di un rapporto giuridico e assume qualificazione diversa a seconda delle situazione sulle quali va ad incidere. Ove i termini del rapporto giuridico sono il potere autoritativo della PA e l'interesse legittimo , è, a questa situazione, che l'affidamento inerisce e ne arricchisce il contenuto. Ad essere leso è dunque sempre l'interesse legittimo con giurisdizione del giudice amministrativo.

I fautori di tale orientamento, alla luce delle considerazioni sopra esposte, avallano tale conclusione anche quando sussista una giurisdizione esclusiva. Oltre ad argomenti di tipo sostanziale, la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato anche ragioni procedimentali, che confermerebbero la giurisdizione del giudice amministrativo. Nella specie, l'affermazione della giurisdizione civile, nelle ipotesi di risarcimento del danno da provvedimento favorevole poi annullato, si porrebbe in contrato con i principi di concentrazione e celerità della tutela, perché, a fronte della medesima vicenda procedimentale – provvedimento amministrativo favorevole al privato e sfavorevole per il controinteressato, successivamente annullato o ritirato in autotutela – potrebbero sussistere entrambe le giurisdizioni, a seconda che la domanda risarcitoria sia proposta dal privato o dal controinteressato.

Tale contrasto è, oggi , risolto da una recente ordinanza delle SU che confermano l'indirizzo della giurisdizione civile. Secondo la Corte, la legittimità o meno del provvedimento è estranea al contenuto dell'interesse legittimo vantato dal privato, in quanto se il provvedimento della PA viene emesso , l'interesse del privato è soddisfatto anche quando esso sia illegittimo.

Tale illegittimità non rileva fino a che non sopravvenga il provvedimento giurisdizionale o di autotutela e, dunque, l'interesse legittimo non può dirsi leso. L'interesse legittimo ha come contenuto la pretesa a che la PA provveda ad emanare un provvedimento favorevole e non la pretesa a che la PA provveda legittimamente.

La Suprema Corte sostiene che, a fronte di un provvedimento autoritativo favorevole successivamente annullato, il privato denunci la lesione di un diritto soggettivo consistente nel diritto alla conservazione dell'integrità del suo patrimonio che è leso ove esso sopporti delle perdite e dei mancati guadagni a causa dell'agire della PA. Il risarcimento del danno da provvedimento favorevole non è, alla luce di tale

ricostruzione, dunque, riconducibile nell'ambito della giurisdizione generale del giudice amministrativo.

Tale giurisdizione è da escludere anche in ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Infatti, la giurisdizione esclusiva è estesa, in particolari materie, a diritti soggettivi, ma essi devono risultare connessi, seppur indirettamente con il potere pubblicistico della PA.

Ove il privato richieda il risarcimento del danno da provvedimento favorevole successivamente annullato, manca qualsiasi collegamento, anche mediato, con l'esercizio del potere pubblico. Perché possa ritenersi esistente un collegamento, seppure mediato, con il potere pubblicistico, è necessario che l'esercizio del potere sia rilevante ai fini della decisione del giudice. Nelle ipotesi in esame, al contrario , l'esercizio del potere della PA termina di avere rilievo nell'istante in cui il giudice amministrativo annulla il provvedimento favorevole ritenendolo illegittimo, non risultando più utile ai fini decisori del giudizio risarcitorio.

Alla luce di tale ricostruzione si conclude che il danno da provvedimento favorevole spetti alla giurisdizione ordinaria, contestando il privato la lesione del diritto soggettivo all'integrità patrimoniale ex art. 2043 c.c.

Riconducendo il danno alla lesione del diritto soggettivo all'integrità patrimoniale ex art. 2043 c.c., presupposti, perché possa riconoscersi il risarcimento del danno a favore del privato, consistono nella dimostrazione da parte dello stesso del danno evento e del danno patrimoniale conseguenza, del nesso eziologico che collega il fatto alla lesione del diritto soggettivo, del nesso che collega la lesione del diritto soggettivo al danno conseguenza patrimoniale , nonché l'elemento psicologico doloso o colposo della PA.

Nella specie, il risarcimento del danno da lesione dell'integrità patrimoniale, deriverebbe da una fattispecie complessa consistente nel provvedimento favorevole illegittimamente emesso, nel comportamento della PA, che attraverso l'emanazione del provvedimento, abbia creato un affidamento incolpevole del privato e nella rimozione del provvedimento. Dunque, la rimozione del provvedimento favorevole non è di per se sufficiente per potere dedurre automaticamente l'insorgenza dell'affidamento incolpevole e, dunque, il risarcimento del danno, in quanto il danneggiato dovrà allegare le ragioni per cui l'agire della PA, che si concretizza nell'adozione del provvedimento illegittimo, abbia avuto efficacia causale dell'affidamento incolpevole, tale da indurlo a compiere attività e spese incidenti sul suo patrimonio.

Non è sufficiente dimostrare che si sia stati beneficiari del provvedimento favorevole illegittimo , ma è necessario un quid pluris di modo che venga in rilievo una fattispecie complessa, in cui il provvedimento è solo uno dei fatti che la integra.

Il risarcimento del danno sarà, infine, subordinato alla dimostrazione della perdita patrimoniale che il soggetto ha subito a causa dell'incolpevole affidamento.

Il danneggiato dovrà quindi dimostrare, sia il danno emergente consistente nelle spese e negli investimenti effettuati , sia del lucro cessante consistente nella dimostrazione delle perdite di chance nel mercato, tralasciate per aver confidato nel provvedimento favorevole della PA.

5. Il riparto di giurisdizione in tema di trattamenti sanitari

Consiglio di Stato, III, 2 settembre 2014, n. 4460

Laddove l'Amministrazione vulneri un diritto fondamentale del privato con un mero comportamento materiale o con una mera inerzia, non legati in alcun modo, nemmeno mediato, all'esercizio di tale potere, tale situazione di diritto soggettivo rientra nella cognizione del g.o., al quale compete la tutela di tutti i rapporti tra il privato e l'Amministrazione nei quali quest'ultima non abbia assunto la veste di autorità, bensì abbia svolto un ruolo paritetico, a seconda dei casi, di contraente o di danneggiante o, comunque, di soggetto assimilabile a qualsivoglia parte di un normale rapporto giuridico "iure privato rum". Quando invece l'Amministrazione pretenda di incidere sul rapporto mediante l'esercizio di un potere pubblicistico, la situazione del privato che "dialoga" col potere e vi si contrappone assume la configurazione dell'interesse egittimo, tutelabile avanti al g.a. Il sostrato sostanziale della situazione giuridica soggettiva è quindi sempre il medesimo e non è degradato dall'esercizio del potere né, per converso, potenziato dal ruolo di superdiritto o diritto inaffievolibile.

Rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia avente per oggetto il provvedimento con il quale l'ente Regione vieta al personale del Servizio sanitario di sospendere, all'interno delle proprie strutture, il sostegno vitale di idratazione e alimentazione artificiali a un paziente in stato vegetativo permanente il quale, per il tramite della manifestazione di volontà del tutore e l'autorizzazione del giudice tutelare, intenda rifiutare tale trattamento.

Il diniego di una prestazione sanitaria, da parte dell'amministrazione del servizio sanitario nazionale, costituisce esercizio di un potere discrezionale, attinente all'organizzazione del servizio sanitario, con la conseguenza che l'esercizio di tale potere radica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33 comma 1 d.lg. n. 80 del 1998 e alla luce di quanto ha chiarito la Corte costituzionale nella sentenza additiva n. 204 del 2004.

La "cura", oggetto della prestazione sanitaria, non va considerata come un principio autoritativo, un'entità astratta e oggettivata, calata dall'alto o imposta a opera del medico o della struttura sanitaria nel suo complesso, ma si declina e si struttura, secondo un fondamentale principium individuationis che è espressione del valore personalistico tutelato dalla Costituzione, in base ai bisogni, alle richieste, alle aspettative, alla concezione stessa che della vita ha il paziente; di conseguenza anche l'interruzione dell'alimentazione artificiale, nella fase terminale della vita, può essere considerata come una "cura" e, quindi, come una prestazione sanitaria, per soddisfare la quale la struttura sanitaria deve attivarsi e attrezzarsi perché tale diritto possa essere concretamente esercitato. Il diritto costituzionale di rifiutare le cure, riconosciuto in sede giurisdizionale di legittimità, è un diritto di libertà assoluto, efficace erga omnes e, quindi, nei confronti di chiunque intrattenga con l'ammalato, nella specie in stato vegetativo e alimentato solo artificialmente, il rapporto di cura, sia nell'ambito di strutture sanitarie pubbliche che private, tenendo presente che: a) la manifestazione di tale consapevole rifiuto renderebbe doverosa la sospensione dei mezzi terapeutici, il cui impiego non dia alcuna speranza di uscita dallo stato vegetativo in cui versa la paziente e non corrisponda alla sua volontà; b) tale obbligo sussiste anche ove sia sospeso il trattamento di sostegno vitale, con conseguente morte del paziente, giacché tale ipotesi non costituisce, secondo il nostro ordinamento, una forma di eutanasia, bensì la scelta insindacabile del malato di assecondare il decorso naturale della malattia sino alla morte.

La risoluzione del potenziale conflitto tra libertà del paziente e coscienza del medico che, in ipotesi, rifiuti di interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiale, provocando la morte del paziente, poiché prestazione ritenuta contraria alle sue più profonde convinzioni etiche e/o ai suoi doveri professionali (c.d. obiezione di coscienza), non può trovare il proprio punto di equilibrio nell'annullamento della libertà di autodeterminazione del paziente, poiché l'obiezione di coscienza attiene al foro interno del singolo, e non certo all'istituzione pubblica nel suo complesso, la quale, al contrario, deve attrezzarsi, nonostante il rifiuto del singolo medico, per garantire l'effettuazione di una prestazione doverosa.

Il principio del diritto alla salute e del consenso informato, oltre ad essere un diritto assoluto e inviolabile, è anche un diritto soggettivo pubblico o diritto sociale che, nella dinamica del suo svolgersi e del suo concreto attuarsi, ha per oggetto una prestazione medica che ha quale necessari e primari interlocutori le strutture sanitarie e, in primo luogo, il Servizio Sanitario Nazionale, così che a fronte del diritto, inviolabile, che il paziente ha di rifiutare le cure, interrompendo il trattamento sanitario non (più) voluto, si pone correlativamente l'obbligo, da parte dell'Amministrazione sanitaria, di attivarsi ed attrezzarsi perché tale diritto possa essere concretamente esercitato, non potendo l'Amministrazione sanitaria sottrarsi al suo obbligo di accettare il ricovero del malato che rifiuti un determinato trattamento nella consapevolezza della certa conseguente morte, adducendo una propria ed

autoritativa visione della cura o della prestazione sanitaria che, in termini di necessaria beneficialità, contempli e consenta solo la prosecuzione della vita e non, invece, l'accettazione della morte da parte del consapevole paziente. Il principio dell'alleanza terapeutica riporta il singolo paziente, la sua volontà, il suo consenso informato — e, quindi, il singolo paziente quale soggetto e non oggetto di cura — al centro del percorso sanitario, nel quale medico e paziente concorrono nella scelta della strategia terapeutica più rispondente alla visione della vita e della salute propria della persona che si sottopone alla cura; la cura non è più, quindi, un principio autoritativo, un'entità astratta, oggettivata, misteriosa o sacra, calata o imposta dall'alto o dall'esterno, ma si declina e si struttura, secondo un fondamentale principium individuationis che è espressione del valore personalistico tutelato dalla Costituzione, in base ai bisogni, alle richieste, alle aspettative, alla concezione stessa che della vita ha il paziente; pertanto, la decisione terapeutica ha nel consenso informato e nell'autodeterminazione del paziente il suo principio e la sua fine, poiché è il paziente, il singolo paziente, e non un astratto concetto di cura, di bene, di « beneficialità », il valore primo ed ultimo che l'intervento medico deve salvaguardare.

In tema di idratazione ed alimentazione artificiali di un soggetto in coma vegetativo irreversibile e quindi di pubblici servizi, in applicazione del principio di solidarietà, il diritto alla salute si configura quale diritto costituzionale assoluto e comprende anche il diritto di rifiutare le cure: peraltro, esso, potendo essere attuato soltanto mediante a prestazione della struttura sanitaria, determina un obbligo di tacere a carico della p.a.; pertanto, la Regione è tenuta ad indicare una struttura sanitaria per il ricovero del soggetto in coma permanente per la sospensione del trattamento sanitario e, configurandosi il rifiuto espresso dalla p.a., al termine dell'apposito procedimento avviato su istanza di parte, alla prestazione sanitaria richiesta dal privato come autoritativo, sussiste la giurisdizione amministrativa esclusiva.

Il diritto alla salute e al consenso informato, oltre ad essere un diritto assoluto e inviolabile e, come tale, con efficacia erga omnes e, in particolare, nei riguardi del medico, è anche un diritto soggettivo pubblico o diritto sociale che, nella dinamica del suo svolgersi e del suo concreto attuarsi, ha per oggetto una prestazione medica che ha quali necessari e primari interlocutori le strutture sanitarie e, in primo luogo, il Servizio Sanitario Nazionale; esso ha una natura ancipite, perchè è un diritto che ha una indubbia valenza privatistica, in quanto massima ed inviolabile espressione della personalità individuale, ma anche una innegabile connotazione pubblicistica, perché può e deve, se lo richiede la sua soddisfazione, trovare adeguata collocazione e necessaria attuazione all'interno del Servizio sanitario, non potendo dimenticarsi che la salute, anche nella declinazione personalistica che è venuta ad assumere nel nostro ordinamento, è pur sempre, insieme, diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività.

Il consenso informato, che legittima il trattamento medico, ha, fra l'altro, la funzione di sintesi tra autodeterminazione e salute; si tratta di diritti fondamentali che proprio

nella sintesi del consenso informato, nell'ambito dell'alleanza terapeutica, trovano il loro indefettibile, irriducibile, incomprimibile equilibrio a tutela della persona quale valore in sé nell'ambito del nostro ordinamento (art. 2 Cost.).

Ai sensi dell'art. 32 Cost., i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto; soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato e finanche di lasciarsi morire.

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (Francesco Caringella e Tiziana Fiorella)

Sommario Sezione i: Profifili generali: 1. Oggetto e genesi storica della giurisdizione esclusiva – 2. Le riforme del 1998 e del 2000 e il problema della legittimità, a costituzione invariata, della dilatazione del modello della tutela esclusiva. Le risposte date da Corte cost. nn. 204/2004, 191/2006 e n. 140/2007 – 3. Alla ricerca del potere perduto: la distinzione opaca tra comportamenti meri e comportamenti amministrativi – 4. La giurisdizione esclusiva nel Codice del Processo Amministrativo.

Sommario Sezione ii : Le materie devolute alla gigiurisisdizione esclusisiva: 1. I servizi pubblici alla luce della sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale (art. 33 D.Lgs. 80/1998; ora art. 133, comma 1, lett. c., del codice del processo amministrativo) –1.1. L'effetto restrittivo della giurisdizione esclusiva – 1.2. I possibili effetti ampliativi – 1.3. La residua rilevanza della nozione di servizio pubblico come criterio di riparto della giurisdizione – 1.4. Le controversie escluse dalla giurisdizione amministrativa per effetto della sentenza n. 204/2004 – 2. La giurisdizione esclusiva in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture (art. 244 del D.Lgs. 163/2006, ora art. 133, comma 1, lett. e, n. 1 del codice del processo amministrativo) – 3. La giurisdizione esclusiva nella materia edilizia, urbanistica ed espropriativa (artt. 34 del D.Lgs. 80/1098 e 53 del D.P.R. n. 327/2001, ora art. 133, comma 1, lett. f e g, del codice del processo amministrativo) – 3.1. La giurisdizione esclusiva in materia urbanistica ed edilizia prima dell'intervento della Corte

costituzionale – 3.2. La giurisdizione sulle occupazioni espropriative e usurpative dopo Corte cost. 204/2004 e 191/2006 – 3.2.1. La Cassazione restringe la giurisdizione esclusiva ai soli casi di occupazione esecutiva di provvedimenti illegittimi – 3.2.2. Il Consiglio di Stato la estende ai casi di connessione in senso lato con il potere pubblico – 3.3. Nostre considerazioni – 4. [Segue] la tutela possessoria contro la p.a. – 5. Le altre materie devolute alla giurisdizione esclusiva – 5.1. Il pubblico impiego non privatizzato (art. 63, comma 4, del D.Lgs. 165/2001 e 133, comma 1, lett. i del codice del processo amministrativo) – 5.2. Le controversie nella materia della concessione di beni pubblici (art. 5 L. 1034/1971, ora art. 133, comma 1, lett. b del codice del processo amministrativo) – 5.3. Gli accordi tra privati e amministrazioni ai sensi dell'art. 133, lett. a, n. 2, del codice del processo amministrativo – 5.4. La giurisdizione esclusiva sulla Segnalazione Certificata di Inizio Attività (già d.i.a.), ex art. 133, comma 1, lett. a), n. 3, c.p.a. e art. 19 L. 241/09, come mod. dal D.L. 78/10 – 5.5. Giurisdizione esclusiva in tema di indennizzo conseguente a revoca di provvedimento (art. 133, comma 1, lett. a, n. 4, del codice del processo amministrativo) – 5.6. La giurisdizione esclusiva in tema di danno da ritardo (art. 133, comma 1, lett. a, n. 1, del codice del processo amministrativo) – 5.7. La giurisdizione esclusiva in materia di diritto sportivo (art. 133, comma 1, lett. z, del codice del processo amministrativo) – 5.8. La giurisdizione esclusiva in materia di energia elettrica nell'art. 133, comma 1, lett. o, del codice del processo amministrativo) – 5.9. La giurisdizione esclusiva in tema di gestione dei rifiuti (art. 133, comma 1, 5.10. La class action pubblica (legge c.d. Brunetta 15/2009 e D.Lgs. di attuazione 20 dicembre 2009, n. 198) – 5.11. Le altre ipotesi di giurisdizione esclusiva previste dall'art. 133 del codice del processo amministrativo – 6. **La giurisdizione sul risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo è a sua volta una materia di giurisdizione esclusiva?**

Sezione I: Profili generali

1. Oggetto e genesi storica della giurisdizione esclusiva.

La giurisdizione esclusiva consiste nell'attribuzione alla cognizione del giudice amministrativo delle controversie afferenti, oltre che agli interessi legittimi, anche, in via principale, ai diritti soggettivi, con il limite dell'incidente di falso e delle questioni di stato e capacità delle parti, ai sensi e per gli effetti degli artt. 133 ss. c.p.a.

Essa affonda le sue origini nella c.d. legislazione preunitaria, vale a dire la legge piemontese del 20 novembre 1859, n. 3780 sui conflitti, dove già si registrano i primi isolati casi di attribuzione ad autorità diverse dal Giudice ordinario di controversie concernenti diritti.

Nell'Italia unita il sistema è quello recepito nel R.D. n. 2840/23 trasfuso negli artt. 29 e 30 del R.D. n. 1054/24 – t.u. Cons. Stato – confermato nell'art. 5 del D.Lgs. 6 maggio 1948, n. 654, "Norme per l'esercizio nella Regione siciliana delle funzioni

spettanti al Consiglio di Stato", con riferimento alla C.g.a.R.S. e successivamente riprodotto nell'art. 7, secondo comma, l.tar.

Segnatamente l'art. 29 del t.u. Cons. Stato del 1924 attribuiva "all'esclusiva giurisdizione del Consiglio di Stato i ricorsi relativi al pubblico impiego, quelli contro i provvedimenti in materia di fondazione, statuti e trasformazione di istituzioni pubbliche di beneficenza o di istituzioni di istruzione e di educazione; le controversie tra Stato e suoi creditori nella materia del debito pubblico e quelle in materia di spedalità; i ricorsi contro i decreti mediante i quali il prefetto regoli o vieti l'esercizio di industrie pericolose".

Secondo la tesi maggioritaria, la giurisdizione esclusiva rappresentava la giusta soluzione per decidere, in un unico plesso giurisdizionale, per evidenti ragioni di economia processuale, le controversie relative a particolari materie per le quali la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi presentasse particolari difficoltà, rendendo inapplicabile il tradizionale principio della causa petendi ai fini del riparto. Parte della dottrina ha sostenuto che "vi è stato il conferimento a quel giudice di un intero territorio popolato sia da diritti soggettivi che da interessi legittimi, ma soprattutto da figure in cui dette situazioni si presentavano e si presentano così connesse e di tanta incerta qualificazione, da suggerire la soluzione dell'attribuzione in blocco ad un giudice unico delle controversie che lo riguardano" (M. Nigigro, Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali regionali, in Riv. trim. pubb., 1972, 1815 ss.).

L'intento del legislatore era pertanto quello di agevolare il cittadino, con riferimento a casi in cui diritti soggettivi e interessi legittimi risultino strettamente intrecciati tra loro, da un lato evitando all'interessato il gravoso compito di selezionare il Giudice chiamato a conoscere della causa, dall'altro risparmiandogli le forche caudine della duplicazione di giudizi in relazione ad una vicenda sostanzialmente unitaria.

La dottrina tradizionale reputava, poi, che l'avvento del modello della giurisdizione esclusiva non intaccasse la validità complessiva del criterio della causa petendi e non si ponesse con esso in posizione di alternatività ma, semmai, di sussidiarietà.

Tale criterio venne recepito dal Costituente che, così come sancì l'accoglimento della distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi quale fondamento del riparto fra le giurisdizioni, alla stessa stregua considerò fisiologico, nel sistema del riparto, l'esistenza di casi in cui la fissazione della giurisdizione potesse essere operata dal legislatore in virtù della particolarità della materia e secondo un criterio che non contraddicesse la validità del principio generale del riparto per posizioni.

Ne derivò la stesura dell'attuale art. 103, primo comma, secondo cui "il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi (regola) e, in particolari materie indicate legge, anche dei diritti soggettivi" - eccezione.

L'elenco delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è stato arricchito da numerose leggi successive al t.u. Cons. Stato.

Va in particolare menzionata la L. n. 1034/1971 (l. tar), il cui art. 7, comma 2, prescrive che il tribunale amministrativo regionale "esercita giurisdizione esclusiva" nei casi previsti dall'art. 29 t.u. Cons. Stato e in quelli previsti dall'art. 4 R.D. n. 1058/1924 (T.U.G.p.a.) e dall'art. 5, l. tar. Di rilievo è il richiamo a tale ultima norma, la quale aggiunge un importante caso di giurisdizione esclusiva, costituito dalla materia delle concessioni di beni e servizi, avendo cura di precisare che "resta salva la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria per le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi".

Pure di estrema importanza è l'art. 26, l. tar, in quanto ha espressamente sancito per la prima volta la sussistenza del potere di condanna del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, pur conservando, all'art. 7, comma 3, il limite dato dall'impossibilità per il giudice amministrativo di conoscere dei diritti patrimoniali consequenziali.

2. Le riforme del 1998 e del 2000 e il problema della legittimità, a costituzione invariata, della dilatazione del modello della tutela esclusiva. Le risposte date da Corte cost. nn. 204/2004, 191/2006, 140/2007 e 35/2010.

Il vero salto di qualità del modello della giurisdizione esclusiva viene sancito con il D.Lgs. n. 80/98, come poi integrato e sanato dalla L. n. 205/2000.

L'art. 11, comma 4 lett. g), L. 15 marzo 1997, n. 59 ha, infatti, delegato il Governo ad emanare disposizioni integrative e correttive al D.Lgs. n. 29/93, indicando, tra i principi e i criteri direttivi, l'"estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno".

La delega contenuta nella norma, la quale ribadisce espressamente che le controversie relative al risarcimento del danno rientrano tra quelle aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, è stata esercitata con il D.Lgs. n. 80/98, che ha devoluto tre nuove e importanti materie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (servizi pubblici, urbanistica ed edilizia), oltre a realizzare la concentrazione della tutela dinanzi al g.a. nelle materie di giurisdizione esclusiva, eliminando il doppio binario di tutela giurisdizionale che vedeva riservata al g.o. la cognizione di diritti consequenziali e costringeva il privato ad un doppio giudizio, quello di annullamento dell'atto o di cognizione del diritto oggetto della giurisdizione esclusiva, cui era subordinato l'eventuale successivo giudizio di condanna per il risarcimento di danni dinanzi al g.o.

Con l'art. 35, D.Lgs. n. 80/98, che ha modificato l'art. 7, comma 3, l. tar, pertanto, è stata soppressa la riserva di giurisdizione del giudice ordinario con riferimento ai diritti patrimoniali consequenziali, trasformando la giurisdizione esclusiva in

giurisdizione anche piena, nel senso della possibilità per il giudice di dispensare ogni forma di tutela nelle materie in esame, ivi compresa la tutela risarcitoria un tempo ritenuta monopolio del giudice ordinario.

Dopo la bocciatura della versione originaria del D.Lgs. n. 80 da parte della Corte costituzionale per violazione dei limiti posti dalla legge delega (sentenza n. 292/2000 sull'art. 33, seguita dalla sentenza gemella n. 282/2004 sull'art. 34), il Parlamento ha approvato in tempi assai rapidi la L. 21 luglio 2000 n. 205, la quale, nell'ambito di una più vasta riforma del processo amministrativo, ha riprodotto gli artt. 33, 34, 35 del decreto n. 80/98, sia pure con alcune modifiche, salvandoli in tal modo dai rischi di declaratoria di incostituzionalità per violazione della delega.

Le novità di fondo apportate dalla L. n. 205/2000 al decreto n. 80/1998, per il resto confermato nelle strutture prima descritte, sono, pertanto, così riassumibili:

a) la cognizione delle questioni risarcitorie e relative ai diritti consequenziali viene estesa anche alla giurisdizione di legittimità (art. 7 della L. n. 205/2000), che diventa anch'essa una giurisdizione capace di assicurare una tutela piena dell'interesse legittimo;

b) l'art. 6, comma 1, della L. n. 205/2000 (trasfuso di recente nell'art. 244 codice appalti, varato G.U. D.Lgs. n. 163/2006) ha incluso nella giurisdizione esclusiva le procedure di affidamento dei pubblici appalti;

c) l'art. 35, che contempla i nuovi poteri decisori ed istruttori del giudice amministrativo, è stato esplicitamente esteso a tutte le materie di giurisdizione esclusiva del g.a., anche diverse da quelle di cui agli artt. 33 e 34;

d) sempre per tutta la giurisdizione esclusiva la L. n. 205/2000 ha introdotto all'art. 6, comma 2, la tutela arbitrale per i diritti soggettivi, così come, con l'art. 8, si sono estesi ai diritti patrimoniali le tecniche di tutela urgente sommaria ante causam, ed in corso di giudizio.

L'interrogativo che si pone a seguito di questa espansione quantitativa e qualitativa del modello della tutela esclusiva è quello dei limiti entro i quali il legislatore può spingersi, a Costituzione invariata, nel dare la stura a criteri di riparto diversi da quello della causa petendi.

Il Consiglio di Stato, nell'ordinanza n. 1/2000 resa dall'Adunanza Plenaria, ha posto mano ad una suggestiva ricostruzione secondo cui, mentre per la giurisdizione in materia di interessi legittimi l'art. 103 Cost. avrebbe fissato un'area di giurisdizione amministrativa non contendibile da altri plessi giurisdizionali, nel caso di diritti soggettivi l'art. 103 Cost., coordinato con l'art. 113, primo comma, rimetterebbe alle valutazioni discrezionali del legislatore ordinario l'individuazione dei casi in cui il

Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa conoscano anche di diritti soggettivi.

In una direzione opposta si muovono le opzioni interpretative che sottolineano, al contrario, come il criterio ordinario di riparto sia ancora dato dalla causa petendi e la giurisdizione esclusiva costituisca un'eccezione che per sua natura necessita di applicazione ad ipotesi e materie circoscritte.

Da qui l'emersione di dubbi consistenti di legittimità costituzionale per gli artt. 33 e 34 del D.Lgs. 80/98, nella misura in cui dette disposizioni, per un verso, attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del g.a. materie di estensione quantitativamente esorbitante (si pensi ancora alla sfuggente nozione di servizio pubblico); per altro verso sottraggono al g.o. anche controversie di carattere squisitamente patrimoniale per le quali non viene in rilievo l'esercizio prevalente del potere pubblico ovvero il perseguimento dell'interesse pubblico attraverso l'applicazione di norme di diritto pubblico.

La Corte costituzionale, con la sentenza 6 luglio 2004, n. 204, ripudiando le tesi volte a considerare illimitata la discrezionalità del legislatore nell'introduzione di materie di giurisdizione esclusiva, ha dichiarato incostituzionale, in parte qua, gli artt. 33 e 34 D.Lgs. n. 80/1998.

In particolare la Corte ha negato che il riferimento generico all'interesse pubblico coinvolto nella fattispecie e la presenza della p.a. come parte processuale sorreggano una previsione di giurisdizione esclusiva.

Al riguardo la sentenza, prendendo spunto dai lavori preparatori, rileva che le "'particolari materie' devolvibili alla giurisdizione esclusiva del g.a. ai sensi dell'art. 103 Cost., si caratterizzano per 'la inscindibilità delle questioni d'interesse legittimo e di diritto soggettivo, e per la prevalenza delle prime', le quali impongono di aggiungere la competenza del Consiglio di Stato per i diritti soggettivi, nelle materie particolari specificamente indicate dalla legge".

In presenza di tale opzione, osserva il Giudice delle Leggi, "il principio dell'unicità della giurisdizione espresso dall'art. 102, con riguardo al giudice, e di riflesso nell'art. 113, con riguardo alle forme di tutela garantite al cittadino sta a significare che in nessun caso il legislatore ordinario può far sì che la pubblica amministrazione sia, in quanto tale, assoggettata ad una particolare giurisdizione, ovvero sottratta alla giurisdizione alla quale soggiace qualsiasi litigante privato: la specialità di un giudice può fondarsi esclusivamente sul fatto che questo sia chiamato ad assicurare la giustizia nell'amministrazione, e non mai sul mero fatto che parte in causa sia la pubblica amministrazione".

Alla luce di questi principi, la Corte ha ritenuto che la disciplina introdotta, in punto di giurisdizione esclusiva, dal D.Lgs. n. 80/98, prima, e dalla L. n. 205/2000, poi, sia incompatibile con il dettato costituzionale. Secondo i Giudici costituzionali, infatti, il

legislatore ordinario del 1998-2000 ha finito per accogliere un'idea di giurisdizione esclusiva ancorata alla pura e semplice presenza in un certo settore dell'ordinamento di un rilevante pubblico interesse senza considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte.

Al contrario, soggiunge la Corte, il necessario collegamento delle "materie" assoggettate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive è espresso dall'art. 103, laddove statuisce che quelle materie devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: devono cioè partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata della circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela davanti al giudice amministrativo.

"Il legislatore, pertanto, ben potrebbe ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo e, dall'altro, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo".

In adesione a quest'orientamento, la giurisprudenza ha affermato che, a seguito della sentenza della Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi non comprende le controversie riguardanti i diritti di credito nelle quali la pubblica amministrazione non sia coinvolta come autorità, dovendosi, quindi, escludere che tale giurisdizione si estenda fino a comprendere le liti sulla definizione dei rapporti patrimoniali derivanti dall'istituzione, modificazione o estinzione dei soggetti gestori di pubblici servizi.

Ebbene, tali criteri, a giudizio della Corte costituzionale, non si rinverrebbero nell'art. 33 del D.Lgs. n. 80/98 non soltanto e non tanto per il riferimento ad una materia (i servizi pubblici) dai confini non compiutamente delimitati, quanto e soprattutto per il riferimento a "tutte le controversie" ricadenti in tale settore, che rende la materia così individuata indifferente del tutto alla natura delle situazioni coinvolte: sicché, in modo inammissibile, la giurisdizione esclusiva si radica sul dato, puramente oggettivo, del normale coinvolgimento in tali controversie di quel generico pubblico interesse che è naturaliter presente nel settore dei pubblici servizi.

Analoghi rilievi vengono svolti dalla Corte sulla formulazione dell'art. 34 del D.Lgs. n. 80/98, quale recata dall'art. 7, comma 1, lett. b) della L. n. 205/2000, che si pone in contrasto con la Costituzione nella parte in cui, comprendendo nella giurisdizione esclusiva – oltre gli "atti e i provvedimenti" attraverso i quali le pubbliche amministrazioni svolgono le loro funzioni pubblicistiche in materia urbanistica ed

edilizia – anche "i comportamenti", la estende a controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita – nemmeno mediamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici – alcun pubblico potere.

Pur premettendo che la dichiarazione di incostituzionalità non investe in alcun modo l'art. 7 della L. n. 205/2000 nella parte in cui (lettera c) sostituisce l'art. 35 del D.Lgs. n. 80/98, la Corte costituzionale ha voluto precisare che il "potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

L'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato, ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri".

Il substrato argomentativo della sent. n. 204/2004 è stato richiamato dalla Corte cost. nella pronuncia 11 maggio 2006 n. 191 con cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, comma 1, del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 325, trasfuso nell'art. 53, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a "i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati", non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere (si rinvia per un'analisi di tale pronuncia alla sez. II, par. 3.3. ss.).

Nello stesso alveo si è da ultimo inserita la sentenza n. 140/2007 della Consulta, che ha respinto le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento all'art. 1, comma 552, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (v. sez. II, par. 5.7.), nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto le procedure ed i provvedimenti in materia di impianti di energia elettrica di cui al D.L. n. 7 febbraio 2002, n. 7 "Misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale".

La Corte ha reputato che la norma è conforme all'art. 103 Cost., in quanto nella fattispecie ricorrono tutti i presupposti enucleati dalla precedenti sentenze del 2004 e del 2006 al fine di legittimare il riconoscimento di una giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo. L'oggetto delle controversie è invero rigorosamente circoscritto alle particolari "procedure e provvedimenti", tipizzati dalla legge (D.L. n. 7 del 2002), e concernenti una materia specifica (gli impianti di generazione di energia elettrica).

La sentenza ha inoltre escluso che la giurisdizione possa competere al giudice ordinario per il solo fatto che la domanda abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno. Il giudizio amministrativo, infatti, in questi casi assicura la tutela di ogni diritto: e ciò non soltanto per effetto dell'esigenza, coerente con i princípi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa.

Osserva infine la Consulta che non osta al riconoscimento della giurisdizione esclusiva del g.a. la natura "fondamentale" dei diritti soggettivi coinvolti nelle controversie (sui diritti inaffievolibili), non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al Giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti.

Sulla stessa lunghezza d'onda l'art. 4 del D.L. 23 maggio 2008, n. 90, in tema di emergenza rifiuti, conv. dalla L. n. 123/2008, ha stabilito che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati. La giurisdizione di cui sopra s'intende estesa anche alle controversie relative a diritti costituzionalmente tutelati.

In estrema sintesi, "a seguito della entrata in vigore del D.Lgs. n. 80 del 1998 e della L. n. 205 del 2000, nonché a seguito delle sentenze della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, 8 marzo 2006, n. 191 e 5 febbraio 2010, n. 35, in materia di giurisdizione esclusiva non rileva più, al fine del riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi (e anche se vengono in considerazione diritti Costituzionalmente protetti e non suscettibili di affievolimento ad interessi legittimi), ma la distinzione tra comportamenti riconducibili all'esercizio di pubblici poteri e meri comportamenti, identificabili questi in tutte quelle situazioni in cui la pubblica amministrazione non esercita, nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici, alcun pubblico potere (Cassazione civile, Sez. Un., 5 marzo 2010, n. 5290)" (P. Lotti, in Codice del processo amministrativo commentato con dottrina e giurisprudenza, Roma, 2010).

In applicazioni di dette coordinate, la Cassazione ha affermato che "anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 cost.) – allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della p.a. di cui sia denunciata la illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici

amministrativi, come quella della gestione del territorio – compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre, nonché alla emissione dei relativi provvedimenti cautelari, che siano necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti" (S.U., 5 marzo 2010, n. 5290 cit.). Analogamente le Sezioni Unite hanno ritenuto che rientri nella giurisdizione esclusiva del g.a. la cognizione della controversia promossa dai residenti nel territorio di un Comune che, lamentando le disfunzioni nella raccolta e nello smaltimento dei rifiuti solidi urbani e il conseguente significativo peggioramento della qualità della vita, chiedano la condanna dell'ente locale e del consorzio intercomunale gestione rifiuti al risarcimento dei danni asseritamente subiti, ivi compresi i pregiudizi alla salute ed alla vita di relazione (Cass. S.U., 21 maggio 2009, n. 11832); e ancora, la giurisdizione esclusiva del g.a. ex art. 34 del D.Lgs. n. 80/1998 in ordine alla controversia relativa all'ubicazione di una discarica di cui si deduceva la pericolosità per la salute degli abitanti vicini (Cass., S.U., 9 luglio 2009, n. 16090).

La Cassazione mette in evidenza la piena tutela anche cautelare accordabile dal g.a. a tali posizioni. Al richiamo della giurisprudenza costituzionale la Suprema Corte aggiunge il riferimento alla nuova formulazione dell'art. 21 l. tar, in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo. In particolare, la Corte osserva che la norma, come modificata dalla L. n. 205/2000, dopo aver previsto la possibilità del g.a, di assicurare una tutela cautelare atipica, assimilabile a quella di cui all'art. 700 c.p.c., prevede che la concessione o il diniego della misura cautelare non possano essere subordinati a cauzione quando essi attengano ad interessi essenziali della persona, quali il diritto alla salute, all'integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale: la disposizione evidenzia, quindi, che anche il giudice amministrativo ha piena cognizione dei diritti fondamentali in parola, quando si verta in controversie riservate alla sua giurisdizione esclusiva. In sintonia il Tar Lombardia, sez. II, con ordinanza 22 maggio 2008, n. 791 ha ritenuto, ex art. 33 del D.Lgs. n. 80/1998, la giurisdizione esclusiva del g.a. sulla controversia relativa al diniego di somministrazione gratuita di farmaco salvavita per una grave malattia al fegato. Segnatamente, i giudici meneghini hanno osservato che nelle materie in cui dispone di giurisdizione esclusiva, il g.a. può conoscere anche di domande finalizzate alla tutela di diritti fondamentali, non comprimibili ad interessi legittimi, quando questi si confrontino non con semplici comportamenti materiali della p.a. ma con poteri da essa illegittimamente esercitati. Hanno poi aggiunto che la giurisdizione del g.a., riconosciuta in ipotesi in cui il diritto alla salute è azionato in chiave oppositiva avverso atti illegittimi della p.a., tendenti a comprometterne l'integrità, deve, a maggior ragione, sussistere nei casi in cui tale diritto sia fatto valere in chiave pretensiva allorché il ricorrente prospetti che la sua lesione costituisca l'effetto della

mancata attivazione di poteri tecnico discrezionali spettanti alla p.a. Di qui la conclusione secondo cui rientra nella materia dei servizi pubblici che l'art. 34 del D.Lgs. n. 80/98 attribuisce alla giurisdizione esclusiva del g.a. una controversia involgente il diritto alla salute, nella sua massima declinazione di diritto alla sopravvivenza in vita, dedotto dal ricorrente al fine di ottenere la somministrazione gratuita di farmaci nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale, in quanto non correlata ad una semplice obbligazione della Azienda Sanitaria resistente ma concernente direttamente la potestà tecnico discrezionale della Agenzia (AIFA) di determinare quali farmaci devono essere inseriti nell'ambito del prontuario farmaceutico nazionale.

3. Alla ricerca del potere perduto: la distinzione opaca tra comportamenti meri e comportamenti amministrativi.

Ebbene, le ricordate sentenze della Consulta ci consegnano un sistema nel quale il riparto di giurisdizione, anche in sede di giurisdizione esclusiva, àncora la giurisdizione del g.a. alla sussistenza del potere amministrativo ed alla veste autoritativa della p.a.

Ne discende l'insufficienza di un coinvolgimento generico dell'interesse pubblico o della qualità di parte assunta in giudizio dalla p.a. e la necessità che vengano in rilievo non comportamenti meri, di diritto comune, con i quali la p.a., come soggetto di diritto comune, violi obblighi di diritto comune, bensì comportamenti amministrativi con i quali la p.a. come autorità, in un settore pubblicisticamente qualificato e delimitato, violi norme di diritto speciale che regolano un rapporto di diritto pubblico.

Dobbiamo, quindi, penetrare il discrimine tra comportamenti amministrativi costituenti esercizio di pubblica funzione e comportamenti meri violativi di obblighi di diritto comune.

A tal uopo ci sembra possibile tracciare un filo d'Arianna così confezionato.

In primo luogo, vanno escluse dal novero dei comportamenti amministrativi le condotte che la p.a. tenga nell'esercizio di poteri privati che le competono non nella qualità di autorità ma nelle vesti privatistiche di datore di lavoro, di creditore, di contraente e di socio.

In questo caso, infatti, la p.a. agisce come soggetto di diritto comune che abusa di poteri di stampo privatistico a fronte dei quali non si può che radicare una posizione di diritto soggettivo (o interesse legittimo, ma di diritto privato) al rispetto dei canoni privatistici di buona fede e di tutela dell'affidamento, che devono permeare tali condotte.

Per contro, alla luce della codificazione della nullità ai sensi dell'art. 21 septies della L. n. 241/1990, anche il provvedimento nullo, in quanto esistente e qualificabile

come tale, deve reputarsi esercizio, ancorché gravemente malato e originariamente inefficace, del potere. Non è, infatti, possibile invertire la logica ricostruttiva ed affermare che il provvedimento nullo non esiste come espressione del potere in quanto è inefficace; all'opposto, intanto si pone il problema dell'efficacia dell'atto nullo in quanto si dà per scontata l'esistenza di un atto del quale predicare l'eventuale inefficacia; atto che, in un rapporto pubblicistico, è adottato dalla p.a. nella veste di autorità e non di soggetto di diritto comune. Vanno quindi attratti alla giurisdizione esclusiva del g.a. sia gli atti nulli che i comportamenti finalizzati alla relativa esecuzione (si vedano le divergenze tra Consiglio e Cassazione in materia di occupazione appropriativa ed usurpativa di cui al successivo par. 3.2., Sez. II).

Con riferimento alla carenza di potere, in questa sede ci limitiamo a manifestare la nostra adesione alla ricostruzione secondo cui:

a) l'atto affetto da carenza in astratto difetta del presupposto (l'esistenza della norma attributiva del potere), affinché esista un potere da spendere, con la conseguenza che trattasi di atto inesistente;

b) la nozione di carenza in concreto sembra invece ricondotta nei casi di cattivo uso del potere che decretano l'annullabilità ai sensi dell'art. 21octies della L. n. 241/1990.

In terzo luogo la sentenza n. 140/2007 della Corte Costituzionale ha chiarito con nettezza che è attratta nella giurisdizione esclusiva del g.a. anche la cognizione dei diritti fondamentali o inaffievolibili, non essendovi alcun principio o norma che riservi esclusivamente al Giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti.

La circostanza, infatti, che a fronte di tali diritti fondamentali la p.a. non abbia il potere di degradazione, non toglie che i relativi atti siano adottati dalla p.a. nella veste di autorità in un rapporto di diritto pubblico.

Va poi soggiunto che, anche alla luce dell'esigenza di concentrazione che permea la giurisdizione esclusiva come modello, la nozione di esercizio anche indiretto del potere va traguardata in base ad una approccio non atomistico ma sintetico.

Posto, infatti, che parliamo di giurisdizione esclusiva estesa ai diritti soggettivi è ovvio che non può essere all'uopo necessario che la condotta sia esercizio diretto del potere ovvero sia puntualmente esecutiva di un provvedimento efficace, altrimenti in tal caso la giurisdizione spetterebbe comunque al g.a. in base al normale criterio del riparto. È, invece, sufficiente un collegamento in senso lato dato dall'esistenza del potere nella materia, non già dall'esistenza di un provvedimento costituente esercizio del potere ovvero dall'autorizzazione di quella specifica condotta in base ad un provvedimento efficiente. Ne deriva che anche la condotta esecutiva di un provvedimento nullo o tenuta, pur in mancanza di un provvedimento autorizzativo, nell'ambito di un procedimento pubblicistico o di un rapporto pubblicistico, va

considerata esercizio in senso mediato del potere, essendo posta in essere dalla p.a. come autorità in un contesto di diritto pubblico.

In una parola, la connessione con il potere non vuole significare che vi sia un atto che autorizzi la condotta ma che la condotta viva in un rapporto, in un ambiente, in un humus di stampo pubblicistico.

A maggior ragione, ove la condotta sia esecutiva di un provvedimento, rileva il dato cronologico dell'esistenza di detto atto al momento in cui la condotta è storicamente tenuta e va quindi giuridicamente valutata ai fini della giurisdizione, e non la fictio della sua inesistenza a seguito dell'annullamento retroattivo giurisdizionale o in sede di autotutela o, ancora, alla stregua della decadenza con perdita ex tunc dei suoi effetti.

Si deve poi ammettere che il Giudice amministrativo conosca anche di questioni patrimoniali relative a diritti soggettivi ove queste vengano in rilievo in un rapporto di diritto pubblico che la p.a. partorisca e regoli nella veste complessiva di autorità.

Questo spiega perché nel pubblico impiego non privatizzato e negli accordi ex art. 11 della L. n. 241/1990, diversamente che nel pubblico impiego privatizzato e nei normali contratti, il g.a. esclusivo possa conoscere anche delle controversie relative all'esecuzione degli obblighi (anche patrimoniali) relativi al rapporto: nei primi due casi, diversamente che negli altri due, trattasi infatti di condotte che, pur se singolarmente violative di obblighi e lesive di diritti patrimoniali, sono tenute in un rapporto complessivamente di diritto pubblico che la p.a. ha generato con l'esercizio (o comunque sulla base dell'esistenza) di un potere pubblico (potere che si traduce nell'atto di nomina per il pubblico impiego non privatizzato o nel varo dell'accordo, inteso come esercizio consensuale del potere pubblico, ai sensi dell'art. 11 della L. n. 241/1990).

Con riferimento all'impiego non privatizzato la Corte di Cassazione a S.U., con sentenza n. 601 del 14 gennaio 2005, ha statuito che la pronuncia n. 204/2004 della Corte Costituzionale non ha enucleato il principio generale della non conformità a Costituzione di tutte le previsioni legislative le quali non riservano all'autorità giudiziaria ordinaria le controversie (meramente) patrimoniali pur inerenti ad una "particolare materia", contrassegnata dal dominio del diritto pubblico e dalla titolarità di poteri amministrativi. Finalità di tale pronuncia è stata, infatti, non quella di limitare la giurisdizione esclusiva alle sole controversie inerenti a tali particolari materie e concernenti, perciò, interessi legittimi (controversie, peraltro, già rientranti nella giurisdizione amministrativa di legittimità), ma quella di estenderla anche alle controversie, inerenti alle medesime particolari materie, nelle quali venga in rilievo la lesione di diritti soggettivi da parte di atti paritetici emessi dalla p.a.

La Corte osserva che "la regola sulla giurisdizione non è suscettibile di essere sospettata d'illegittimità costituzionale sulla base della sentenza n. 204 del 2004 della

Corte costituzionale… L'intervento del giudice delle leggi, invero, ha scrutinato con esito negativo la legittimità dell'estensione della giurisdizione esclusiva amministrativa a una materia, quella dei servizi pubblici, dai confini non definiti e pertanto tale da escludere la competenza del Giudice ordinario per una serie di rapporti con l'amministrazione, genericamente inerenti al settore indicato ma riconducibili al diritto comune e non coinvolgenti profili specifici d'interesse pubblico.

Per queste ragioni, l'attribuzione di giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo, ad opera del menzionato art. 33, è stata ritenuta conforme a Costituzione solo relativamente a materie particolari e specifiche, tra le quali, appunto, quella relativa alle concessioni di servizi pubblici e, al riguardo, espressamente la motivazione avverte che il legislatore, con l'art. 5 della L. 1034 del 1971, aveva già dettato una regola sulla giurisdizione rispettosa dei principi costituzionali, regola che è stata, di conseguenza, sostanzialmente ripristinata, ma senza svolgere alcuna considerazione che induca a ritenere che a questa regola sia stata attribuita valenza di generale principio costituzionale.

Non è consentito perciò enucleare dalla sentenza in esame il principio generale della non conformità a Costituzione di tutte le previsioni legislative, le quali, nel devolvere alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie inerenti a una "particolare materia", contrassegnata dal dominio del diritto pubblico e dalla titolarità di poteri amministrativi, e perciò dalla presenza sia di situazioni d'interesse legittimo, sia di situazioni di diritto soggettivo, non riservano all'autorità giudiziaria ordinaria le controversie (meramente) patrimoniali inerenti alla materia stessa.

Ogni residuo dubbio, del resto, resta dissolto dalla considerazione che la sentenza costituzionale reca in motivazione il riferimento a numerose ipotesi di giurisdizione esclusiva amministrativa presenti nell'ordinamento, da quelle più risalenti ad altre più recenti, tutte ritenute legittime perché concernenti materie particolari nelle quali l'amministrazione esercita poteri amministrativi, oppure, nel presupposto della titolarità di essi, conclude accordi sul suo esercizio o sostitutivi del provvedimento. Ebbene, tra gli altri, il riferimento all'art. 11 della L. 241 del 1990 è indicativo della legittimità della devoluzione anche delle controversie patrimoniali comprese nella materia alla giurisdizione esclusiva amministrativa (tra le controversie inerenti all'esecuzione dell'accordo rientrano certamente quelle concernenti l'adempimento di obbligazioni).

Senza sottovalutare, infine, la circostanza che della legittimità della devoluzione alla giurisdizione amministrativa delle controversie patrimoniali promosse dall'impiegato pubblico non si era mai dubitato in precedenza e l'assenza di dubbi appare implicita nelle pronunce della Corte costituzionale che hanno assicurato ai diritti patrimoniali dei dipendenti pubblici strumenti processuali atti a garantire l'effettività della tutela nel processo amministrativo (C. Cost. n. 190 del 1985 e n. 146 del 1987)".

Le stesse ragioni ci inducono a valutare con favore la giurisdizione esclusiva dipinta dall'art. 21 nonies della L. n. 241/1990 in ordine alle controversie relative all'indennizzo da revoca di provvedimenti, vertendosi in tema di rapporti patrimoniali generati dall'esercizio del potere e non dalla manifestazione di autonomia privata (Tar Puglia, Lecce, sez. II, 6 marzo 2007, n. 830)

Lo stesso è a dirsi per la giurisdizione esclusiva coniata in tema di d.i.a. dall'art. 19 della L. n. 241/1990 (Oggi scia, in seguito alle modifiche di cui alla Legge di conversione del D.L. n. 78/2010), specie se si aderisce alla configurazione di detto istituto come modulo autorizzativo tacito. Anche aderendo alla diversa tesi del modulo privatistico, è peraltro indubitabile che, pur se il terzo contesta la legittimità non di un atto, nella specie non adottato, ma di un comportamento (l'inerzia serbata dalla p.a.), si tratta non di un mero comportamento materiale, ma di un comportamento amministrativo, strettamente collegato all'esercizio della funzione di vigilanza e del potere di autotutela.

Sulla scorta dei medesimi principi sono riconducibili alla giurisdizione del g.a. anche i comportamenti violativi delle norme procedimentali di azione, nonché i casi di violazione del termine procedimentale (anche il non uso tempestivo è un cattivo uso, sul versante temporale, del potere), i comportamenti violativi degli obblighi precontrattuali di diritto comune in un procedimento di evidenza pubblica (anche in questo caso, infatti, il comportamento è atomisticamente privatistico in un contesto sinteticamente pubblicistico) e, infine, in materia di omessa vigilanza da parte delle Autorità nei settori di pertinenza, l'omessa vigilanza della Consob, da considerarsi certamente quale comportamento amministrativo da porre in relazione ad una potestà amministrativa.

Dette conclusioni sono state di recente ribadite dal legislatore, che ha dato vita ad una giurisdizione esclusiva del g.a. per danno da ritardo ex art. 2 bis della L. n. 241/1990, introdotto dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 (v. sez. II, par. 5.6.). La compatibilità di tale scelta con le coordinate fissate dalla Consulta emerge se solo si considera che, pure ad accedere alla qualificazione in termini di diritto soggettivo della pretesa al rispetto dei tempi, si tratta pur sempre delle regole temporali che concernono lo svolgimento di una procedura pubblicistica, ossia l'esercizio del potere autoritativo della p.a.

4. La giurisdizione esclusiva nel Codice del Processo Amministrativo.

Emerge, in definitiva, un quadro nel quale il g.a. in sede di giurisdizione di legittimità ed, a maggior ragione, in sede di giurisdizione esclusiva, nel sistema enucleato dalle sentenze nn. 204/2004, 191/2006 e 35/2010 della Consulta e dagli arresti delle S.U. della Cassazione nn. 13659 e 13660 del 2006, non è più giudice dell'atto, ma giudice delle condotte amministrative tutte, in un sistema di tutele che vede affiancata a quella impugnatoria anche quella risarcitoria autonomamente attivabile in una con quella di accertamento.

Con un'inversione di tendenza rispetto a quanto stabilito dal D.Lgs. n. 80/98 e dalla L. n. 205/2000, la devoluzione della giurisdizione esclusiva del g.a. è, e resta, un'eccezione al generale criterio di riparto di giurisdizione ex art. 103 Cost., giustificato solo dalla stretta connessione tra diritti e potere pubblico in ragione di peculiari profili tipici di determinate materie. Resta quindi ineludibile presupposto per il radicamento della giurisdizione esclusiva del g.a. la stretta connessione con il potere, che deve sussistere, in via sintetica, anche in caso di mancanza di provvedimenti amministrativi. È quanto da ultimo plasticamente ribadito dal Codice del Processo Amministrativo (c.p.a.).

Invero, l'art. 7, comma 1, prima parte recita testualmente: "Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni".

Siffatta disposizione normativa appare degna di nota non solo poiché al primo comma recepisce espressamente i dicta della Consulta in tema di perimetrazione della giurisdizione esclusiva del g.a. richiedendo l'esercizio, ancorché mediato, del potere, ma anche poiché delinea, al secondo comma, la nozione di pubblica amministrazione ai fini dell'applicazione del Codice stesso.

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

In materia urbanistica ed edilizia

L'art. 34 del D.L.vo 80 del 1998 attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative ad atti, provvedimenti e comportamenti della pubblica amministrazione in materia di urbanistica ed edilizia. A. TRAVI, Formulario annotato della giustizia amministrativa, 2008, 106.

Il comma 2 dell'art. 34 del D.L.vo 80/1998 afferma che rientrano nella materia urbanistica tutti gli aspetti dell'uso del territorio.

L'art. 7, L. 205/2000, che sostituisce l'art. 35, L. 80/1998, riconosce al giudice amministrativo operante in sede di giurisdizione esclusiva il potere di disporre di tutti i mezzi di prova previsti dal c.p.c. con l'unica eccezione delle prove legali, ossia del giuramento e della confessione. M.A. SANDULLI, Profili della nuova giurisdizione esclusiva del g.a. in materia urbanistica ed edilizia, in Riv. Giur. Ed., 2001, II, 87.

1.1. Il risarcimento del danno.

Il giudice amministrativo, investito della giurisdizione esclusiva sulla controversia in materia di urbanistica ed edilizia, può disporre il risarcimento del danno ingiusto, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, ex art. 35, D.L.vo 80/1998.

606/1

L'obbligazione risarcitoria della pubblica amministrazione deriva da qualsiasi violazione del dovere funzionale dell'operatore pubblico, suscettibile di provocare danno a taluno e si può escludere il risarcimento solo ove non sia chiaro o provato il nesso causale tra lesione e nocumento, idoneo a trasformare quest'ultimo in danno.

La norma distingue fra il giudizio di annullamento che accerta la illegittimità dell'atto e la sua potenziale risarcibilità emettendo i criteri cui il risarcimento deve ispirarsi e il giudizio di determinazione del risarcimento del danno.

La seconda parte del comma 2 dell'art. 35, L. 80/1998, mod. art. 7, comma 1,lett. c, L. 205/2000 dispone, infatti, se le parti non giungono ad un accordo, che, col ricorso previsto dall'art. 27, comma 1, n. 4, del t.u. 26 giugno 1924, n. 1054, può essere chiesta la determinazione della somma dovuta.

Non è più necessario adire il giudice ordinario dopo avere ottenuto l'annullamento del provvedimento dal giudice amministrativo.

La Corte di Cassazione, inoltre,, con una sentenza che ha radicalmente mutato l'indirizzo precedente, ha sostenuto che l'atto illegittimo della pubblica amministrazione, che sia causa di un danno ingiusto, comporta la possibilità di agire contro l'amministrazione per ottenere il risarcimento del danno, prima ancora che sia stato disposto l'annullamento del provvedimento dal giudice amministrativo. Cass. civ., Sez. U., 26.3.1999, n. 500, in Guida Dir., 1999, n. 31, 37.

La sentenza è di grande importanza teorica, perché consacra il principio della risarcibilità degli interessi legittimi, ma di fatto è superata dal chiaro dettato legislativo che sottrae al giudice ordinario tale giurisdizione. Essa, infatti è stata attribuita per le cause successive al 30 giugno 1998 al giudice amministrativo almeno nelle principali materie, quali l'urbanistica ed i servizi pubblici, in cui ha giurisdizione esclusiva.

Il giudice amministrativo può disporre il risarcimento anche mediante il semplice rinvio a dei criteri, sulla base di quali l'amministrazione deve proporre all'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine.

In carenza di un accordo è ammesso il ricorso in ottemperanza, previsto dall'art. 24, 1° co., n. 4 del r.d. 26.6.1924, n. 1054, per richiedere la somma dovuta.

In tale eventualità appare evidente che le spese debbano essere addebitate, in caso di ulteriore omissione o di mancato rispetto delle modalità fissate dal giudice amministrativo, all'amministrazione soccombente.

I diritti patrimoniali consequenziali non sono più riservati alla giurisdizione del giudice ordinario. Questi sono attratti nell'orbita del giudice amministrativo, risparmiando al ricorrente un ulteriore processo.

Rimangono riservate al giudice ordinario le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati individui, salve la capacità di stare in giudizio e la risoluzione dell'incidente di falso, ex art. 35, co. 4, D.L.vo 80/1998..

La giurisprudenza ha precisato i limiti temporali del riparto della giurisdizione.

Nelle materie già devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo la competenza a conoscere il risarcimento del danno è del giudice amministrativo se la domanda è proposta successivamente al 23.4.1998, data di entrata in vigore del D. L.vo 80/1998. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 10.3.1999, n. 307, in Guida Dir., 1999, n. 23, 94.

La quantificazione del danno spetta al ricorrente che non però l'onere di fornire la prova del risarcimento del danno e della sua quantificazione già nel ricorso introduttivo.

Il giudice amministrativo può invitare la parte ad articolare i mezzi istruttori e a fornire documenti, rinviando ad altra udienza.

1.2. Il risarcimento per diniego illegittimo sulla domanda di permesso di costruire.

L'azione è data contro il comune per il solo fatto del ritardo, anche se successivamente il commissario ad acta ha ritualmente provveduto su richiesta di attivare la procedura sostitutiva.

Il danno emerge qualora i ritardi nell'emanazione del provvedimento dipendano da incertezze imputabili al Comune nella definizione dell'istanza, non implicante la risoluzione di particolari questioni di ordine urbanistico ovvero nell'inerzia dell'amministrazione nel conformarsi alla pronunzia giurisdizionale.

Detti elementi confermano la violazione da parte del Comune di un'evidente regola di buona amministrazione, e quindi lo svolgimento di attività provvedimentale contra legem produttiva di danno risarcibile.

La giurisprudenza precedente all'entrata in vigore del t.u. ed. ha dichiarato sussistere la responsabilità del Comune per il danno illegittimamente cagionato per il fatto di averne ritardato la facoltà edificatoria nel periodo intercorrente tra la data di diniego della concessione edilizia e quella di rilascio di quest'ultima da parte del commissario ad acta.

Il danno può essere richiesto sia qualora l'annullamento sia stato pronunciato in sede di autotutela spontanea sia in sede si autotutela contenziosa. L'interesse al risarcimento del danno per l'illegittimo diniego di permesso di costruire è stato dichiarato anche dopo che il provvedimento è stato assentito in via di autotutela dal Comune. T.A.R. Lazio sez. II, 19 ottobre 2002, n. 8909.

Il danno sofferto va quantificato a mezzo di apposita consulenza tecnica, mezzo istruttorio ora pienamente consentito nelle materie di giurisdizione esclusiva, come stabilito dall'art. 7, 3 comma, L. 21 luglio 2000, n. 205. T.A.R. Lazio, sez. II, 14 giugno 2001, n. 5244, in App. Urb. Ed., 2002, 362.

Nel caso di mancato rilascio del permesso di costruire, il giudice amministrativo tiene distinta la responsabilità del responsabile del procedimento da quella degli organi consultivi che supportano col loro parere il provvedimento di rilascio.

Per contro la domanda di risarcimento del danno per illegittimità del diniego di permesso di costruire non è ammissibile nel caso in cui non si abbia la certezza che il provvedimento autorizzatorio debba essere rilasciato né l'esistenza di un siffatto obbligo può essere dichiarata dal g.a., dal momento che la sua giurisdizione esclusiva in materia non si estende al merito amministrativo. Nel caso di specie, poiché il diniego è stato annullato a causa di un difetto di motivazione del parere presupposto, sussiste l'obbligo per le amministrazioni interessate di riesaminare la relativa domanda con salvezza degli ulteriori provvedimenti, di conseguenza non è ancora possibile affermare che la richiesta autorizzazione edilizia debba essere effettivamente rilasciata. T.A.R. Marche, 9 maggio 2002, n. 363, in Foro amm. TAR, 2002, 1591.

1.3. Il risarcimento per il silenzio sulla domanda di permesso di costruire.

La giurisprudenza ha precisato che è inammissibile la richiesta di risarcimento nel caso di ricorso contro il silenzio dell'amministrazione.

Con tale procedura il ricorrente può ottenere solo una pronuncia del giudice sulla illegittimità dell'inerzia della pubblica amministrazione, con conseguente di condanna a provvedere da parte del giudice.

Il sindacato del giudice non può investire in tale rito il merito del provvedimento; va, pertanto, disattesa la domanda di risarcimento del danno.

La controversia verte in tema di sussistenza o meno dell'obbligo della p.a. di pronunciarsi in senso positivo o in senso negativo. T.A.R. Campania, sez. II, Salerno, 12 giugno 2001, n. 870.

La dottrina è favorevole all'indirizzo restrittivo in quanto il giudizio disciplinato dall'art. 21 bis, l. n. 1034 del 1971 è diretto ad accertare se il silenzio violi l'obbligo dell'amministrazione di adottare un provvedimento esplicito sull'istanza del privato e, in caso affermativo, ad imporre all'amministrazione di provvedere sull'istanza entro il termine assegnato nominando, in caso d'inadempienza un commissario ad acta per l'esercizio, in via sostitutiva, della potestà amministrativa appartenente all'organo rimasto inadempiente, non potendo il giudice sostituirsi all'amministrazione e ordinare un provvedimento determinato. Cons. St., A. Pl., 9 gennaio 2002, n. 1.

Il ritardo da parte della p.a. nella definizione delle istanze del privato non comporta, per ciò solo, l'affermazione della responsabilità per danni. Il sistema di tutela degli interessi pretensivi consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato suscettibile di appagare un bene della vita.

La giurisprudenza distingue l'ipotesi in cui l'amministrazione ha rigettato le istanze sia pure con ritardo da quelle in cui il danno dipende da istanze ancora perdurante. L. VALLA, Il giudice amministrativo e il risarcimento del tempo perduto, in Urb. App., 2006, 656.

Essa ritiene che non sia possibile accordare il risarcimento del danno da ritardo della p.a. nel caso in cui i provvedimenti adottati in ritardo risultino di carattere negativo per colui che ha presentato la relativa istanza di rilascio e le statuizioni in essi contenute siano divenute intangibili per la omessa proposizione di una qualunque impugnativa.

Evidentemente il diniego illegittimo annullato dal g.a. comporta la possibilità di risarcimento.

Nel caso di un'istanza di condono edilizio il cui diniego sia stato ritenuto illegittimo ed annullato con sentenza passata in giudicato per la pregressa formazione del silenzio-accoglimento sull'istanza prodotta ex art. 35 l. n. 47 del 1985 e, a seguito della decisione di annullamento, sia stata rilasciata la concessione in sanatoria, la giurisprudenza ha accolto la domanda di risarcimento del danno per lesione del correlato interesse legittimo pretensivo

Detta domanda successivamente avanzata in via pura ed autonoma innanzi al g.a. dal beneficiario del titolo in sanatoria, era finalizzata ad ottenere il ristoro della perdita di utilità conseguente alla mancata utilizzazione dell'immobile sanato, e dei maggiori costi sostenuti per l'ultimazione dello stesso. T.A.R. Puglia Bari, sez. III, 26 luglio 2004, n. 3472

Il g.a. riconosce il risarcimento del danno causato al privato dal comportamento dell'Amministrazione quando sia stata accertata la spettanza al bene della vita, ovvero nelle ipotesi in cui non sia emanato o sia emanato in ritardo un provvedimento vantaggioso per l'interessato

Inoltre, prima dell'entrata in vigore dell'art. 6 bis, L. 80/2005, era necessaria, ai fini della rituale formazione del silenzio-rifiuto, che la presentazione dell'istanza fosse seguita, dopo la scadenza dei termini procedimentali, dalla notifica di apposito atto di diffida, che nel sistema previgente rappresentava la conditio sine qua non per la costituzione delle inadempienze pubblicistiche.

Solo per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 6 bis, L. 80 del 2005, non è vi è più la necessità, ai fini della rituale formazione del silenzio-rifiuto, di notificare l'apposito atto di diffida, dopo la presentazione dell'istanza rimasta senza esito.

La controversia con cui si chiede il risarcimento del danno da ritardo da parte della p.a. nella definizione dei procedimenti di rilascio di titoli autorizzativi edilizi appartiene alla giurisdizione del g.a.

In tale caso, non si è di fronte a comportamenti della p.a. invasivi dei diritti soggettivi del privato in violazione del neminem laedere che la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale ha devoluto alla cognizione del g.o.

Si è, infatti, in presenza della diversa ipotesi del mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo della autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblicistici, aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative. Si tratta di interessi legittimi pretensivi del privato, che ricadono, trattandosi della materia urbanistico-edilizia nella giurisdizione esclusiva del g.a. Cons. St., a. plen., 15 settembre 2005, n. 7, in Foro amm. CDS, 2005, f. 9, 2519.

1.4. Il risarcimento per l’annullamento del permesso di costruire.

I provvedimenti di autotutela sono soggetti al sindacato del giudice amministrativo, al fine di verificare se il richiedente possa pretendere - una volta ottenuto l’annullamento del provvedimento di secondo grado - i relativi danni all’amministrazione comunale.

Nel caso di annullamento di concessione edilizia la giurisprudenza precedente all’entrata in vigore del t.u. ed. ha ritenuto che sussistono i presupposti del danno qualora il preesistente permesso di costruire sia stato illegittimamente annullato.

L'annullamento di un preesistente titolo edilizio in sede di esercizio del potere sostitutivo incide, infatti, su di una situazione giuridica soggettiva qualificabile, a fronte del previo ottenimento del titolo edilizio e del successivo esercizio del potere suddetto, in termini di interesse oppositivo; ai fini della risarcibilità del danno a ciò è connesso altresì l'interesse al bene della vita rinvenibile nell'interesse alla

realizzazione ed al godimento dell'edificio progettato sul terreno di proprietà dei ricorrenti. T.A.R. Liguria, sez. I, 18 marzo 2004, n. 276.

La giurisprudenza ha anche elaborato i seguenti criteri di quantificazione dei maggiori costi sostenuti dal richiedente in virtù del provvedimento di annullamento evidente causa di ritardo nei lavori.

Ai fini della quantificazione del danno derivante dalla ritardata esecuzione di opere edilizie private in conseguenza di una illegittima adozione di provvedimento di annullamento di concessione edilizia vanno utilizzati i seguenti criteri di quantificazione:

a) maggiori costi di progettazione e costruzione del manufatto documentati dai ricorrenti;

b) presunti costi di demolizione, ivi compresi quelli di trasporto e smaltimento dei materiali di risulta, del manufatto stesso;

c) importo dei canoni di locazione non riscossi in virtù della mancata ultimazione del manufatto, da calcolarsi, sulla base dei canoni medi di mercato per immobili delle medesime caratteristiche, a partire dalla data di presunta ultimazione del manufatto sino a quella della sentenza;

d) rivalutazione monetaria delle somme sub a), b) e c) e degli interessi al tasso legale sulle medesime somme via via rivalutate. T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 31 dicembre 2003, n. 2144, in Foro Amm. T.A.R., 2003, 3650.

Processualmente la domanda risarcitoria non è procedibile in carenza di una richiesta preventiva di annullamento dell'atto amministrativo che si intende lesivo, nei termini di decadenza dell’azione. Il risarcimento del danno presuppone l'accertamento da parte del giudice della sussistenza di un evento dannoso, della qualificabilità del danno come ingiusto e della riferibilità dell'evento dannoso alla condotta della p.a. e della imputabilità dell'evento dannoso a dolo o colpa non dell'agente, ma dell'apparato amministrativo. T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 11 dicembre 2002, n. 5109.

A maggior ragione l’azione è data contro un illegittimo annullamento da parte dell'amministrazione comunale del provvedimento rilasciato dal commissario.

La responsabilità della p.a., conseguente all'adozione di un illegittimo annullamento di una concessione edilizia rilasciata dal commissario ad acta, va inserita nel contesto dell'art. 2043 c.c. Cons. St., sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in Riv. Giur. Ed., 2001, I, 900.

1.5. Il risarcimento per l’annullamento del provvedimento di decadenza dal permesso di costruire.

La decadenza per mancato inizio dei lavori paralizza la possibilità di esercitare lo ius aedificandi; l'atto illegittimo dell'amministrazione può comportare al richiedente un danno ingiusto da risarcire.

Secondo la giurisprudenza precedente all'entrata in vigore del t.u. ed. per esserci un danno il provvedimento deve essere illegittimo per motivi sostanziali e non meramente procedurali. Non è configurabile alcuna forma di responsabilità a carico dell'amministrazione che abbia emesso un provvedimento di decadenza da una concessione edilizia riconosciuto illegittimo soltanto per vizi di natura formale - motivazione insufficiente nonché omessa comunicazione dell'avvio del procedimento ai sensi della l. 241 del 1990 - laddove sia pacifica, con l'inerzia del concessionario nel dare inizio alle opere, la fondatezza sostanziale della misura. T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 17 ottobre 2002, n. 1500.

La richiesta è rapportata ad un tempo specifico - dalla data dell'interruzione alla data della possibile esecuzione dei lavori.

Essa è, quindi, teoricamente ipotizzabile anche nel caso in cui gli stessi lavori non siano eseguibili ad un determinato periodo per la successiva entrata in vigore di nuova normazione urbanistica.

Tale nuovo provvedimento ha, infatti, solo l'effetto di limitare nel tempo la richiesta del danno, ma non di escluderla.

La giurisprudenza ha ribadito che permane l'interesse alla decisione della controversia relativa all'istanza di annullamento del diniego della richiesta di inizio dei lavori, della diffida a dare inizio ad opere edilizie e della dichiarazione di decadenza della concessione edilizia anche nel caso in cui prima della realizzazione dell'intervento edificatorio sia intervenuto un nuovo strumento urbanistico che abbia impresso all'area di proprietà del ricorrente la destinazione a verde pubblico, ostativa alla realizzazione dell'intervento.

La questione rileva ai fini risarcitori, previa dimostrazione della sussistenza dei requisiti delineati dall'art. 2043 c.c. T.A.R. Marche, 3 febbraio 2004, n. 11.

La domanda risarcitoria non è fondata nel caso in cui l'amministrazione, a seguito di due accertamenti di tecnici comunali, abbia assunto il provvedimento di decadenza della concessione edilizia per la realizzazione di un complesso di campi da tennis oltre un anno dopo il rilascio del provvedimento ampliativo e la società interessata non abbia intrapreso alcuna iniziativa volta a contestare l'accertamento dell'inerzia come rilevata dagli organi comunali, in merito all'acquisizione dell'area, non abbia avanzato richieste finalizzate alla stipulazione della convenzione per l'assegnazione dell'area né rivolte all'ottenimento di una nuova concessione edilizia.

Il risarcimento del danno presuppone l'accertamento da parte del giudice della sussistenza di un evento dannoso, della qualificabilità del danno come ingiusto e della

riferibilità dell'evento dannoso alla condotta della p.a. e della imputabilità dello stesso a dolo o colpa non dell'agente, ma dell'apparato amministrativo. T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 11 dicembre 2002, n. 5109.

1.6. Il risarcimento per l'annullamento dell'ordine di demolizione.

E' stato riconosciuto il danno derivante dall'annullamento di un ordine di demolizione.

Nel caso di specie il giudice amministrativo ha riconosciuto il danno relativo all'impossibilità di edificazione dalla data di sospensione dei lavori alla data del passaggio in giudicato della sentenza d'annullamento del provvedimento comunale.

Tale danno è evidente e non abbisogna di particolare prova.

In caso d'annullamento giurisdizionale di un ordine di demolizione di una casa per civile abitazione, il danno per il mancato godimento è in re ipsa e la sua entità, in mancanza di altri elementi può essere quantificata in via equitativa tramite il ricorso al procedimento di liquidazione previsto dal art. 35, 2 comma , d.lg. 80/1998. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 12 maggio 1999, n. 617.

Nella fattispecie il giudice amministrativo ha ordinato al Comune di proporre a favore del ricorrente il pagamento di una somma di denaro, indicando tempi e modo di corresponsione, commisurata al valore locativo medio dell'immobile oggetto di processo per il periodo della sospensione dei lavori.

Non sono stati riconosciuti i maggiori costi dedotti dal ricorrente dovuti all'illegittima sospensione dei lavori.

In linea teorica il T.A.R. non ha escluso tale possibilità di risarcimento, ma l'ha subordinata ad una prova dei maggiori oneri da fornirsi con la produzione del contratto e del relativo capitolato d'appalto, con documentazione contabile o fiscale ovvero con l'elencazione dell'eventuale materiale distrutto o deperito per il decorso del tempo durante la sospensione dei lavori.

Il giudice amministrativo non ha riconosciuto i maggiori costi di progettazione richiesti, poiché i progetti di variante approntati dal ricorrente non erano consequenziali al provvedimento di sospensione, ma dipendono da esigenze tecniche obiettive non imputabili all'amministrazione. La giurisdizione è, invece, del giudice ordinario per le richieste avanzate in data antecedente l'entrata in vigore del suddetto d. lg. 80/1998.

1.6.1. Il risarcimento del danno per incompetenza nell'emanazione dei provvedimenti edilizi. Non compete.

Per la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, non può essere messa in dubbio la competenza dei dirigenti rispetto agli atti di gestione e ai provvedimenti

degli Enti locali, per lo meno a seguito delle modifiche apportate dalla L. 191/1998. (Cons. St., Sez. V, 8 marzo 2005, n. 952).

Gli effetti dell'incompetenza dell'autorità che ha adottato atti sanzionatori, quali ad esempio un'ordinanza di demolizione devono esaminarsi alla luce della nuova disciplina della patologia del provvedimento amministrativo introdotta dalla recente legge n. 15/2005, che risulta immediatamente applicabile alle controversie pendenti (T.A.R. Sardegna, Sez. II, 25 marzo 2005, n. 483).

Il primo comma dell'art. 21 octies, L. 241/1990, ribadisce che è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.

Il comma successivo afferma che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Da una lettura combinata del primo e del secondo comma dell'art. 21 octies, L. 241/1990, si desume che quando è accertata l'incompetenza relativa dell'organo adottante il provvedimento deve essere necessariamente annullato, non potendo trovare applicazione la disposizione che ne preclude l'annullamento laddove sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Tale disposizione si riferisce soltanto ai casi in cui il provvedimento sia stato adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma.

Né sembra possibile includere le norme sulla competenza tra le norme sul procedimento amministrativo o tra le norme sulla forma degli atti.

Il legislatore ha inteso confermare la tripartizione dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo, in base alla quale la violazione delle norme sulla competenza configura il vizio di incompetenza, mentre la violazione di norme sul procedimento o sulla forma rientra nell'ambito più generale della violazione di legge.

La scelta legislativa di escludere l'applicazione dell'art. 21 octies, comma 2, prima parte, L. 241/1990, nel caso in cui il provvedimento vincolato sia stato adottato da un'autorità incompetente può destare perplessità nei casi come quello in esame, in cui l'azione di annullamento è strumentale ad una domanda di risarcimento danni.

Qualora l'Amministrazione abbia agito nell'esercizio di un potere vincolato, perché l'ordine di demolizione - qualora si tratti di opere realizzate nelle zone indicate dall'art. 4, comma 2, della L. 47/1985 - deve seguire automaticamente all'accertamento dell'illecito, senza la necessità di una preventiva notifica della diffida a demolire e senza alcun margine per valutazioni discrezionali.

In tal caso il contenuto dispositivo del provvedimento impugnato non può essere diverso anche se sia stato adottato dal competente dirigente.

Non potendosi fare applicazione del secondo comma dell'art. 21 octies, L. 241/1990, l'ordinanza di demolizione deve essere inevitabilmente annullata e, quindi, si deve procedere all'esame della domanda di risarcimento dei danni cagionati dall'esecuzione di tale provvedimento.

La lesione dell'interesse legittimo di per sé non è sufficiente per affermare la risarcibilità del danno derivante dall'esecuzione del provvedimento impugnato.

L'affermazione non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale.

Il risarcimento compete soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento.

La lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima e colpevole della p.a., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo.

La giurisprudenza distingue inoltre tra interessi legittimi oppositivi e pretesivi.

Secondo le Sezioni Unite n. 500/1999 per quanto concerne gli interessi legittimi oppositivi, può ravvisarsi danno ingiusto nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all'illegittimo esercizio del potere.

Circa gli interessi pretensivi, la cui lesione si configura nel caso di illegittimo diniego del richiesto provvedimento o di ingiustificato ritardo nella sua adozione, si deve invece esaminare la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente.

Valutazione che implica un giudizio, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettibile di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva.

Per gli interessi legittimi pretensivi, anche rispetto agli interessi legittimi oppositivi il pregiudizio dell'interesse individuale conseguente all'illegittimo esercizio del potere amministrativo non comporta automaticamente un danno ingiusto.

Il danno può definirsi ingiusto solo in quanto l'interesse al bene risulti in concreto meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento giuridico (T.A.R. Lazio, Sez. I, 17 maggio 2004, n. 4551).

La spettanza del bene della vita non può basarsi soltanto sulla rilevata incompetenza dell'organo che ha adottato il provvedimento avversato, la quale di per sé non consente di accertare se l'interesse del ricorrente risulti in concreto meritevole di tutela. Pur essendo dedotta anche l'incompetenza dell'amministrazione risulta evidente l'infondatezza della domanda di risarcimento dei danni qualora il contenuto dispositivo dell'ordinanza di demolizione non può essere diverso anche se adottata dal competente dirigente. T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, 12 aprile 2005, n. 3780.

1.7. Il risarcimento per il diniego illegittimo sulla domanda di lottizzazione.

La domanda di ristoro del danno subito per diniego sulla domanda di approvazione del progetto di lottizzazione è proponibile solo allorquando l'amministrazione si sia positivamente pronunciata sull'istanza, riconoscendo espressamente la spettanza del bene della vita anelato.

In ossequio al fondamentale principio di non ingerenza degli organi giurisdizionali in valutazioni riservate all'esclusiva valutazione delle pubbliche amministrazioni, deve ritenersi inibito al giudice amministrativo, seppure ai soli fini del giudizio risarcitorio, accertare incidentalmente la spettanza della positiva conclusione del procedimento di approvazione del progetto di lottizzazione. T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 11 marzo 2004, n. 613, Foro Amm. T.A.R., 2004, 835.

La domanda di annullamento di un provvedimento amministrativo lesivo di posizioni giuridiche soggettive dei privati è pregiudiziale rispetto alla domanda risarcitoria; non è permessa al giudice amministrativo una cognizione al solo fine del giudizio risarcitorio della legittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziale.

Da questo deriva che la domanda risarcitoria è ammissibile se l'azione di annullamento è tempestivamente esercitata nel termine legale di decadenza, senza tuttavia imporre la formazione del giudicato sulla decisione costitutiva successiva alla domanda; pertanto è ammissibile la domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi proposta quando ancora non si sia formato il giudicato in ordine alla domanda di annullamento del provvedimento.

1.8. Il risarcimento per l'annullamento di variante a piano di lottizzazione.

La Suprema Corte ha radicalmente mutato l'indirizzo precedente; essa ha sostenuto che l'atto illegittimo della pubblica amministrazione, che sia causa di un danno ingiusto, comporta la possibilità di agire per ottenere il risarcimento del danno, prima ancora che sia stato disposto l'annullamento del provvedimento da parte del giudice amministrativo.

La fattispecie riguarda la richiesta di danno per mancata inclusione in una variante di piano regolatore di una lottizzazione precedentemente convenzionata con la proprietà.

La Corte ha respinto la richiesta di regolamento di giurisdizione fondata sulla mancanza di una preventiva sentenza del giudice amministrativo che accertasse l'illegittimità del provvedimento lesivo.

La sentenza ha grande valore di principio, anche se l'orientamento è

stato modificato a seguito dell'indirizzo che prevede la preventiva pregiudiziale amministrativa.

La Suprema Corte ha affermato che alla presenza di un atto illegittimo della pubblica amministrazione, che sia stato posto in essere con dolo o colpa e che sia stato causa di un danno ingiusto - diretta conseguenza del provvedimento – il suo destinatario ha titolo al risarcimento dei danni. Detto risarcimento compete anche se il ricorrente non è titolare non di un diritto soggettivo, ma di un interesse giuridicamente rilevante diverso dalla mera aspettativa. Ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, essendo la tutela risarcitoria assicurata esclusivamente in relazione all'ingiustizia del danno.

La giurisprudenza ha, inoltre, precisato che tutela risarcitoria ha una funzione sussidiaria rispetto alla tutela giurisdizionale accordata con l'annullamento dell'atto impugnato.

Gli effetti conformativi derivanti dal giudicato di annullamento garantiscono la tutela della posizione di interesse legittimo.

Esso trova tutela risarcitoria solo qualora, a causa del decorso del tempo o di altri motivi, non sia, in tutto o in parte, possibile ottenere gli effetti conformativi dell'annullamento o comunque residuino dei danni. T.A.R. Marche, 20 gennaio 2003, n. 6.

1.8.1. Il risarcimento del danno per lesione interessi soggettivi. La mancata esecuzione da parte del comune di opere di urbanizzazione.

Il comune, ove in privato non abbia chiesto di eseguire direttamente i lavori, deve eseguire le opere nel termine del triennio, ex art. 12, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

La disposizione si riconnette all'art. 14, L. 109/1994.

Detta norma prevede che l'attività di realizzazione dei lavori pubblici di singolo importo superiore a 100.000 euro si svolga sulla base di un programma triennale e di

suoi aggiornamenti annuali che le amministrazioni comunali predispongono ed approvano unitamente all'elenco dei lavori da realizzare nell'anno stesso.

Il programma triennale indica le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli interventi in esso previsti.

La giurisprudenza ritiene legittime anche le opere non contenute nel programma triennale.

In tal caso le opere pubbliche, non inserite nel programma triennale, possono essere realizzate sulla base di un autonomo piano finanziario che non utilizzi risorse già previste tra i mezzi finanziari dell'amministrazione al momento della formazione dell'elenco.

Il mancato inserimento dell'opera non implica l'illegittimità della sua esecuzione quando essa sia finanziata con fondi diversi da quelli previsti in sede di redazione del programma medesimo. (T.A.R. Toscana, sez. III, 16 aprile 2004, n. 1162, in Foro amm. TAR, 2004, 1017,2088 nota GRASSI).

Il privato che abbia corrisposto degli oneri di urbanizzazione e sia in attesa di vedere realizzate le opere di urbanizzazione da parte del comune può verificare se la loro imminente realizzazione sia prevista nel programma triennale approvato dall'amministrazione o nei suoi aggiornamenti.

La giurisprudenza ammette la domanda di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. da comportamento della p.a. consistente nella mancata esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria relative ad alloggi costruiti dal privato in virtù permesso di costruire rilasciatogli.

La richiesta di risarcimento dei danni trae origine dal fatto che il comune non ha provveduto al completamento delle opere di urbanizzazione primaria relative agli alloggi costruiti in virtù dei provvedimenti ottenuti; opere per le quali è stato versato il relativo contributo.

La controversia in tal caso non ha per oggetto l'illegittimità di un atto o di un provvedimento della pubblica amministrazione, ma solo la asserita illegittimità di un suo comportamento - la mancata esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria cui si è innanzi fatto cenno - che ha sostenuto essere foriero di un suo danno ingiusto.

Per determinare la giurisdizione nel caso di specie bisogna rifarsi alle determinazioni della Corte Costituzionale.

Essa ha precisato che nel disegno voluto dal costituente, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo non può mai avvenire per il solo fatto che parte in causa sia la p. a., ma deve essere effettuato sulla base della concreta situazione giuridica dedotta in giudizio, distinguendo fra diritto soggettivo ed interesse legittimo.

Nel determinare quali siano le particolari materie che, ai sensi dell'art. 103 cost., possono essere devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il legislatore non gode di discrezionalità illimitata, ma è tenuto a rispettare il principio secondo cui le materie di giurisdizione esclusiva debbono essere sempre individuate in base: a) al fatto che in esse la p.a. agisca attraverso l'esercizio di poteri autoritativi; b) al fatto che esse coinvolgano comunque (anche) interessi legittimi.

La Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 103 cost., l'art. 33, comma 1, D.LG. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 lett. a), L. 205 del 2000, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli" anziché "le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla p.a. o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. 241 del 1990, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore. (Corte cost., 6.7.2004, n. 204, DG, 2004, f. 29, 16 nota Rossetti; Medici. De Roberto A., La giustizia amministrativa oggi, in Cons. St., 2004, II, 685).

Il D.LG. 31 marzo 1998, n. 80, non è applicabile nel caso di specie per effetto della sentenza della Corte Cost. n. 281 del 2004.

Sussiste, invece, la giurisdizione del giudice ordinario, al quale spetta, in linea di principio, la competenza giurisdizionale a conoscere di questioni di diritto soggettivo, tale essendo la natura della pretesa risarcitoria, che è distinta dalla posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonte di danno ingiusto.

Essa può avere natura di diritto soggettivo, di interesse legittimo, nelle sue varie configurazioni, correlate alle diverse forme di protezione, o di interesse comunque rilevante per l'ordinamento. (Cass. Civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2206).

La controversia non ha origine nei provvedimenti autorizzatori edilizi né rientra quindi nella materia delle urbanizzazioni, è sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale l'azione di risarcimento del danno, di cui all'art. 2043, c. c., deve essere proposta davanti al giudice ordinario, al quale spetta, in linea di principio, la competenza giurisdizionale a conoscere di questioni di diritto soggettivo. (Cass. Civ., sez. un., 25 novembre 1998, n. 11934, in Giust. civ. Mass., 1998, 2448).

Diversamente la giurisprudenza ha ritenuto che il rilascio del permesso di costrire non obbliga il comune nei confronti del privato, che ha versato il relativo contributo, nè ad eseguire le opere di urbanizzazione primaria nè a prevederne l'attuazione.

Il privato, titolare del permesso non vanta una posizione soggettiva tutelabile ma è destinatario di un mero interesse di fatto, il cui mancato soddisfacimento non può costituire fonte di danno risarcibile. Cass. Civ., sez. III, 22 dicembre 2004, n. 23816, in Riv. corte conti, 2004, f. 6, 219.

Riforma dei servizi pubblici locali e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

di Italo Franco

(Consigliere del TAR Veneto)

***

Sommario: 1- Approccio all'argomento. 2- Estensione e limiti della giurisdizione sui servizi pubblici in generale, per tipo di controversia. 3- L'estensione della nuova giurisdizione esclusiva: i singoli servizi pubblici. 3-bis- Estensione della giurisdizione esclusiva, con riguardo ai contratti pubblici. 3-ter- L'arbitrato. 4- Affidamento di lavori, servizi o forniture con procedure a evidenza pubblica. 5.1- La riforma dei servizi pubblici locali. 5.2- Servizi pubblici locali di rilevanza industriale (art. 113 del T.U.E.L.). 5.3- Servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale (art. 113-bis). 5.4- La giurisdizione sul contenzioso in materia di servizi pubblici locali.

1- Approccio all'argomento.

La riforma dei servizi pubblici locali disposta con l'art. 35 della legge 28 dicembre 2001 n. 448 mediante l'introduzione di incisive modifiche al T.U.E.L. approvato con D. Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 appare ictu oculi di notevole rilievo (poiché, sulla spinta di direttive comunitarie emanate in tale rilevante settore, viene reimpostata l'intera materia su basi in gran parte nuove), e tuttavia inutilmente farraginosa e ambigua, dal momento che si vuole realizzare la riforma esclusivamente dal lato dei soggetti gestori, trascurandosi del tutto –ci sembra- la prospettiva del cittadino-utente. La nuova disciplina è densa di implicazioni, non sempre chiare, sul piano di diritto sostanziale; ma ci sembra che la stessa presenti interessanti risvolti anche in tema di giurisdizione, in particolare per quanto attiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo –che nella materia dei servizi pubblici in generale appartiene a tale giudice in forza del disposto dell'art. 33 del D.Lgs. n 80/98, nel testo modificato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000 n. 205- e al riparto di giurisdizione rispetto al G.O. La linea di demarcazione fra le due giurisdizioni, invero, non appare ben delineata (nemmeno, del resto, nell'ambito dei servizi pubblici in generale), e

all'argomento occorre dedicare un po' di attenzione (cosa che faremo nel prosieguo della trattazione).

Per tratteggiare l'assetto della giurisdizione esclusiva del G.A., sui servizi pubblici locali, con l'illustrazione anche degli aspetti che rimangono inesplicati o problematici, conviene adottare un approccio operante, all'incirca, su tre versanti. In primo luogo, invero, conviene tratteggiare la giurisdizione esclusiva del G.A. sui pubblici servizi in generale, quale risultante dalle norme appena richiamate, gettando uno sguardo anche alle possibilità di risoluzione delle liti, in via alternativa alla giustizia ufficiale, mediante arbitrato. In secondo luogo, sarà opportuno accennare all'estensione e delimitazione della g. e. rispetto alla giurisdizione del giudice ordinario, con particolare riguardo ai contratti pubblici. In terzo luogo occorre tratteggiare, sia pure per sommi capi, la riforma dei s.p.l. onde comprenderne meglio le implicazioni sul piano giurisdizionale, per tornare poi su quest'ultimo tema, al fine di trarre le opportune conclusioni.

2- Estensione e limiti della giurisdizione sui servizi pubblici in generale, per tipo di controversia.

Conviene, per iniziare, riportare integralmente la norma posta con il menzionato art. 33, precisando –per quanto la cosa non incida sulla sostanza del discorso- che, nella transizione dal decreto n. 80/98 alla legge n. 205 del 2000, qualcosa è cambiato circa l'individuazione delle singole materie, tanto che il contenuto sub lettera e), nella precedente versione, figurava sub f) (delle modifiche si terrà conto di seguito, affrontando i singoli argomenti). La lettera dei primi due commi dell'art. 33 è la seguente:

"33. 1. **Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481 (*) (**).**

2. Tali controversie sono, in particolare, quelle:

a) concernenti la istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, ivi comprese le aziende speciali, le istituzioni o le società di capitali anche di trasformazione urbana;

b) tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi;

c) in materia di vigilanza e di controllo nei confronti di gestori dei pubblici servizi;

d**) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale**;

e) **riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi**, ivi comprese quelle rese nell'àmbito del Servizio sanitario nazionale e della pubblica istruzione, ***con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o a cose e delle controversie in materia di invalidità***" (*).

(*) Articolo così sostituito dall'art. 7, L. 21 luglio 2000, n. 205. Con riferimento al precedente testo la Corte costituzionale, con sentenza 11-17 luglio 2000, n. 292 (G.U. 19 luglio 2000, n. 30 - Serie speciale) aveva dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale del primo comma, nella parte in cui istituiva una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali conseguenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno. Con la medesima sentenza la Corte aveva inoltre dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 2 e 3 del presente articolo.

(**) La Corte costituzionale, con sentenza 11-17 luglio 2000, n. 292 (Gazz. Uff. 19 luglio 2000, n. 30, serie speciale), ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1, sollevate in riferimento agli articoli. 76 e 77, primo comma della Costituzione; ha dichiarato inoltre la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale degli artt. 34 e 35, sollevata in riferimento agli articoli 3, 103 e 113 della Costituzione.

Orbene, deve dirsi che non solo l'elencazione appena riportata, ma finanche la disposizione-guida di cui al primo comma suscitano non poche perplessità, sotto il profilo contenutistico oltre che sistematico. In effetti, è difficile sottrarsi all'impressione che il passo che ha voluto, in principio, intraprendere il legislatore, venga di fatto sminuito e ridimensionato dalla preoccupazione di esso legislatore di delimitare su diversi piani e linee di confine la nuova giurisdizione, quasi fosse spaventato dall'imponenza numerica e dal tipo di controversie che andava ad attribuire al G.A., di cui, in fondo, sembra volersi salvaguardare il tipo e la qualità della giurisdizione. Ed invero, in parte le precisazioni normative appaiono superflue perché inerenti a liti che, pressoché naturaliter, apparterrebbero comunque alla giurisdizione amministrativa; in parte valgono a sottolineare la preoccupazione di non inserire nel contenzioso oggetto della giurisdizione appena devoluta liti, per così dire, "di massa" quali le controversie individuali di utenza, ecc.

In secondo luogo, dal momento che non si comprende come possano farsi rientrare nella "materia dei pubblici servizi" sub-materie come la vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, (peraltro frutto di una variazione rispetto alla versione originaria dell'art. 33, ove sembrava che anche i servizi relativi alle attività creditizia e assicurativa, in quanto tali, fossero interessati dalle modifiche legislative), le puntualizzazioni della norma circa l'espressa inclusione delle liti relative possono intendersi come l'intenzione di prevenire possibili conflitti di giurisdizione, dal momento che, né possono sicuramente includersi nella materia dei servizi pubblici l'attività creditizia, assicurativa e di intermediazione mobiliare (svolte, oltretutto, da soggetti con veste giuridica di privati), né l'attività di vigilanza e controllo su di esse può qualificarsi come un pubblico servizio (se non con qualche forzatura). Ed invero, non sembra dubitabile che, pur trattandosi di attività economiche svolte da privati (ma, va sottolineato, sulla scorta di un regime autorizzatorio a cura degli organi pubblici preposti dalle discipline di settore), le eventuali liti che potessero insorgere fra soggetto controllato e organo di controllo debbono ritenersi appartenere alla giurisdizione del G.A., siccome inerenti al potere di vigilanza e controllo, che si esplica, appunto, in forme pubblicistiche o latamente autoritative. E allora la previsione normativa –ribadita, sul piano generale, subito dopo nella lettera c) del comma secondo- vale, qui, specialmente per la precisazione che si tratta di giurisdizione esclusiva (o piena), e non di sola legittimità.

Del pari, non pare potersi dubitare che le controversie concernenti l'istituzione, modificazione o estensione dei soggetti gestori di pubblici servizi (comprese le società di capitali) –di cui alla lettera a)- possono attrarsi solo per estensione in detta materia dei pubblici servizi, in ogni caso dovendo ritenersi attribuite alla giurisdizione del G.A. anche senza un'esplicita previsione (a parte, anche qui, la precisazione che la giurisdizione è divenuta esclusiva, o piena). Quanto alla previsione sub b), per giunta, parrebbe sostenibile l'assunto che, anche in assenza della stessa, simili controversie rientrino nella giurisdizione esclusiva del G.A., sul presupposto che necessariamente, nel caso, deve preesistere un accordo fra tali soggetti, in forza di una norma di portata generale quale l'art. 11 della L. 241 del 1990 (attinente ad accordi e convenzioni fra e con organi della p.a.), come si vedrà di qui a poco. Invece, non pare giustificabile la previsione di cui alla lettera d), e non solo perché reiterativa di altra disposizione, ampliativa della nuova giurisdizione esclusiva, con l'aggiunta, ai servizi pubblici, edilizia e urbanistica, dell'intera materia degli appalti pubblici (infra, par. 6). Infatti –a parte la considerazione che incongruamente ivi si parla di appalti, oltre che di servizi, anche di lavori e forniture (il che appare oggettivamente in contrasto con la previsione –nello stesso art. 33, co.1 del D.Lgs. n. 80 del 1998- di una nuova giurisdizione esclusiva limitatamente alla materia dei servizi pubblici), sta di fatto che la statuizione circa la spettanza al G.A. in sede di giurisdizione esclusiva delle controversie relative alla materia (per tutti gli

appalti pubblici) figura tal quale nell'art. 6 della medesima legge 205[1]. Alla luce di quest'ultima novella legislativa, dunque, la previsione della lettera e) si pone all'incirca come un "doppione" (con effetti, al più, rafforzativi).

Infine, le previsioni di cui alla lettera e) mostrano, con qualche ambiguità, che – quanto alle liti attinenti in senso stretto alla prestazione del servizio e alle relative regole- l'intento devolutivo concerne non (tutte) le controversie potenziali fra utenti e gestori dei servizi pubblici, bensì quelle concernenti forme di esercizio di potere pubblico o di competenze pubbliche. Ma -tenuto conto dei vari modi in cui può manifestarsi il "momento pubblicistico" nei rapporti fra organi della p.a. e cittadini, e ricordato come l'esplicazione di competenze, appunto, di natura pubblicistica, possa avvenire sia mediante l'emissione di un provvedimento, di tipo concessorio[2] o autorizzatorio, sia attraverso forme di silenzio- assenso o il perfezionarsi di fattispecie relative alla così detta denuncia legittimante, o denuncia di inizio attività, ex art. 19 della legge n. 241/90 (genericamente, atto di assenso, esplicito o implicito), ovvero anche mediante l'esplicazione di poteri di vigilanza e/o controllo[3]-, a conti fatti il singolo utente ben poche volte potrebbe trovarsi coinvolto in controversie siffatte (che investano, cioè, le regole dettate in via pubblicistica per lo svolgimento del servizio). Di conseguenza, le contestazioni mosse dal singolo destinatario delle prestazioni in cui consiste il pubblico servizio dovrebbero, dunque, continuare ad appartenere, in massima parte, al G.O.

Secondo un'altra linea interpretativa si potrebbe sostenere anche che –ove mai in contratti singoli di utenza fosse ravvisabile una fase di evidenza pubblica, che precede la stipulazione del contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi pubblici, a somiglianza di quanto accade nel settore degli appalti, presi in considerazione dalla successiva lettera d) ovvero dei contratti pubblici, su cui ci si soffermerà più avanti- il legislatore abbia inteso distinguere le controversie ad essa correlate dalle altre. In tal modo, mentre le controversie che si innestano su tale fase verrebbero attratte nell'orbita della nuova giurisdizione esclusiva del G.A. (laddove prima si trattava di giurisdizione di sola legittimità), quelle attinenti a vertenze di ordine contrattuale o extracontrattuale, in ordine specialmente all'esecuzione del contratto stipulato al termine di detta fase, rimarrebbero affidate alla giurisdizione del G.O. (tesi che viene tenuta ferma da taluni autori[4] anche in relazione alle concessioni e alle convenzioni inerenti –c.d. concessioni-contratto-, le controversie relative alle quali figurano, peraltro, attribuite alla giurisdizione esclusiva del G.A. fin dall'art. 7 della legge n. 1034 del 1971. Per maggiori accenni sul punto, cfr. par. successivo).

[Del resto, deve dirsi che tutto questo non appare esplicito nella disposizione in esame, dove, in realtà, sembra presa in considerazione la situazione di quei soggetti (utenti) che hanno stipulato un contratto con il concessionario o gestore, inerente alla prestazione del servizio nei suoi confronti, singulatim -ad es., l'erogazione o fornitura di acqua o energia elettrica per uso domestico, o di trasporto, ecc.- che si innesta (ed anzi lo presuppone) su un –diverso- accordo concluso dall'ente pubblico con un soggetto affidatario del servizio (contratto di servizio tra p.a. e soggetto gestore). Pare, tuttavia, che una simile conclusione debba ricavarsi, indirettamente, da varie altre disposizioni più o meno criptiche, fra cui, ad es., l'art. 6.1, e la lettera d) dell'art. 33.2].

Per quanto concerne, invece, le controversie cui si riferisce la lettera b), cui si è già accennato brevemente retro, se il riferimento normativo è alle liti che possono insorgere tra le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi, comunque denominati e a tutte le contestazioni che possono trarre origine o causa dalle determinazioni della p.a. concernenti l'istituzione, modificazione o estinzione dei soggetti gestori, di cui alla lettera a) che precede (come parrebbe preferibile, a una lettura più meditata), la specificazione normativa appare, quale corollario della precedente lettera a), affatto condivisibile.

Se, al contrario, il riferimento fosse alle liti e contestazioni inerenti al conseguente contratto o disciplinare, o capitolato, ecc., inerente alla concessione o appalto, la finalità della disposizione (da leggere, in tale ipotesi, come attributiva al G.A. della giurisdizione anche delle liti inerenti all'esecuzione del contratto), si può dire trattarsi di una norma chiarificatrice, nel senso di prevenire possibili conflitti di giurisdizione. Ciò vale, infatti, caso mai si ritenesse che la previsione generale di cui all'art. 11 della L. 241 (attributiva alla giurisdizione esclusiva del G.A. di tutte le vertenze in tema di accordi e convenzioni tra p.a., ivi comprese quelle inerenti all'interpretazione ed esecuzione degli stessi) non bastasse per giustificare la devoluzione al G.A. anche di dette controversie.

Invece, a nostro modo di vedere non sembra che possano sussistere dubbi circa l'inclusione nella giurisdizione in discorso delle controversie eventualmente insorgenti in relazione ai c.d. "contratti di servizio pubblico", di cui parla l'art. 4.4 della legge n. 59/97, da riguardare quale contratto a oggetto pubblico. (Si tratta di contratti stipulati dalle regioni ed enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze i quali, sulla scia delle direttive comunitarie, sono destinati a regolare i rapporti fra dette p.a. e il soggetto gestore di un servizio pubblico sotto qualsiasi forma – concessione; appalto; mediante costituzione di società a capitale misto, o consorzio, o una delle altre forme già previste dall'art. 22 della legge n. 142/90- in ordine agli aspetti finanziari, al controllo dell'osservanza delle condizioni e modalità di espletamento del servizio, eccetera, in particolare con riguardo ai trasporti di interesse regionale e locale. Peraltro, per una più puntuale previsione al riguardo vedasi, ora, il novellato art. 113, comma 11 del T.U.E.L. di cui al D.Lgs. n. 267/2000, nel testo

sostituito dall'art. 35 della menzionata L. n. 448/2001, su cui infra). Al fine di indicare criteri atti a fissare meglio la linea di demarcazione fra giurisdizioni dei giudici amministrativo e ordinario, verosimilmente, indicativa del senso globale del nuovo criterio di ripartizione (nella materia dei pubblici servizi) può apparire l'individuazione delle azioni instaurate -a fronte di manifestazioni di esercizio del potere, come sopra sottolineato-, ad es., da associazioni o comitati che si fanno portatori di interessi collettivi o diffusi -come quelli dei consumatori o degli utenti di specifici servizi o di categorie degli stessi (ad es. i servizi finanziari di intermediazione mobiliare e del credito)- onde contrastare decisioni dell'organo pubblico competente o del concessionario (se ne ha il potere) riguardanti la fissazioni di prezzi e tariffe, nonché delle condizioni, modalità, aspetti quali- quantitativi di espletamento del servizio, e simili. Controversie del genere rientrerebbero certamente nella giurisdizione del g.a., alla stregua dell'interpretazione proposta. Per contro, le contestazioni –inerenti alla qualità del servizio, ovvero a inadempimenti contrattuali, o a responsabilità per lesioni inferte per effetto della cattiva o mancata prestazione del servizio, e simili (c.d. faute de service)- mosse da singoli utenti ed aventi contenuto risarcitorio o reintegrativo, ma con riferimento a contratti individuali o a specifiche obbligazioni sorte da illeciti extracontrattuali (danno alla persona o alle cose; invalidità civile, ecc.) apparterrebbero al G.O.

Orbene, se questo è uno schema che pare corrispondere al disposto legislativo, sembra potersi confermare le conclusioni poco addietro raggiunte, nel senso che, da un lato, il giudice amministrativo è, in tal modo, liberato da liti e contestazioni minute, e dall'altro che il medesimo giudice sembra vedere in certa misura ridimensionato il timore di essere letteralmente sommerso da una valanga di cause "di massa" (in tal modo la sua giurisdizione, pur significativamente estesa e potenziata, conserverebbe i caratteri di sindacato sull'esercizio del potere pubblico, che le è connaturale). Da ciò consegue che le azioni miranti al risarcimento -o, prima ancora, ovvero alternativamente o congiuntamente, alla reintegrazione in forma specifica- investirebbero non tanto i singoli rapporti (contrattuali o paracontrattuali) di utenza, quanto le relazioni, più ampie e presupposte, intercorrenti fra amministrazione concedente e soggetto concessionario, fra associazioni di consumatori e soggetti gestori di servizi pubblici, e così via, inerenti, in buona sostanza, a una sorta di contratto-quadro.

D'altronde, non si sfugge al timore che potranno aprirsi dispute sulla giurisdizione, troppo labile apparendo il confine tracciato[5]. O forse, come prospetta qualcuno, data anche la vastità della giurisdizione esclusiva potenziata[6], le innovazioni normative di cui stiamo discorrendo apriranno la strada, a questo punto, ad una inevitabile (fatale?) trasformazione di tutta intera la giurisdizione del g.a. in giurisdizione esclusiva, senza che si possa più disquisire, sia pure con costruzioni

spesso eleganti e raffinate, su cosa appartenga alla cognizione di un giudice e cosa, invece, riguardi la giurisdizione di un altro?

In un certo senso, paradigmatico del criterio di ripartizione della giurisdizione che sopra abbiamo affacciato in via ipotetica, può apparire il criterio che sembra implicitamente adottato dalla sopravvenuta (al D.Lgs. n. 80 del 1998) legge 30 luglio 1998 n. 281 ("Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti"). Secondo questa legge, le associazioni di consumatori e di utenti aventi certi requisiti, fissati nell'art. 5 della legge medesima (art. 3), "sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi...".

Infatti tale giudice, nell'ottica qui adottata, non potrebbe che essere il G.A., alla stregua delle conclusioni or ora raggiunte. La legge, invero, non specifica quale sia il giudice competente, con la conseguenza che spetterà alla giurisprudenza fissare i criteri di ripartizione fra i giudici ordinario e amministrativo di questo ulteriore tipo di controversia. Sembra, tuttavia, in tutto coerente con il sistema introdotto dagli art. 33-35 del D.Lgs. n. 80/98 (e con le considerazioni or ora fatte) ipotizzare che, ove la controversia instaurata contro il soggetto gestore di servizi pubblici da un'associazione di utenti, riguardi le condizioni secondo le quali viene reso agli utenti o consumatori (non necessariamente individuati singulatim) il servizio pubblico o la qualità del medesimo, e simili, questa debba essere instaurata davanti al giudice amministrativo siccome rientrante in quelle elencate dall'art. 33. Viceversa, le azioni -cui pure fa cenno l'art. 3, al comma 7- instaurate da singoli consumatori o utenti (che non possono non riguardare il contratto individuale) andrebbero, alla stregua del menzionato criterio, incardinate davanti al giudice ordinario.

3- L'estensione della nuova giurisdizione esclusiva: i singoli servizi pubblici.E' stato osservato che non è mai esistita una "materia" afferente ai pubblici servizi in senso giuridico, e che, semmai, la stessa è stata configurata, come pura creazione legislativa (tuttavia, sulla base di precedenti emergenze normative, sia pure non univoche, e di spunti offerti dalla giurisprudenza) dalle norme di cui stiamo discorrendo. Il legislatore, d'altronde, sembra contare sull'opera interpretativa e applicativa della giurisprudenza, affidando al giudice amministrativo il compito – come pure si è rilevato- di individuare i tipi e gli specifici servizi interessati dalla riforma, concorrendo in tal modo a determinare l'ambito della materia, fissando linee di confine più precise. Al tempo stesso (come pure già osservato), la norma (art. 33.1 citato), nel riferirsi a detta materia, riporta una serie di indicazioni ed anzi una sorta di nomenclatura attinente, verosimilmente, a quelle attività in merito alle quali lo stesso legislatore era portato a ipotizzare il sorgere di dubbi circa la possibilità di ascriverle, o meno, alla materia medesima. Parla, così, di "materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995 n. 481".

Come si è visto, dette indicazioni, certamente soltanto esemplificative di una vasta e altrimenti indefinita materia, a tutta prima sembrano indurre qualche perplessità, circa l'ascrizione alla materia dei servizi pubblici di talune delle attività indicate: si è già osservato, ad es., che solo con una forzatura la vigilanza sulle attività creditizia, assicurative e di intermediazione mobiliare può considerarsi servizio pubblico. Prima di svolgere qualche ulteriore considerazione al riguardo, osserviamo che, probabilmente, ha giocato, nel ricomprendere una simile attività fra i servizi pubblici, l'ottica comunitaria, vale a dire la concezione che dei servizi di rilevanza pubblica ha elaborato l'UE in relazione al settore degli appalti pubblici: l'area interessata dai servizi nel settore degli appalti che rientrano nella normativa comunitaria (e ormai, sulla scia di questa e delle norme nazionali di recepimento, anche di quelli che, in ragione dell'importo, inferiore alla soglia comunitaria, sarebbero tuttora regolati dalla sola disciplina nazionale) è, invero, molto vasta.

Gli appalti di servizi nel senso comunitario hanno decisamente influenzato la normativa interna e la stessa sistematica del diritto amministrativo, con inevitabile fuoriuscita dal mero settore della disciplina degli appalti pubblici. Le modifiche, fra l'altro, attengono ai soggetti, in particolare i destinatari (o fruitori) del servizio. Ed invero questi, se, in un'ottica normativa nazionale, potevano essere, in passato, esclusivamente soggetti pubblici (nel senso, cioè, che i servizi oggetto dell'appalto sarebbero quelli resi dall'impresa appaltatrice all'ente pubblico appaltante per il suo funzionamento, come avviene, ad es., per i servizi di manutenzione o pulizia degli edifici pubblici), ora in detta area vengono inclusi anche gli utenti di un pubblico servizio[7], fruitori del servizio approntato dai comuni o da organismi all'uopo predisposti o incaricati.

In quest'ultimo caso in passato, ordinariamente, all'erogazione dei medesimi servizi pubblici la p.a. competente provvedeva o direttamente ovvero attraverso un soggetto privato, cui veniva rilasciata un'apposita concessione, che lo investiva di appositi poteri pubblicistici (i rapporti successivi erano, poi, regolati da un contratto che accedeva alla concessione). Ora, il diritto comunitario, con la sua visione delle cose – che non fa sostanziali distinzioni fra appalti e concessioni, e che è indifferente al quesito di chi siano i soggetti destinatari del servizio (enti pubblici o i cittadini-utenti) ha indotto sostanziali modifiche, anche se la legislazione fatica ad uniformarsi a detta concezione la quale, se indubbiamente è più pragmatica, certamente è concettualmente più sommaria e induce a tralasciare costruzioni concettuali solide e basate su istituti giuridici collaudati, dai contorni netti e dai contenuti univoci. Fatti questi rapidi accenni all'accezione comunitaria dei servizi a rilevanza pubblica, viene da rilevare un ulteriore errore sistematico (non si saprebbe dire quanto legato alla

visione del diritto indotta dal diritto comunitario) in cui sembra cadere il legislatore, nel classificare fra i servizi pubblici classiche attività amministrative quali quelle di vigilanza o controllo che, ordinariamente, non si rivolgono ai cittadini-utenti di prestazioni rese (il più delle volte) in regime contrattuale, bensì consistono in attività di organi pubblici, investiti di determinati poteri (in specie di controllo o sanzionatori), nei riguardi di altri soggetti –pubblici o privati-, nell'ambito dell'attività amministrativa di controllo (che una ben nota partizione dell'attività propriamente amministrativa, contrappone all'amministrazio-ne attiva e a quella consultiva).

Qualche breve osservazione va fatta in relazione all'attività creditizia e di intermediazione finanziaria, dal testo originario dell'art. 33.1 incluse senz'altro nella materia dei servizi pubblici. Tutto sommato tale assimilazione suscitava minori perplessità, essendo penetrata nel senso comune da maggiore tempo l'idea che si tratti di attività a rilevanza pubblica. Che, ad es., il credito costituisca un servizio a rilevanza pubblica, poteva già desumersi dalla legislazione di settore, inerente, appunto, all'attività creditizia. Ora, poi, è subentrata la legge 14 novembre 1995 n. 481, che include fra i servizi di pubblica utilità l'esercizio del credito, ed istituisce le autorità di regolazione di detti servizi di pubblica utilità (tuttavia non per l'attività creditizia, ma per le telecomunicazioni da un lato e per l'energia elettrica ed il gas dall'altro). Allo stesso modo poteva apparire non incoerente l'inserimento anche dell'attività di intermediazione mobiliare nella materia dei pubblici servizi. Si deve presumere che si tratti dell'attività di intermediazione nella compravendita dei titoli mobiliari e prodotti finanziari, attività propria delle c.d. SIM (società di intermediazione mobiliare), di cui alla legge n. 1/92. Come si vede, in entrambi i casi si tratta di soggetti privati: sia gli enti creditizi (ormai tutti trasformati in S.p.A. con relative fondazioni), sia, a maggior ragione, le SIM, sono soggetti di natura privatistica (in quest'ultimo caso può trattarsi anche di persone fisiche). Si è visto, d'altra parte, che il legislatore della legge 205 del 2000 è andato di diverso avviso, modificando il testo del primo comma dell'art. 33 nel senso di far rientrare nella materia dei pubblici servizi solamente l'attività di vigilanza e di controllo su tali settori (del che già si è detto).

E' preferibile lasciare, ora, il discorso inerente all'individuazione degli ulteriori servizi a rilevanza pubblica inclusi nella giurisdizione piena ex art. 33-35 del D.Lgs. n. 80/98, non solo perché i rimanenti e più tradizionali servizi pubblici non dovrebbero presentare problemi al riguardo, ma anche perché, nei casi dubbi, sarà (dovrà essere) il giudice a dire la sua parola a formare una giurisprudenza.

3-bis- Estensione della giurisdizione esclusiva, con riguardo ai contratti pubblici.

E' giunto, ora, il momento –dopo avere illustrato il contenuto della nuova giurisdizione esclusiva ex D. Lgs. n. 80/98, così come modificato dalla legge n. 205 del 2000- di approfondire l'argomento, onde comprendere meglio la portata effettiva

e l'estensione della giurisdizione esclusiva in generale (i.e. per tutte le materie le controversie relative alle quali in essa rientrano), e, più da vicino, in relazione ai contratti della P.A., in particolare nella materia dei servizi e degli appalti pubblici.

Con riferimento alla giurisdizione esclusiva in generale, deve dirsi che, prima della recente riforma –che ha concentrato presso il G.A., sottraendola al G.O., la cognizione delle controversie di tipo reintegratorio (risarcimento del danno e reintegrazione in forma specifica)- la medesima g.e., pur comportando l'estensione, oltre all'azione di annullamento, (propria del giudizio ordinario di legittimità), anche all'azione di accertamento e a quella di condanna, era pur sempre limitata (come si è spiegato nell'apposito capitolo). Infatti, ogni questione riguardante vertenze a contenuto risarcitorio, ovvero attinente ai c.d. diritti patrimoniali conseguenziali, doveva di necessità essere portata davanti al G.O. (stante il vecchio sistema). La stessa poteva dirsi abbracciare l'intera gamma di controversie solamente nelle ipotesi in cui non si potesse ipotizzare alcuna questione inerente alla reintegrazione patrimoniale, oppure dove la reintegrazione in forma specifica si realizzasse in una con la rimozione dal mondo del diritto (mediante l'annullamento giudiziale) del provvedimento, allo stesso modo di quanto avviene nel giudizio ordinario di legittimità, in specie in relazione ai provvedimenti ablatori cui corrispondono interessi legittimi di tipo oppositivo. Negli altri casi –a parte, tuttavia, la materia del rapporto di pubblico impiego, dove certamente la giurisdizione (ora per la gran parte traslata nella competenza del giudice del lavoro) era completa, coprendo nella sostanza anche fattispecie sostanzialmente di tipo reintegratorio- la giurisdizione esclusiva era pur sempre incompleta, e tale completezza si può dire raggiunta soltanto con la concentrazione presso il G.A. della cognizione sulle controversie di tipo risarcitorio (prima con il D.Lgs. n. 80/98 e poi con la legge n. 205 del 2000). D'altra parte, deve dirsi che le cose stanno tuttora in modo sensibilmente diverso per quanto concerne i contratti pubblici (o della P.A.), come si è già accennato, e finanche per la giurisdizione esclusiva in tema di concessioni, sancita fin dalla legge n. 1034 del 1971 (art. 7).

Se, infatti, pare doversi ritenere –secondo un discorso già abbozzato retro- che nei procedimenti a evidenza pubblica destinati a sfociare nella stipulazione di un contratto (che qui definiamo contratto pubblico, senza ulteriori approfondimenti sul punto), come specialmente nei procedimenti di gara, la giurisdizione sulle controversie che possono insorgere con enti e amministrazioni pubblici appartiene al G.A. solo ove queste siano inerenti alla fase, appunto, di evidenza pubblica (vale a dire, al procedimento amministrativo diretto a sfociare nella formazione e manifestazione di volontà negoziale della p.a.), laddove quelle che nascono dal contratto stipulato su tale base (in specie inerenti all'esecuzione ed anche all'interpretazione del contratto)[8] appartengono al G.O., allora non può certamente parlarsi di giurisdizione completa.

Persino in materia di concessioni (come si accennava), la g.e. sancita nella legge del 1971 (così come interpretata da buona parte della dottrina e dello stesso G.A.) non significava affatto che detta giurisdizione si estendesse alle liti riguardanti l'esecuzione del contratto, e ciò finanche per le c.d. concessioni-contratto (la figura, alquanto controversa, che per lo più viene concepita come una convenzione, regolante il rapporto, che affianca il provvedimento concessorio –o, in altre impostazioni, accede al medesimo), come è stato segnalato[9] e come mostra la prassi giudiziale. In effetti, tale ripartizione della giurisdizione fra G.A. e G.O. sarebbe giustificata dal fatto che le posizioni, nel rapporto contrattuale, sono affatto paritarie (diritto – obbligo). [Ma in realtà tale visione viene a smentire in qualche modo l'opzione per la giurisdizione esclusiva].

Unica eccezione (apparente) sarebbe rappresentata, nella concezione di taluni autori[10] e secondo una giurisprudenza, non uniforme né costante, del G.A., dalle determinazioni unilaterali della p.a.- contraente a carattere autoritativo che intervengano ab extra sul rapporto contrattuale disponendone la risoluzione, sulla scia di apposite previsioni legislative, quali l'art. 11.4 della L. n. 241 del 1990 (e, prima ancora, per un'ipotesi più specifica ma non certo irrilevante, l'art. 345 della L. n. 2248, all. F del 1865, nonché, con maggiori dubbi, l'art. 340 della medesima legge). In simili casi la giurisdizione sulle controversie relative si apparterrebbe alla giurisdizione esclusiva del G.A.

In definitiva, può dirsi che la giurisdizione esclusiva "tradizionale" o pregressa, di poco più ampia rispetto alla giurisdizione ordinaria di legittimità, non ha mai veramente riguardato, nella materia dei contratti pubblici, il rapporto contrattuale, e che la stessa viene "riempita" alquanto solo con la recente riforma, mediante concentrazione preso il G.A. delle vertenze concernenti la reintegrazione patrimoniale (con riferimento, tuttavia, alla sola fase di evidenza pubblica e agli effetti discendenti da atti, comportamenti e provvedimenti che intervengono in detta fase procedimentale). [D'altra parte, occorre segnalare un ambito –all'incirca parallelo a quello dei veri e propri contratti della p. a.- nel quale dette conclusioni non valgono, nel senso che, significativamente, la giurisdizione esclusiva del G.A., legislativamente stabilita, certamente riguarda anche tutte le controversie relative alle vicende inerenti all'esecuzione, coprendo, così, veramente l'intero arco delle controversie ipotizzabili. Ed invero, il già richiamato art. 11 della legge n. 241 del 1990, disponendo (al comma 5°) che, in tema di accordi dei privati con la p.a. (ovvero tra diverse p.a., per effetto del richiamo nel successivo art. 15) –siano essi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo conclusivo del procedimento- le controversie appartengono alla giurisdizione esclusiva del G.A.,

esplicitamente statuisce che detta g.e. include anche le liti concernenti l'esecuzione dell'accordo.

Orbene, senza scendere più a fondo nel tema della natura degli accordi ex art. 11 (che, del tutto concisamente, possono assimilarsi alle convenzioni fra e con la p.a., talora sorta di accordi-quadro o normativi, comunque ad oggetto pubblico), per comprendere le ragioni di una simile scelta del legislatore, si può dire che lo stesso abbia avuto riguardo al fatto che, nel caso, si tratta comunque di materia coinvolgente interessi pubblici (ivi comprese le accezioni facenti riferimento a posizioni giuridiche soggettive di parte, quali interessi collettivi, di determinati corpi sociali o gruppi, ecc.), tanto è vero che l'assetto e la composizione di interessi al riguardo sarebbe prevista, ordinariamente, mediante emissione di un provvedimento amministrativo. Tanto basterebbe a giustificare come mai anche le liti concernenti l'esecuzione di un accordo che tale provvedimento ha sostituito rimanga in dominio del giudice amministrativo, cui l'ordinamento affida il controllo giudiziale della cura degli interessi pubblici][11].

Premessi questi chiarimenti sulla portata e il significato della giurisdizione esclusiva, si può ora abbozzare un prospetto riepilogativo delle azioni esperibili davanti al G.A., e delle tipologie di sentenze in cui è diretto a sfociare il giudizio.

A) In primo luogo, come appare scontato, può **esperirsi l'azione di annullamento**, diretta a sfociare nella classica sentenza costitutiva recante, appunto, l'annullamento (o la riforma, nei casi di giurisdizione estesa al merito) del provvedimento impugnato.

D'altra parte, bisogna considerare che la stessa giurisdizione di annullamento assume oggi una nuova prospettiva. Infatti –tralasciando gli effetti dell'annullamento nelle ipotesi ulteriori (es., annullamento dell'esclusione da gare e concorsi, ecc.), che possiamo dare, qui, per scontati, nel senso di risultato utile consistente nella riammissione alla procedura concorsuale (cfr., comunque, infra)- se già in passato, anteriormente all'attribuzione al G.A. della giurisdizione sulle liti risarcitorie, si disputava circa gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione di una gara sul contratto (di appalto di lavori pubblici, o concessione di costruzione e gestione, ecc.), stipulato con l'impresa vincitrice, a seguito dell'aggiudicazione risultata poi illegittima, va verificato cosa oggi ciò comporti in termini di risarcimento. Al riguardo è, invero, noto l'orientamento giurisprudenziale prevalente presso i giudici amministrativi, consistente nel teorizzare che l'annullamento degli atti inerenti alla gara (in particolare, l'aggiudicazione) travolge di per sé il contratto stipulato sulla base dei provvedimenti risultati illegittimi, contrario essendo l'orientamento della

Cassazione[12], per la quale il contratto concluso non viene inciso dall'annullamento, che potrà dare luogo soltanto a risarcimenti, e sarà operante, previa disapplicazione dell'aggiudicazione illegittima. Orbene, seguendo la prima ipotesi, oltre ad eventuali risarcimenti parziali in ordine al tempo trascorso prima dell'annullamento, è chiaro che spetterà all'impresa risultata vittoriosa nel giudizio il subingresso nella posizione contrattuale del soggetto cui illegittimamente era stato affidato l'appalto (ovvero il diritto alla stipulazione del contratto in luogo di quest'ultima, se il contratto non sia stato ancora concluso). Nella seconda ipotesi, viceversa, la parte risultata vittoriosa nel giudizio amministrativo potrà accampare soltanto il diritto al risarcimento (comprese, riteniamo, il lucro cessante e le chances perdute). [Si veda la soluzione in tal senso prescelta dal legislatore della c.d. "legge sulle grandi opere" (L. 21 dicembre 2001 n. 443 e D.Lgs. 28 agosto 2002 n. 190, art. 14.2)].

B) **In secondo luogo, va considerata l'azione di accertamento** (che identifica, in buona sostanza, la giurisdizione esclusiva del G.A., differenziandola da quella ordinaria di legittimità). Procedendo schematicamente, si può dire che l'accertamento può riguardare: 1) il diritto all'ammissione alla gara da cui il ricorrente era stato illegittimamente escluso; 2) il diritto a vedere esclusa l'impresa illegittimamente ammessa; 3) il diritto alla stipulazione del contratto, quale legittimo aggiudicatario (eventualmente in luogo del soggetto che illegittimamente era risultato vincitore, se già stipulato il contratto: supra), ecc. [Talune di queste ipotesi possono anche vedersi come esempi di reintegrazione in forma specifica].

C) **L'azione giudiziale potrebbe autonomamente qualificarsi come diretta ad ottenere tale reintegrazione in forma specifica**, ad es. la stipulazione del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione a favore di altri (ma cumulativamente con l'azione di annullamento, secondo l'orientamento giurisprudenziale affermatosi e ormai pressoché consolidato).

D) Ancora**, l'azione giudiziale potrebbe dirigersi verso forme di risarcimento in quanto tale, ma sempre previo annullamento dell'aggiudicazione**. Ciò può accadere specialmente allorquando il contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione illegittima abbia avuto un principio (o più) di esecuzione. In effetti, non può disconoscersi al soggetto risultato vittorioso nel giudizio di annullamento la facoltà di opzione per il risarcimento dei danni subiti in luogo della reintegrazione in f. s. (vale a dire in luogo del subingresso nel contratto).

E) Infine, un'ipotesi che riterremmo di considerare a parte concerne l'azione mossa da associazioni portatrici di interessi collettivi o diffusi al fine di ottenere la revisione di tariffe, prezzi, condizioni, modalità di espletamento del servizio pubblico

(specialmente rispetto agli standard fissati nel contratto di servizio), ovvero la condanna alla restituzione del surplus di tariffa, azione da ritenere mista, di annullamento, accertamento e condanna.

Invece, se deve accettarsi la costruzione descritta poco addietro secondo cui ogni azione concernente il rapporto contrattuale (in specie l'esecuzione del contratto) va portata davanti al G.O., l'elencazione di cui sopra non può comprendere le corrispondenti azioni (quali, ad es., l'azione di risoluzione per inadempimento o altra causa; l'azione di contestazione del recesso altrui; pretesa di adempimento, ecc.), nonché le altre azioni concernenti il rapporto individuale di utenza. Una simile conclusione sarebbe coerente con le considerazioni svolte, da un lato in ordine ai criteri di riparto della giurisdizione in tema di contratti pubblici, dall'altro in merito all'interpretazione dell'art. 33, che testualmente contiene quest'ultima esclusione.

3-ter- L'arbitrato.

Sia pure brevemente, bisogna, a questo punto, dire di un altro strumento di risoluzione previsto dal sistema (in particolare, il codice di procedura civile), per così dire parallelo alla giurisdizione statuale o pubblica, vale dire della possibilità di compromettere per arbitri la risoluzione di ogni vertenza che si innesti sul contratto (esecuzione, interpretazione). Tale modalità, come è noto, risiede nella volontà delle parti (espressa in apposito atto, definito compromesso, separato dal contratto, ovvero mediante apposita clausola compromissoria inserita nel contratto medesimo). All'arbitrato le parti possono ricorrere anche nei contratti pubblici, a meno che non siano previste –come, del resto accade in relazione a specifiche previsioni anche nella materia civile- preclusioni legislative esplicite o implicite. Tralasciando, dati gli scopi della relazione, l'illustrazione dell'arbitrato come istituto giuridico e come disciplinato nel c.p.c., deve dirsi della possibilità di compromettere per arbitri le controversie soggette alla giurisdizione esclusiva del G.A., in forza di recenti modifiche legislative[13]. Parenteticamente rileviamo fin d'ora che la previsione della competenza arbitrale in materia conferma, per altro verso, le conclusioni retro raggiunte in tema di appartenenza al G.O. della giurisdizione sulle liti concernenti la fase di esecuzione e interpretazione dei contratti pubblici (quanto meno per il contratto di appalto).

La disciplina dell'arbitrato in tale contesto non è, peraltro, lineare. Illustriamo, qui, la situazione in linea di larga massima.

A) In primo luogo va ricordata la disciplina particolare dell'A. posta in relazione ai contratti inerenti agli appalti di lavori pubblici (che, va detto subito, era, nella

disciplina pregressa, e rimane, in quella ora vigente, una forma atipica di arbitrato imposta ex lege). L'arbitrato, qui –in accordo con quanto visto specialmente nel par. precedente- riguarderebbe controversie devolute al G.O., siccome inerenti al rapporto contrattuale, cosicché potrebbe ritenersi che l'arbitrato ammesso sarebbe quello "di diritto comune", disciplinato nel codice di rito. Senonché, in materia vige una disciplina particolare, che prevede un tipo speciale di A. disciplinato dalla legge (in maniera diversa prima e dopo la legge quadro sui lavori pubblici, n. 109 del 1994, e successive modifiche, specialmente quelle derivanti dalla L. n. 415 del 1998; si veda, da ultimo, l'art. 12 del già richiamato D.Lgs. n. 190 del 2002), secondo forme imposte dalla legge, con minori difformità rispetto all'istituto di diritto comune nel nuovo assetto della materia, rispetto alla normativa pregressa.

Il riferimento qui è agli art. 43 ss. del "capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici" del 1962[14]. Dette norme prevedevano non solo un'inversione a dir poco discutibile dei principi in materia di giurisdizione, nel senso che la risoluzione delle controversie veniva, di regola (a prescindere, cioè, da una apposita previsione contrattuale), affidata a un collegio di cinque arbitri, a meno che –e qui stava un'ulteriore, clamorosa anomalia- nel contratto non fosse inserita un'apposita clausola di esclusione della competenza arbitrale, in favore del G.O. (art. 47). [Detto sistema è stato costantemente censurato dalla Corte costituzionale, in considerazione dell'affermazione dell'indefettibilità della giurisdizione[15]]. Anche la composizione del collegio arbitrale nel forse pletorico numero di cinque arbitri, era imposta ex lege, con attribuzione della presidenza a un magistrato amministrativo (il che, oltre tutto, pareva sintomatico della voluntas legis di mantenere in qualche modo in dominio del G.A. il controllo degli appalti pubblici, anche in relazione a vertenze in principio appartenenti al G.O.).

Il sistema schematicamente descritto, dopo travagliate vicende, è alquanto cambiato con la legge n. 109 del 1994 (art. 32, nella versione risultante dall'ultima legge di modifica: L. 18 novembre 1998 n. 415, c.d. "Merloni-ter"), e relativo regolamento di attuazione, (D.P.R. n. 554 del 1999, cit., art. 149 ss.). Limitandosi alle sole modifiche maggiormente rilevanti sul piano dei principi, si osserva che non soltanto è stata rimossa l'anomalia da ultimo segnalata (nel senso che, ora, la competenza arbitrale subentra alla giurisdizione pubblica solo se esplicitamente prevista nel contratto con apposita clausola, in mancanza valendo la regola della giurisdizione ordinaria), ma il collegio è composto, ora da tre membri, con maggiore vicinanza alle regole scritte nel c.p.c.

Segnatamente, mentre due arbitri sono nominati da entrambe le parti, il terzo, con funzioni di presidente, (il vero giudice imparziale, si direbbe) viene nominato da una camera arbitrale (che siede presso l'Autorità di vigilanza dei l.p.), attingendo da un apposito elenco di soggetti ritenuti qualificati, tenuto dalla medesima camera arbitrale, secondo un meccanismo alquanto macchinoso. La norma testualmente

stabilisce che l'arbitrato sia secondo diritto. Per quanto il nuovo sistema, concisamente illustrato, possa considerarsi più vicino alla disciplina codicistica, si tratta pur sempre di un arbitrato ex lege, come è stato osservato[16].

B) **L'art. 6, comma secondo, della legge 205 ha introdotto nell'ordinamento, per la prima volta, la possibilità di risolvere mediante arbitrato controversie concernenti diritti soggettivi la cui cognizione sia devoluta al giudice amministrativo, vale a dire relative ad una qualsiasi delle materie soggette alla giurisdizione esclusiva del G.A. La disposizione prevede che non possa trattarsi se non di "arbitrato rituale di diritto**". Si tratta di una molto significativa (e, tutto sommato, intrigante) novità, che si presta a suscitare dibattiti, dato il contrasto con l'assetto normativo consolidato previdente, e che potrà trovare applicazione in relazione agli appalti di servizi e di forniture . Al riguardo occorre chiarire che siffatta possibilità non può in ogni caso considerarsi estesa alle situazioni giuridiche soggettive qualificabili come interesse legittimo. Ciò in considerazione sia del dato testuale, sia della tesi secondo la quale gli i. l. sono posizioni soggettive non disponibili da parte del titolare [tesi che qui assumiamo come accettabile per il suo carattere di sintesi, esemplificativa di una situazione in realtà più complessa, in non pochi casi potendosi constatare come anche posizioni soggettive siffatte siano nella disponibilità del titolare (ad es. l'interesse pretensivo a un'autorizzazione di commercio in un determinato sito, e la sua trasmissibilità a titolo particolare)].In merito a questa nuova previsione di competenza arbitrale, è ipotizzabile il sopravvenire di norme (allo stato mancanti) –anche di rango regolamentare attuativo- atte a disciplinarla in concreto, poiché la stessa non ci sembra creata per essere riassorbita negli schemi arbitrali di diritto comune.

Come è stato osservato, con questa novella, rimovendosi un limite normativo antico, è stato istituito un parallelismo con le vertenze soggette alla giurisdizione del G.O., dal momento che in precedenza le posizioni qualificate come diritti soggettivi venivano, in concreto, discriminate a seconda che appartenessero a materie rientranti nella giurisdizione ordinaria (nel qual caso –ma non tutte, occorre dire: cfr. art. 806 c.p.c.- è comunque consentita la compromissione per arbitri), ovvero nella giurisdizione esclusiva del G.A., nel qual caso ciò non era consentito.

In merito a detta riforma ci limitiamo qui, del tutto sinteticamente, che non sarà affatto semplice, all'atto pratico, stabilire se ci si trovi al cospetto di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, donde l'ipotizzabilità di contestazioni al riguardo, con eccezioni di declinatoria di arbitrato, ecc. In definitiva il quadro della situazione inerente all'arbitrato, in materia di contratti pubblici, prevede:

a) la possibilità –nella materia degli appalti e concessioni di lavori pubblici- di devoluzione della soluzione delle controversie ad arbitri, secondo le regole della legge n. 109 del 1994 (e relativi regolamento e capitolato generale), retro richiamate;

b) la devoluzione ad arbitri secondo le regole dell'art. 6.2 della legge n. 205 del 2000, per gli appalti di servizi pubblici e forniture, nonché in ogni altra materia soggetta alla giurisdizione esclusiva del G.A.;

c) il ricorso all'arbitrato così come disciplinato dal codice di rito in relazione a tutti gli altri contratti della p.a. (specialmente non a evidenza pubblica) non attinenti a materie soggette a detta g.e.[17] (es.: contratto di compravendita, anche a seguito di asta pubblica).

4- Affidamento di lavori, servizi o forniture con procedure a evidenza pubblica.

Si è già rilevato che, nel sistema normativo disegnato, in particolare, dalla pregressa versione dell'art. 33 del D. Lgs. n. 80 del 1998, era ravvisabile (nelle espressioni ivi usate) una rilevante discrasia tra la dichiarata volontà assertiva del comma 1, ove si stabiliva la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del G.A. delle (sole) controversie in materia di pubblici servizi, e il comma 2°, lett. e) cui corrisponde, ora, la lettera d) –come già rilevato, a seguito delle modifiche apportate a detto art. 33 dall'art. 7 della legge 205 del 2000- ove, nel precisare che fra le liti ricomprese in tale devoluzione erano da includere anche quelle relative alle procedure di affidamento di appalti a evidenza pubblica, si indicavano non i soli appalti di servizi, ma, altresì, quelli di lavori pubblici e le forniture. Tale discrasia poneva delicati problemi, in particolare di incostituzionalità della disposizione di cui alla lettera e) per eccesso di delega (questioni, poi, effettivamente sollevate e risolte affermativamente dalla Corte costituzionale, come già ricordato), e comunque aveva suscitato anche teorizzazioni che tendevano a giustificare la stessa, per vari ordini di ragioni, e a ritenerla compatibile con il sistema[18]. Ma ogni questione deve ritenersi superata a seguito dell'emanazione della legge 205 del 2000 la quale, con l'art. 6, comma 1, esplicitamente devolve alla giurisdizione esclusiva del G.A. anche la "materia" degli appalti pubblici in genere.

La norma così dispone: "Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale".

Dal momento che sull'argomento ci siamo già soffermati, ci limitiamo qui ad annotare, da un lato, che la nuova g.e. è chiaramente limitata alle contese che possono insorgere in relazione alla fase di evidenza pubblica; dall'altro, che il testuale riferimento alla scelta del socio, mostra che in realtà tale nuova g.e. è alquanto più ampia di quanto potrebbe apparire, non limitandosi la stessa alle procedure di affidamento di appalti e concessioni, ma, altresì a quelle preordinate all'individuazione dei soci privati nella formazione di società miste, preposte specialmente all'esercizio di servizi pubblici. (Di ciò si dirà più specificamente nei paragrafi che seguono, dedicati alla riforma dei servizi pubblici locali).

In ordine alla questione del riparto di giurisdizione già illustrato nella materia dei contratti pubblici, in altre sedi[19] abbiamo auspicato una opportuna riunificazione della giurisdizione sull'intera gamma delle controversie fra ente appaltante e impresa appaltatrice, che ne derivano, in luogo dell'attuale criterio di riparto che, grosso modo, segue la linea di demarcazione seguente: fase procedimentale di evidenza pubblica, fino all'aggiudicazione – giudice amministrativo; fase dell'esecuzione del contratto – giudice ordinario. Prendiamo atto, per contro, che il legislatore, se ha inteso attuare una molto incisiva modifica dell'assetto della giurisdizione sulle controversie in materia di servizi pubblici (ivi compresi, come si è visto, gli appalti) e per l'edilizia e urbanistica, tanto ha fatto, in relazione agli appalti, relativamente alle (sole) procedure di affidamento. Dunque, le controversie inerenti all'esecuzione dei contratti pubblici restano affidate al giudice ordinario.

5.1- La riforma dei servizi pubblici locali.

Ci accingiamo qui a delineare, almeno per sommi capi, la nuova disciplina dei servizi pubblici locali dettata dall'art. 35 della legge 28 dicembre 2001 n. 448 ("legge finanziaria 2002), e nel regolamento governativo ivi previsto (al comma 16). Ciò non solo per il grande rilievo (per lo meno "quantitativo") di detti servizi locali, e per l'importanza della riforma in sé, ma anche per le implicazioni sul piano della giurisdizione, in rapporto alle tematiche fin qui esaminate. La nuova disciplina si pone, ad oggi, come lo sbocco di una significativa evoluzione dell'assetto normativo dei servizi pubblici locali, di cui tale nuovo assetto appare come l'ultimo passaggio (il momento iniziale può collocarsi, all'incirca, nell'art. 22 della legge 6 giugno 1990 n. 142), indotto dall'obbligo di attuazione di direttive comunitarie riguardanti, peraltro, i servizi pubblici non solo locali. Alla nuova disciplina sostanziale dedichiamo, qui, solo pochi cenni sintetici, centrati prevalentemente sui punti che esplicano riflessi sul contenzioso, con ricadute sulle questioni di giurisdizione.

Va precisato, preliminarmente, che il nuovo assetto normativo viene posto mediante la sostituzione –ad opera dell'art. 35 citato- dell'articoli 113 del T.U. sulle autonomie locali (approvato con D. Lgs. 18 agosto 2000 n. 267) e con l'aggiunta dell'art. 113-bis, relativo ai servizi privi di rilevanza industriale, nonché con una serie di altre disposizioni di minore rilievo riportate nei commi successivi del medesimo art. 35. Va, al tempo stesso, precisato che le nuove regole di cui al novellato art. 113 riguardano, espressamente, i soli servizi pubblici locali di rilevanza industriale (servizi individuati mediante il richiamato regolamento governativo). Invece, come già detto, i servizi privi di rilevanza industriale si trovano regolati nel successivo art. 113-bis.

5.2- Servizi pubblici locali di rilevanza industriale (art. 113 del T.U.E.L.).

Punto di partenza del nuovo assetto normativo è costituito dalla previsione –imposta dalle direttive comunitarie- concernente la facoltà degli enti di autonomia locale di stabilire la separazione fra proprietà di impianti, reti e altre dotazioni destinate all'esercizio di siffatti servizi (ad es., rete di distribuzione del gas, acquedotti, ecc.), e gestione ed erogazione dei servizi. Tale facoltà di separazione può essere prevista dalle discipline di settore (art. 113 novellato, comma 3°). Ove venga stabilita la separazione, l'accesso agli impianti e alle reti –soggiunge la disposizione con puntualizzazione alquanto ovvia- deve essere garantito "a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi", vale a dire ai soggetti affidatari dei medesimi.

La proprietà di impianti, reti, ecc, non può comunque essere ceduta, come chiarisce il comma 2°. Tuttavia, la stessa può essere conferita, anche in mancanza di separazione, dagli enti locali anche associati, a società di capitali; ma in tal caso la maggioranza del capitale (co. 13°) deve essere da essi detenuta, e la relativa quota non può essere ceduta. La società "conferitaria" pone gli impianti, le rete e le altre dotazioni a disposizione del soggetto incaricato dell'erogazione del servizio ovvero, se è stata prevista la gestione separata della rete, dei soggetti affidatari di detta gestione, ricevendone come corrispettivo il canone stabilito dall'autorità di settore o, in mancanza di quest'ultima, dagli enti locali. L'ultimo periodo del comma 13 precisa che a dette società di capitali gli enti locali possono assegnare anche la gestione della rete, nonché –ciò che maggiormente rileva agli effetti del contenzioso- il compito di espletare le gare per l'individuazione del soggetto erogatore del servizio con procedure di evidenza pubblica, come previsto nel comma 5°.

D'altra parte, nelle ipotesi ordinarie (i.e., di non assegnazione della gestione delle reti alle società beneficiarie del conferimento della proprietà delle stesse), detta gestione, in caso di separazione, può avvenire, secondo quanto precisa il co. 4°: a) mediante società di capitali con partecipazione maggioritaria degli E.L. anche associati, cui la gestione può essere assegnata con affidamento diretto; b) a mezzo di imprese idonee, da individuare mediante gara a evidenza pubblica.

L'erogazione del servizio.

Per quanto concerne l'espletamento del servizio –ciò che più importa al cittadino-utente, vale la pena di sottolineare- i commi 5 ss. pongono le regole da seguire per l'individuazione del scelta del titolare (che deve essere una società di capitali, secondo quanto precisato fin dall'inizio), mediante gara a evidenza pubblica,[20] con la precisazione (nel tentativo, si direbbe, di conciliare ambiti di interesse pubblico diversi e spesso configgenti) che la gara medesima è indetta (art. 113.7) "nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla competente Autorità di settore o, in mancanza, dagli enti locali". La gara –cui non sono ammesse le società che, in Italia o all'estero (anche di Paesi extra UE, a condizione di reciprocità: art. 35.2) già gestiscano servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto (i.e., senza gara) o previa procedura non a

evidenza pubblica (es., mediante negoziazione privatistica) anche in regime di rinnovo, e, altresì, alle società controllate o controllanti- va aggiudicata "sulla base del migliore livello di qualità e sicurezza e delle prestazioni economiche e di prestazione del servizio, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale"[21] elementi che entrano a far parte del contratto di servizio. Siffatto complesso criterio è avvicinabile al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa previsto nella disciplina generale relativa all'aggiudicazione degli appalti pubblici, ma appare, in verità, molto più articolato e "ambizioso", e comporta per questo un'adeguata ponderazione dei vari componenti e del relativo peso nell'attribuzione dei punteggi. A sua volta il co. 8° prevede opportunamente che, ove sia economicamente più vantaggioso, con unica gara possa aggiudicarsi contestualmente una pluralità di servizi, diversi, però, dal servizio di trasporto (evidentemente in considerazione delle peculiarità e dei vincoli tecnici di quest'ultimo). Ove la società affidataria dell'erogazione del servizio sia una società a capitale misto pubblico- privato, la quota di capitale degli E.L. può essere ceduta (co. 12°) –a differenza di quanto stabilito per la quota nelle società assegnatarie della proprietà- senza che ciò produca alcun effetto sui contratti in essere per quanto concerne l'affidamento e la durata.

Degno di nota, nell'ottica seguita in questo succinto excursus, appare la previsione (co. 11°) che tutti i rapporti degli enti locali sia con le società di gestione di reti e impianti, sia con le società erogatrici del servizio sono regolati mediante apposito contratto di servizio allegato ai capitolati di gara, ove dovranno prevedersi i livelli di servizio da garantire, nonché adeguati strumenti di verifica dei medesimi. Come appare evidente, dunque, detti contratti, nel mentre regolano il futuro rapporto con la società affidataria della rete o dell'erogazione del servizio, al tempo stesso entrano nella lex specialis della gara.

Un'ultima considerazione vorremmo fare (sempre in maniera sintetica) a proposito di quanto asserito (nel co. 5°) in ordine all'erogazione del servizio, il quale dovrebbe svolgersi "in regime di concorrenza".Orbene, la disposizione può avere un senso soltanto ove riferita, diremmo, ai principi cui deve ispirarsi, sul piano generale, l'organizzazione e l'espletamento dei servizi pubblici locali, come tale espressione di un indirizzo politico-gestionale con riguardo alla vaire aree territoriali, e dunque tendenziale. In realtà, una volta che sia stato individuato il soggetto affidatario del servizio in un determinato ambito territoriale un comune o più comuni associati), non si vede come possa parlarsi di concorrenza (rispetto a chi?), non potendo essere che unitarie le tariffe o i canoni in tale ambito.

Degne di nota, infine, sono (per aspetti diversi) la previsione dell'obbligo degli E. L. (art. 35, co. 8) di trasformare, ai sensi dell'art. 115 del T.U.E.L. entro il 31 dicembre 2002, in società di capitali le aziende speciali e i consorzi in essere (ex art. 31.8 del medesimo T.U.EL.) che gestiscono servizi a rilevanza industriale, e

l'altra (art. 35.14), per la quale gli enti locali, anche in forma associata, individuano gli standard di qualità dei servizi, determinando le modalità di vigilanza e controllo delle aziende esercenti i servizi pubblici (in specie, deve presumersi, le società preposte all'erogazione degli stessi), "in un quadro di tutela prioritaria degli utenti e dei consumatori". E' auspicabile che venga data degna attuazione a quest'ultima disposizione –compito probabilmente facilitato dalla posizione di relativa "terzietà" degli E,L. rispetto ai soggetti gestori- in una prospettiva di sempre maggiore considerazione dei destinatari del servizio.

5.3- Servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale (art. 113-bis).

Una disciplina diversa –del resto, enucleata dal previgente art. 113 del T.U.E.L., e meglio sistematizzata nel nuovo assetto normativo- viene posta con l'art. 113-bis di esso D.Lgs. n. 267/2000, in relazione a quei servizi che, per rivestire interesse culturale sociale, etico, del tempo libero, et similia, non assumono modi di organizzazione e finalità a carattere imprenditoriale.

Consimili attività possono essere gestiti –secondo la nuova norma- mediante: a) istituzioni; b) aziende speciali, anche consortili; c) società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali, regolate dal codice civile. Il comma successivo prevede, ad ogni modo, che attività del genere possano esercitarsi in economia, in considerazione della modestia delle dimensioni, sia delle caratteristiche del servizio medesimo (ad es., servizio informativo e/o di indirizzamento dei turisti nel territorio del comune, effettuato mediante dipendenti del comune stesso).

Il carattere distintivo che conviene sottolineare rispetto ai servizi di rilevanza industriale riguarda, peraltro, a parte la veste giuridica (che qui può assumere la forma di società di capitali soltanto in via eventuale) e i modi di organizzazione, l'esplicita previsione che attività siffatte possono gestirsi mediante affidamento diretto, vale a dire senza che vi sia bisogno di espletare una gara a evidenza pubblica. Il servizio può essere affidato direttamente anche ad associazioni o fondazioni costituite o partecipate dal comune medesimo (co. 3°). Opportunamente, peraltro, il legislatore lascia liberi gli E.L. di affidare anche consimili servizi a terzi mediante procedure a evidenza pubblica, "laddove sussistano ragioni tecniche, economiche o di utilità sociale" (ad es. consistente dimensione del servizio e della sua organizzazione tecnica, nonostante che il contenuto del medesimo rivesta carattere culturale, ecc.).

Infine, va rilevato un carattere comune con i servizi industriali, concernente l'obbligo, anche qui, di regolare i rapporti tra i soggetti erogatori dei servizi e gli enti locali mediante contratti di servizio (comma 5°), i quali svolgeranno una funzione analoga a quella brevemente tratteggiata in relazione ai servizi con rilevanza industriale..

5**.4- La giurisdizione sul contenzioso in materia di servizi pubblici locali.**

A questo punto, avendo tracciato per grandi linee la nuova disciplina dei servizi pubblici locali ex art. 35 della legge n. 448 del 2001, qualche schematica considerazione va dedicata al tema della risoluzione delle controversie correlate, segnatamente per quel che concerne l'individuazione del giudice competente. L'individuazione della via più corretta al riguardo non può che avvenire sulla scorta delle considerazioni tracciate nei paragrafi precedenti, da cui non v'è motivo di discostarsi, salvo per alcune necessarie integrazioni e precisazioni, specialmente in tema di contratti di servizio.

In primo luogo va confermato che, in linea di massima, trattandosi di servizi pubblici locali, le relative controversie vanno ripartite tra G.A. e G.O. secondo gli schemi retro descritti, vale a dire individuando il giudice competente nel G.A. per tutte le liti che si innestano sul procedimento (fase a evidenza pubblica), fino alla stipulazione del contratto di appalto o concessione di servizio pubblico, ivi comprese le liti aventi ad oggetto il risarcimento o la reintegrazione in forma specifica. Le vertenze, invece, che nascono dal contratto e che riguardano l'esecuzione o l'interpretazione dello stesso (tranne, si vuole qui ribadire, quelle derivanti da provvedimenti autoritativi che intervengono ab extra sul rapporto contrattuale, secondo la concezione cui si è accennato e che ci sembra di potere mantenere ferma), vanno portate davanti al G.O. Alla cognizione del medesimo giudice appartengono inoltre –secondo il discutibile criterio di cui al comma 2°, lettera e) dell'art. 33 (retro illustrato)- le contestazioni concernenti i rapporti individuali di utenza (ivi comprese quelle che prima abbiamo definito "di massa"). Di conseguenza, tutte quelle contestazioni che riguardano le procedure di ricerca del socio delle società di capitali costituite per la gestione delle reti o impianti, ovvero per l'espletamento dei singoli servizi, ovvero le procedure a evidenza pubblica (gare) per la scelta delle medesime società appartengono, evidentemente, alla giurisdizione esclusiva del G.A. Tanto premesso, si può arguire che non poche potranno essere anche le vertenze nascenti dall'affidamento diretto di servizi pubblici locali (strumento previsto in via derogatoria in determinati casi, come si è visto, nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale e, come forma ordinaria, invece, dei servizi privi di rilevanza industriale, di cui all'art. 113-bis T.U.E.L.). Tali contestazioni potranno nascere ad iniziativa di chi, ad es., intenda contestare la ricorrenza dei presupposti per l'affidamento diretto ad altri, e pretenda l'effettuazione di una gara, ovvero di chi ritenga di potere legittimamente aspirare a detto affidamento diretto in luogo del soggetto prescelto dall'ente locale. (Infatti, non può ritenersi che l'a. d., ad es., dell'espletamento di servizi culturali avvenga mediante negoziazione privatistica, -o, peggio ancora, ad libitum- dovendo pur sempre l'ente locale seguire, ai fini della scelta, un minimum di criteri prefissati).

Al medesimo giudice amministrativo, inoltre, appartengono –a nostro modo di vedere- tutte le controversie che nascono dal contratto di servizio. Pur avendo il legislatore usato il termine "contratto", invero, bisogna considerare che le relative

regole si trovano, per così dire, "a monte" dei contratti di appalto o di concessione, di cui costituiscono un presupposto necessario, cosicché può ragionevolmente sostenersi che ci si trovi al cospetto, nella sostanza, di una convenzione o accordo amministrativo (i.e. strumento di composizione di interessi della p.a. con il privato o tra diverse p.a., come, ad es., le convenzioni urbanistiche o ospedaliere, non autoritativo, ma consensuale, ma ad oggetto èpubblico). Una simile conclusione sarebbe avvalorata dalla considerazione del contenuto, siccome comprensivo delle modalità di verifica e controllo dei livelli e modalità del servizio reso all'utenza, funzione che certamente appartiene all'interesse pubblico.

Se ciò è esatto, si può concludere che naturaliter, dunque, la giurisdizione appartenga al G.A., sotto un duplice profilo. Da un lato, infatti, la tesi sembra sostenibile alla luce di quanto si è detto a proposito dell'art. 33 del D. Lgs. n. 80/98, tanto più che sul contratto di servizio potrebbero innestarsi le azioni, che altrove abbiamo definito "collettive", mosse da associazioni di utenti e consumatori, o portatrici di interessi diffusi (che abbiamo sostenuto rientrare nella giurisdizione esclusiva del G.A.). Dall'altro, se –come sembra- regge l'assimilazione di detti contratti di servizio agli accordi ex art. 11 e 15 della legge n. 241 del 1990, del tutto scontata deve ritenersi la conclusione dell'appartenenza delle relative controversie al G.A., alla stregua di quanto si è detto su retro sull'argomento.

Quanto alla risoluzione delle controversie mediante arbitrato, si seguiranno le regole del c.p.c. (art. 806 ss.) se nel caso che le stesse rientrino nella giurisdizione del G.O., ovvero quelle di cui all'art. 6.2 della legge 205 del 2000 ove inerenti a diritti soggettivi correlativi alla giurisdizione esclusiva del G.A.

Italo Franco

(Consigliere del TAR Veneto)

[1] In effetti, l'art. 6 –su cui ci si soffermerà brevemente nel par. 6- interviene a sanare quello che si poneva palesemente come un eccesso di delega, riguardando quest'ultima (nella legge n. 59 del 1997) le sole materie dei servizi pubblici, edilizia e urbanistica, e non pure gli appalti pubblici (in simile ottica poteva ritenersi costituzionalmente legittima solamente l'inclusione nella nuova giurisdizione esclusiva delle liti nascenti dai soli affidamenti di appalti di servizi). Tanto è avvenuto attraverso la piena "legificazione" dell'art. 33, mediante l'interpositio dell'art. 7 della legge 205 del 2000 (come si è osservato nel testo), peraltro con modifiche non irrilevanti rispetto al testo originario della norma nel decreto delegato.

[2] MARZUOLI – SORACE, voce Concessioni amministrative, in Dig. disc .pubbl., TO 1989, III, 280 ss., invece, ritengono (nell'ambito di una concezione, per così dire, paritetica delle concessioni amministrative) che le stesse non configurino provvedimenti (autoritativi ed esecutori).

[3] Il "momento pubblicistico", inoltre, può esplicarsi anche nella fase delle negoziazioni (si ricordino le forme dell'amministrazione negoziata o per accordi), e ancora mediante la sottoscrizione della convenzione, accordo o contratto fra la parte pubblica (concedente, secondo uno schema che un tempo costituiva la norma, e che ora pare piuttosto recessivo) e la parte privata (concessionario, sempre secondo il modello della concessione, o concessione-contratto).

[4] Per una convinta (e argomentata,anche se con ragioni in gran parte non condivisibili, almeno secondo chi scrive) esposizione di siffatta posizione, si veda, per tutti, D'ALBERTI, Concessioni amministrative, in Enc. giur. Trecc., ad vocem.

[5] Deve rilevarsi, tuttavia, che fino ad oggi non sembrano numerosi i casi di adizione del giudice amministrativo in relazione a controversie appartenenti al G.O. in forza dell'interpretazione più attendibile espressa nel testo. Poche sembrano, infatti, le sentenze declinatorie della giurisdizione (ma ciò dipende anche da come il foro ha recepito le novità legislative in discorso).

[6] F. SATTA, Intervento al convegno del 5 giugno 1998, cit., pag. 7.

[7] Per queste ed altre problematiche relative agli appalti di servizi retti dal diritto di derivazione comunitaria, cfr. le relazioni al convegno di Brescia del 27-28 ottobre 1995 ("La direttiva 92/50/CEE in materia di appalti di pubblici servizi attuata con decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157"): Appalti di servizi (problemi generali) di G. Greco; Le posizioni soggettive e i mezzi di tutela, di A. Bozzi, oltre a quelle di S. Giacchetti, A. Fera, ecc. Cfr., inoltre, G. Terracciano, Appalti di servizi e appalti di forniture, individuazione dell'oggetto del contratto e i contratti misti nella disciplina nazionale e comunitaria, in Cons. Stato, 1996, II, pag. 147 ss.

[8] In tal senso, tra gli altri, nettamente, V. DOMENICHELLI, La definizione in via giudiziaria o arbitrale delle controversie in materia di opere pubbliche, in L'appalto di opere pubbliche, a cura di R. VILLATA, PD 2001, pag. 871-75.

[9] Fra gli altri, D'ALBERTI, Concessioni amministrative, in Enc. giur., cit., ad vocem (e prima ancora, Idem, Le concessioni amministrative, Napoli 1981).

[10] Chi scrive ha sostenuto –con altri A.- la tesi di cui nel testo in FRANCO, Il nuovo procedimento amministrativo, PD 2001, sub commento all'art. 11 (con riferimento al contenuto del medesimo). Per l'orientamento contrario cfr, da ultimo, TAR Piemonte Sez. II, 17.11.2000 n. 1193 (resa in relazione all'art. 340 della L. n. 2248 del 1865, all. F), in www.giustizia.amminstrativa.it.

[11] Per qualche altra considerazione sulla natura degli accordi ex art,. 11 e 15 della legge 241 ci sia consentito rinviare al ns. Il nuovo procedimento amministrativo, PD

2001, sub commento ai rispettivi articoli. Sul tema delle convenzioni e degli accordi pubblicistici, più organicamente, cfr. G.D. FALCON, Le convenzioni amministrative, MI 1984; idem Convenzioni e accordi amministrativi, I e II (C. in materia ospedaliera), in Enc. giur. Trecc., IX, Roma 1988, ad vocem.

[12] Infatti, in tal senso è, pur con qualche oscillazione, l'orientamento della giurisprudenza dei giudici amministrativi, laddove la Cassazione aveva costantemente manifestato avviso contrario (nel senso dell'ininfluenza sul contratto già stipulato delle vicende giudiziali concernenti la presupposta aggiudicazione. Tra le più recenti e significative pronunce in tal senso, cfr.: TAR Napoli Sez 1^, 29.5.2002, n. ? ; indirettamente, Cons. St. Sez. VI, 18.6.2002 n. 3338 (entrambe riportate nel sito www.giustizia-amministrativa.it).

[13] Sull'arbitrato per la risoluzione delle controversie nelle opere pubbliche (nella normativa ora vigente), cfr. DOMENICHELLI, La risoluzione in via giudiziaria o arbitrale…, cit., 879 ss. Sull'a. quale ora riferito alla giurisdizione amministrativa, cfr. E. CARDI, Modelli processuali arbitrali nella giurisdizione amministrativa, e (più diffusamente) M. ANTONIOLI, Arbitrato e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000, entrambi in Dir. proc. amm., 2/2002, rispettivamente pag. 314 ss. e 326 ss.

[14] approvato con D.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063, ora abrogato dall'art. 231 del regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici 11 febbraio 1994 n. 109, approvato con D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, e sostituito dal D.M. (l. p.) 19 aprile 2000 n. 145.

[15] Da ultimo, cfr. Corte cost. 9 maggio 1996 n. 152, in Foro it., 1966, I, 1905, con nota di A. BARONE, richiamata da M. ANTONIOLI, Arbitrato e giurisdizione amministrativa…, cit. 329

[16] ANTONIOLI, Arbitrato e giurisdizione amministrativa…, cit.

[17] Per una panoramica sui contratti della p.a. diversi da quelli, a evidenza pubblica come gli appalti pubblici, cfr. Zambardi, Forniture, appalti di servizi e contratti non comunitari (parte 3^), in STADERINI – FRANCO – ZAMBARDI, I contratti degli enti locali, 2^ ed., PD 2000. Per un'approfondita analisi dei contratti pubblici diversi da quelli canonici (in particolare, i contratti atipici della p.a.), cfr. M. DUGATO, Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti, MI 1996.

[18] Noi stessi avevamo argomentato in tal senso (Strumenti di tutela del privato nei confronti della p.a., PD 1999, pg. 403 ss. Ma ora ogni questione è, ormai superata, come si dirà nel testo.

[19] Fra i vari scritti ci limitiamo a ricordare il già menzionato I contratti degli enti locali, cit. di STADERINI – FRANCO – ZAMBARDI (cap. V della parte 2^).

[20] Al principio di gara può derogarsi soltanto –come prevede il comma 5 dell'art. 35- ai fini dell'affidamento del servizio idrico integrato a società di capitali partecipate unicamente da enti locali dello stesso ATO (ambito territoriale ottimale) se l'affidamento avverrà entro 18 mesi dall'entrata in vigore della legge (n. 443 del 2001).

[21] In tal caso, alla scadenza del periodo di affidamento, il nuovo gestore deve un indennizzo a quello uscente pari al valore dei beni non ancora ammortizzati, il cui importo va indicato nel bado di gara (art. 113.9).

La giurisdizione esclusiva in tema di pubblico impiego

ll sindacato giurisdizionale sugli atti delle procedure concorsuali fra potere del giudice ordinario di disapplicazione degli atti amministrativi presupposti ed ambiti di giurisdizione riservata al giudice amministrativo*.

SOMMARIO: 1. Premessa: il criterio di riparto della giurisdizione dopo la "seconda privatizzazione del pubblico impiego. – 2. Problemi di confine fra le giurisdizioni: il caso delle controversie inerenti l'assunzione. – 3. La questione del sindacato giurisdizionale sugli atti delle procedure concorsuali. – 3.1. La posizione della dottrina… – 3.2. …e quella della giurisprudenza. – 3.3. Considerazioni per una corretta applicazione del criterio del petitum sostanziale. – 4. Conclusioni: l'equivoco dell'estensione del potere di disapplicazione del giudice ordinario sugli atti delle procedure concorsuali e la giurisdizione "riservata" del giudice amministrativo in materia.

1. Premessa: il criterio di riparto della giurisdizione dopo la "seconda privatizzazione del pubblico impiego.

Della giurisdizione in tema di controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni si occupa l'art. 63 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che ripropone pedissequamente il contenuto dell'art. 68 del D.Lgs. n. 29/1993 nella formulazione successiva alla c.d. "seconda privatizzazione" .

La disposizione in esame, interessata da un sofferto processo di assestamento ha sancito la fine della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblico impiego – introdotta nei primi anni '20 del secolo scorso – in stretta connessione e dipendenza con il definitivo superamento del pubblico impiego come "ordinamento speciale", interamente separato dal diritto comune, con al centro un

rapporto non contrattuale e caratterizzato dalla posizione di supremazia dell'amministrazione.

Superate dunque le articolate e complesse previsioni dell'originario testo dell'art. dell'art. 68 del D.Lgs. n. 29/1993, il vigente testo normativo, quale discende dalle modifiche introdotte con i decreti legislativi n. 80 del 31 marzo 1998 e n. 387 del 29 ottobre 1998, "appare, in realtà, improntato all'encomiabile intento di operare una attribuzione all'a.g.o. il più possibile unitaria e completa" [4].

Ne emerge "il carattere ampio e generale della clausola di devoluzione" della giurisdizione in materia al giudice del lavoro, recata dal primo comma dell'art. citato, a fronte del quale gli ambiti ancora riservati alla giurisdizione amministrativa "si pongono come eccezioni rispetto ad un principio che viene enunciato in modo pieno e inconfutabile" [5]. In realtà, è emerso da subito come tale criterio di riparto, solo in apparenza chiaro ed univoco, nascondesse invece insidie e complicazioni interpretative [6], come dimostra il dibattito non ancora sopito sulla natura della giurisdizione assegnata al g.o. [7] e sulla connessa questione della sopravvivenza o meno di posizioni di interesse legittimo nell'ambito del rapporto di lavoro "privatizzato" [8].

Risultato peraltro agevolmente prevedibile, in un quadro di regole sul riparto che ha segnato il passaggio dalla giurisdizione esclusiva del g.a. ad un sistema da alcuni definito "dualistico e claudicante" [9]: per un verso, infatti, le controversie relative al rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. non rientrano più nella cognizione di un giudice unico, ma sono ripartite fra due giurisdizioni; per l'altro, la quasi totalità del contenzioso viene attribuita al g.o., al quale spetterà conoscere in via normale e di principio delle liti tra p.a. e dipendenti. Ad ogni modo, la normativa in esame non sembra aver comunque introdotto un'ipotesi di giurisdizione "piena" o "esclusiva" del giudice ordinario [10] – tale cioè da superare i criteri tradizionali di riparto fondati sulla natura giuridica delle posizioni soggettive –, risultando essa invece del tutto coerente con la consistenza di diritti soggettivi che hanno le posizioni delle parti nel rapporto di lavoro " privatizzato" [11].

Il legislatore, infatti, – abbandonato l'iniziale criterio di riparto basato sulla natura della fonte regolativa della materia cui è ascrivibile la concreta controversia [12] –, ha piuttosto provveduto a creare in capo al g.o. "un ambito tendenzialmente generale di giurisdizione sulle controversie dei dipendenti pubblici privatizzati, ottenuta attraverso la quasi totale eliminazione in materia di posizioni soggettive di interesse legittimo, conseguente alla riconduzione al diritto privato anche di parte dei poteri organizzatori – attinenti alla c.d. micro organizzazione – dell'Amministrazione [13]. In tale ottica, pertanto, l'attuale disciplina del riparto di giurisdizione assume mero "contenuto descrittivo" , rispecchiando ampiamente (forse con la sola eccezione dei giudizi delle procedure per i concorsi di assunzione) ragioni di diritto sostanziale .

2. Problemi di confine fra le giurisdizioni: il caso delle controversie inerenti l'assunzione.

Nonostante la scelta semplificatrice compiuta dal legislatore del 1998, che con l'art. 29 del D.Lgs. n. 80/1998 è intervenuto sulla disciplina previgente sfrondandola da inutili e complesse elencazioni di materie [16], dunque, l'attuale formulazione del criterio di riparto della giurisdizione nel pubblico impiego privatizzato continua a presentare alcuni profili di incertezza interpretativa. Il legislatore, infatti, non ha ritenuto di fare "il grande passo", ossia di trasferire al g.o. tutta la materia del lavoro pubblico, ma ha conservato nell'ambito della giurisdizione amministrativa talune figure di pubblici dipendenti, oltre che la materia dell'organizzazione della p.a. e quella concorsuale.

Ne è derivato che, nonostante il carattere marcatamente residuale della giurisdizione amministrativa in tema di pubblico impiego privatizzato, non sono pochi i problemi ermeneutici posti da alcune tipologie di controversie che si collocano a cavallo della non sempre limpida linea di confine che separa le due giurisdizioni.

Fra tali problematiche interpretative "di frontiera" si segnalano, in particolare, quelle concernenti le controversie inerenti l'assunzione a seguito di procedura concorsuale, anche in considerazione delle difficoltà di coordinamento emerse in proposito tra la sfera pubblicistica e quella privatistica, chiamate dal disegno riformatore ad avvicendarsi nella fase di reclutamento "concorsuale" dei dipendenti pubblici [19].

Ai sensi dell'art. 63 del citato D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, infatti, risultano devolute al giudice ordinario "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (…), incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro" (comma 1) con la sola eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro del personale non contrattualizzato e di quelle "in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni" (comma 4), le quali vengono invece mantenute nell'orbita della giurisdizione amministrativa. L'"apparente contraddizione" fra le disposizioni richiamate va risolta evidenziando come dal loro combinato disposto emerga una giurisdizione ordinaria che, per un verso, risulta estesa fino ad abbracciare situazioni precedenti l'effettiva costituzione del rapporto di lavoro, potendo il g.o. conoscere - per espressa previsione legislativa - anche le controversie relative all'assunzione [20]; e che, per l'altro, incontra il proprio unico limite nella riserva al g.a. delle sole controversie riguardanti la procedura concorsuale in senso stretto, con conseguente esclusione, quindi, delle controversie concernenti l'assunzione che avvenga tramite meccanismi non concorsuali [21].

Ciò detto non risulta esservi alcun contrasto tra il primo ed il quarto comma dell'art. 63. Infatti, mentre la giurisdizione amministrativa abbraccia le sole controversie concernenti la verifica della legittimità degli atti della procedura concorsuale [22], la giurisdizione ordinaria sorge solo dopo che l'intera fattispecie del "diritto

all'assunzione" può ritenersi perfezionata, e quindi dopo la conclusione della procedura concorsuale stessa, pacificamente individuata nell'approvazione della graduatoria con conseguente proclamazione dei vincitori [23].

E' pertanto l'approvazione della graduatoria a segnare, nel pubblico impiego privatizzato, la linea di confine tra il diritto pubblico e il diritto privato, fra la disciplina unilaterale e quella pattizia e, quindi, tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria [24].

3. La questione del sindacato giurisdizionale sugli atti delle procedure concorsuali.

Valutazioni contrastanti si registrano, invece, sulla portata della riserva di giurisdizione amministrativa prevista "in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni" (comma 4 cit.), ed in particolare sulla possibilità che il g.o. valuti la legittimità degli atti ad esse relative, con possibile disapplicazione degli stessi nell'ambito della propria cognizione sugli atti costitutivi del rapporto di lavoro.

3.1. La posizione della dottrina…

Un primo orientamento interpretativo, assegnando rilievo preminente alla regola generale sulla giurisdizione recata dal primo comma dell'art. 63 rispetto alla disciplina derogatoria prevista dal quarto comma della medesima disposizione, ammette un siffatto potere di disapplicazione in capo al g.o. sul presupposto di una piena assimilazione degli atti concorsuali alla categoria degli atti amministrativi presupposti di cui al primo comma dell'art. 63.

Si è sostenuto, in particolare, che il potere di disapplicazione degli atti amministrativi presupposti espressamente ribadito in capo al g.o. dal primo comma dell'art. 63 e la successiva precisazione della norma con la quale si esclude che l'impugnazione davanti al g.a. dell'atto amministrativo rilevante nella controversia sia causa di sospensione del processo, starebbero a significare che la valutazione del giudice amministrativo sulla legittimità degli atti concorsuali non è in alcun caso pregiudiziale rispetto al giudizio del giudice civile, che resta libero di valutare tutti gli elementi della fattispecie costitutiva, ancorché essi coincidano con gli atti di una procedura concorsuale di selezione. Ne consegue che nel giudizio vertente sul riconoscimento eventuale del diritto all'assunzione, il g.o. valuterà autonomamente la legittimità degli atti della procedura concorsuale, senza vincolo alcuno all'eventuale giudizio reso in legittimità dal giudice amministrativo a seguito di impugnazione degli atti medesimi. Sicchè il soggetto legittimamente escluso secondo i criteri adottati nel giudizio amministrativo potrà ben risultare vincitore all'esito del giudizio civile [25]. La dottrina prevalente è invece orientata nel senso di negare al giudice ordinario il sindacato incidentale sulla legittimità degli atti relativi alle procedure concorsuali finalizzato alla loro disapplicazione, in quanto in tal modo "verrebbe

vanificata la riserva di giurisdizione al giudice amministrativo per le procedure concorsuali" [26].

sostegno di tale tesi si sottolinea "la chiara volontà del legislatore di conservare alla giurisdizione amministrativa non tanto i giudizi di impugnazione degli atti amministrativi che scandiscono le procedure concorsuali di selezione dei candidati, bensì, letteralmente, tutte "le controversie in materia di procedimenti concorsuali per l'assunzione dei dipendenti". Vale a dire che il legislatore utilizza una formula talmente onnicomprensiva da far presupporre che la sua volontà sia stata quella di attribuire solamente al giudice amministrativo la cognizione su qualsiasi tipo di questione che possa porsi in relazione ai concorsi per l'assunzione" . E' stato è inoltre evidenziato, in questa prospettiva, come l'ammissione del potere di disapplicazione in esame postuli in realtà il riconoscimento in capo al g.o. di una cognizione in via principale e non già inciderter tantum sugli atti (amministrativi) del procedimento concorsuale, a fronte del carattere immediatamente lesivo della graduatoria che sancisce l'esclusione o la non utile collocazione del concorrente e che richiederebbe pertanto una impugnativa diretta innanzi al giudice amministrativo .

Se ne è ricavato che, ove la controversia individuale implichi la valutazione della legittimità dei provvedimenti assunti in sede di procedura concorsuale, nessuna loro disapplicazione sarebbe consentita al giudice ordinario , non potendosi peraltro porre gli atti concorsuali su un piano analogo a quello degli "atti presupposti" richiamati dal primo comma dell'art. 63 [30].

3.2. … e quella della giurisprudenza.

La giurisprudenza, dal canto suo, dopo aver sostenuto in alcune sporadiche occasioni la sussistenza di una sorta di vis attractiva a favore del giudice amministrativo delle controversie in cui vengano contestualmente impugnati gli atti relativi alla fase concorsuale e gli atti privatistici di assunzione ovvero i comportamenti di mancata assunzione [31], sulla scia dell'avallo offerto dalle SS.UU. della Corte di Cassazione si è successivamente attestata in senso opposto, attraendo nella cognizione del giudice ordinario ogni domanda introduttiva del giudizio "che si caratterizzi per un petitum sostanziale identificabile nella costituzione del rapporto d'impiego, non rilevando in contrario che la prospettazione della parte si esprima in senso impugnatorio di atti prodromici, riferibili alla fase concorsuale, come è reso evidente dalla circostanza che il primo comma dell'art. 63 del D.Lgs. n. 165/2001 espressamente prevede che la giurisdizione ordinaria in materia di "assunzione al lavoro" non è impedita dall'eventualità che "vengano in questione atti amministrativi presupposti"" [32]. In altri termini, in siffatta ipotesi, potendosi individuare l'istanza realmente sottesa al ricorso nella richiesta di costituzione di un rapporto di lavoro ope judicis, verrebbe in rilievo una controversia concernente l'assunzione al lavoro espressamente ascritta, come tale, alla giurisdizione ordinaria dal primo comma dell'art. 63 [33].

Spingendo alle estreme conseguenze tale impostazione esegetica, si è giunti ad affermare il difetto di giurisdizione del g.a. anche nella ipotesi di impugnativa, innanzi a detto giudice, dei soli atti relativi al procedimento concorsuale e non anche di quelli costitutivi del rapporto, allorchè il ricorrente, chiedendo la sospensione della graduatoria [34] o la rimozione di un provvedimento di annullamento parziale del bando di concorso [35], abbia inteso in realtà ottenere l'instaurazione per via giudiziale di un rapporto di lavoro con l'Amministrazione.

Parallelamente, si è andato però delineando sulla questione un filone interpretativo diametralmente opposto secondo il quale la giurisdizione sulle controversie in materia di procedure concorsuali, assegnata in via d'eccezione del giudice amministrativo dal quarto comma dell'art. 63, "non è superabile mediante il ricorso all'istituto della disapplicazione degli atti concorsuali", per cui le controversie relative all'assunzione riservate al giudice ordinario "sono esclusivamente quelle in cui non venga mai in contestazione lo svolgimento di procedure concorsuali" [36].

A fondamento di tale soluzione ermeneutica si è talvolta sottolineata la natura di atto preparatorio ed organizzativo di carattere generale della graduatoria impugnata, la quale, al pari degli altri atti generali di organizzazione finalizzati non tanto al rispetto dei singoli diritti individuali quanto al rispetto del principio generale del buon andamento della pubblica amministrazione, resta al di fuori della giurisdizione del giudice ordinario in quanto priva di una diretta attinenza e ripercussione all'interno del singolo ed individuale rapporto di lavoro in sé considerato [37].

Se ne è ricavato che, nelle richiamate ipotesi di impugnazione congiunta degli atti concorsuali e di quelli relativi all'assunzione (o mancata assunzione) il carattere preparatorio e strumentale della procedura concorsuale rispetto alla costituzione del rapporto di lavoro consentirebbe di riconoscere nella graduatoria – o negli atti ad essa prodromici – il carattere di atti immediatamente lesivi, tali da costituire l'oggetto immediato di una impugnazione da proporre in via principale innanzi al g.a. negli ordinari termini di decadenza, e non conoscibili quindi incidenter tantum dal g.o. nell'esercizio del potere di disapplicazione degli atti amministrativi presupposti [38].

Ad analoghe conclusioni si è giunti per altro verso, evidenziando come con l'azione mirata all'accertamento del diritto all'assunzione e basata sull'assunto della scorretta formazione della graduatoria concorsuale, i ricorrenti in realtà non agiscono a tutela del loro diritto ad essere assunti, ma "a tutela di qualcosa di diverso e cioè dell'interesse a che la graduatoria venga formata nel rispetto delle regole poste dall'avviso di reclutamento e dalla legge, facendo quindi valere una posizione di interesse legittimo nell'ambito della procedura concorsuale" [39].

3.3. Considerazioni per una corretta applicazione del criterio del petitum sostanziale.

Ed è questo secondo orientamento ermeneutico ad offrire alla problematica interpretativa in esame la soluzione che appare più condivisibile, basandosi su una

corretta applicazione del c.d. criterio del petitum sostanziale, tale, cioè, da risultare più coerente con la natura e la consistenza delle posizioni giuridiche vantate dai soggetti interessati allo svolgimento di procedure concorsuali.

E' noto, infatti, che ai sensi dell'art. 386 c.p.c. la giurisdizione si determina dall'oggetto della domanda, ed il significato della disposizione va inteso, per consolidato orientamento giurisprudenziale, nel senso che il criterio in base al quale debbono essere regolati i rapporti tra le diverse giurisdizioni è quello del "petitum sostanziale", ossia dello specifico oggetto e della reale natura della controversia, da identificarsi non soltanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice, ma anche, e soprattutto, in funzione della "causa petendi", costituita dal contenuto della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuabile in relazione alla sostanziale protezione accordata, in astratto, dall'ordinamento alla posizione medesima, senza che a tal fine possa assumere rilievo la prospettazione della parte [40].

Il giudice adito, pertanto, si trova a dover preliminarmente apprezzare se la posizione soggettiva azionata dal ricorrente abbia consistenza di diritto soggettivo o di interesse legittimo, trattandosi di questione concernente il criterio di discrimine del riparto tra giurisdizione ordinaria generale e giurisdizione amministrativa di legittimità [41].

Orbene, è appena il caso di evidenziare come nell'esaminata ipotesi di impugnazione contestuale degli atti relativi ad una procedura concorsuale nonché di quelli relativi all'assunzione (o alla mancata assunzione), il ricorrente – sia esso escluso o non utilmente collocato in graduatoria – che lamenti formalmente la lesione di un suo preteso diritto soggettivo all'assunzione per effetto di una procedura concorsuale irregolare, in realtà sostanzialmente contesta, deducendone l'illegittimità, gli atti amministrativi che ne dispongono l'estromissione dal concorso o che attribuiscono ad altri la qualità di vincitori.

Fa valere, in altri termini, un mero interesse legittimo ad uno svolgimento del procedimento concorsuale conforme al relativo bando e alla legge, mentre non può dirsi venire in rilievo un diritto soggettivo all'assunzione, il quale sorge – o per meglio dire si consolida [42] – solo con l'approvazione definitiva della graduatoria e comunque esclusivamente nei confronti di coloro che all'esito del procedimento vengono proclamati vincitori.

Solo in favore di questi ultimi, infatti, per effetto della loro utile collocazione in graduatoria, la fattispecie costitutiva del diritto all'assunzione può ritenersi, oltre che perfezionata, anche pienamente efficace, e pertanto ammessa alla tutela costitutiva prevista dall'art. 63, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001, stante il sorgere di un obbligo giuridico in capo alla p.a. di concludere un contratto di lavoro.

Solo in questo caso, cioè, può ritenersi venire in rilievo una "controversia concernente l'assunzione al lavoro" cui espressamente l'art. 63 cit. riconnette la

giurisdizione del g.o., ma sempre sul presupposto che si controverta di situazioni giuridiche soggettive che abbiano la consistenza del diritto soggettivo [43].

4. Conclusioni: l'equivoco dell'estensione del potere di disapplicazione del giudice ordinario sugli atti delle procedure concorsuali e la giurisdizione "riservata" del giudice amministrativo in materia.

In conclusione, diviene quindi essenziale, ai fini della decisione sulla giurisdizione, accertare se la pretesa azionata sia o meno realmente orientata ad incidere sull'atto di esclusione dal concorso o sulla graduatoria finale, potendosi infatti riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo "in tutti i casi in cui la controversia investa la singole procedure concorsuali o tenda ad inficiare la graduatoria disconoscendone la legittimità e chiedendone la modifica, mentre deve affermarsi la giurisdizione del giudice ordinario allorquando si agisca sul presupposto della definitività della graduatoria e allorquando, quindi, senza in alcun modo censurare lo svolgimento del concorso e il relativo atto finale, si faccia valere il diritto alla nomina alla qualifica superiore (ovvero all'assunzione, n.d.r.)" [44]. A questo punto, però, emerge chiaramente come in realtà, nel caso considerato, la problematica dell'estensione del potere di disapplicazione del g.o. agli atti della procedura concorsuale risulti quanto meno mal posta.

A ben vedere, infatti, ogni questione concernente l'esercizio del potere di disapplicazione degli atti amministrativi eventualmente illegittimi presuppone già risolta la questione dell'appartenenza della controversia alle attribuzioni giurisdizionali del giudice adito, concernendo essa il merito della controversia e non la giurisdizione [45]. L'apprezzamento in ordine alla sussistenza della giurisdizione costituisce cioè, rispetto alla valutazione incidentale circa la legittimità della procedura concorsuale, un antecedente logico – giuridico necessario da cui il giudice non può prescindere.

Da ciò si ricava che, qualora si faccia valere in giudizio un presunto diritto all'assunzione che annoveri fra i suoi elementi costitutivi il previo riconoscimento dell'illegittimità degli atti concorsuali, il g.o. non potrà accordare tutela, non perché una tale cognizione incidentale vanificherebbe la riserva di cui al comma 4 dell'art. 63, o perché tali atti non sono assimilabili agli atti amministrativi presupposti di cui al comma 1 della medesima disposizione, ma semplicemente perché egli, a fronte di una tale domanda, difetta di giurisdizione.

Ne deriva che sugli atti delle procedure concorsuali deve riconoscersi al giudice amministrativo una giurisdizione "riservata", non esclusiva, cioè [46], ma certamente sottratta, in ogni caso, alla cognizione incidentale del giudice ordinario.

Tale soluzione, peraltro, consente per un verso di ovviare alle conseguenze aberranti che seguirebbero all'ammissibilità di una impugnazione incidentale degli atti concorsuali, soggiacendo in tal caso detta impugnazione al termine di prescrizione

quinquennale e non a quello decadenziale di 60 giorni previsto invece in via ordinaria per la proposizione del ricorso innanzi al g.a., con l'ulteriore effetto di mettere in discussione provvedimenti che hanno avuto nel frattempo una notevole incidenza nell'organizzazione della pubblica amministrazione che ha proceduto alla nomina dei vincitori [47].

Per altro verso, essa si pone perfettamente in linea con l'esigenza pratica di assicurare a vertenze "di massa" quali le controversie inerenti le procedure concorsuali, caratterizzate non solo dal numero elevato delle parti, ma anche dalla varietà e incompatibilità dalle loro reciproche posizioni, un unico giudice e, quindi, soluzioni giurisprudenziali uniformi [48]. Deve infine rilevarsi come le conclusioni cui si è supra pervenuti, a fronte del nuovo orientamento assunto dalle Sezioni Unite della Cassazione con sentenza 15 ottobre 2003, n. 15403, possano trovare integrale applicazione anche in relazione alle questioni di giurisdizione concernenti i c.d. concorsi interni [49], da ascrivere pertanto parimenti alla giurisdizione "riservata" del giudice amministrativo.

LA "GIURISDIZIONE" SPORTIVA

di Mauro Sferrazza (*)

Sommario:

1. Giustizia sportiva e problemi di giurisdizione.2. Orientamenti giurisprudenziali in materia di giurisdizione sportiva.3. La novella legislativa del 2003.4. Le materie riservate alla giustizia sportiva. 5. La competenza giurisdizionale del giudice amministrativo.6. La giurisdizione ordinaria.

1. Giustizia sportiva e problemi di giurisdizione.

La giustizia sportiva opera secondo le norme proprie dell'ordinamento sportivo, norme che appaiono funzionali alle esigenze di celerità della decisione connesse allo svolgimento delle competizioni sportive. La giustizia statale è chiamata ad intervenire soltanto laddove l'attività sportiva venga ad assumere rilevanza «esterna».

L'ambito di competenza della giustizia sportiva è stato tradizionalmente individuato nei rapporti di natura tecnica. Viceversa, quando si tratta di rapporti connessi all'espletamento della funzione amministrativo-organizzativa delle istituzioni sportive, oppure di rapporti tra i soggetti dell'ordinamento stesso, la competenza giurisdizionale è stata attribuita rispettivamente ai giudici amministrativi (essendo quelle situazioni qualificate come interessi legittimi) ed ai giudici ordinari (assumendo i relativi rapporti natura di diritti soggettivi)1 .

Siffatta ripartizione, peraltro, è stata criticata da una parte della dottrina che ha ritenuto eccessiva la «dichiarazione di non intervento» della Suprema Corte, pur nell'ambito dei rapporti tecnici, considerato che «se autonomia vuol dire anche

libertà di autoregolamentare i propri interessi, essa non significa però spazio libero dal diritto […]. Oltre a ciò, appare contraddittorio discorrere di irrilevanza là dove, per un verso, l'ordinamento generale ha al contrario interessi rilevanti anche allo svolgimento delle attività sportive e, per l'altro, gli interessi privati coinvolti sono certamente meritevoli di tutela»2 .

Tale assetto in materia di giurisdizione, sostanzialmente ricostruito per via giurisprudenziale, viene messo sempre più in discussione nel momento in cui nello sport cominciano a confluire interessi di natura economica e ragioni di tutela del lavoro: «il mito dell'impenetrabilità statuale dello sport»3 entra in crisi: infatti, con sempre maggiore frequenza tesserati e società sportive prendono a rivolgersi alla magistratura per la tutela delle loro ragioni, violando il vincolo di giustizia sportiva, clausola statutaria con la quale le federazioni sportive nazionali tentano di impedire fughe di giurisdizione all'esterno 4 .

Iniziò, così, una fase in cui alla «tendenziale idoneità della giustizia sportiva a contenere nel suo interno ogni controversia subentrò quella dell'aperto conflitto con la giustizia dello Stato […]» 5 che prende ad «ingerirsi» in misura sempre maggiore nelle controversie sportive, «nelle controversie cioè che vanno risolute alla luce delle norme poste nell'ambito dell'ordinamento sportivo» 6 .

Una parte della giustizia amministrativa, cioè, utilizzando il "grimaldello" esegetico «delle conseguenze patrimoniali che sempre, ma indirettamente, derivano dall'applicazione dei regolamenti sportivi o dalle relative sanzioni disciplinari, ma che possono altresì derivare da ogni altra attività sociale giuridicamente indifferente»7 , ha «ritenuto di doversi attribuire la giurisdizione in numerose controversie, anche dilettantistiche, in cui di interessi legittimi non v'era nemmeno la minima traccia»8 .

Riteniamo che, muovendo dall'autonomia dell'ordinamento sportivo, il cui fondamento è rinvenuto «nella norma costituzionale di cui all'art. 18, concernente la tutela della libertà associativa, nonché nell'art. 2, relativo al riconoscimento dei diritti inviolabili delle formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità del singolo» 9 , deve ritenersi attribuito - alle federazioni sportive - il connaturale potere di emanare norme interne per l'ordinato svolgimento delle competizioni sportive: ne consegue che agli organi delle stesse deve anche essere riservato il giudizio sull'osservanza di siffatte norme.

Del resto, i provvedimenti emanati in conseguenza dell'applicazione delle regole dell'ordinamento sportivo sono destinati a produrre i loro effetti all'interno dell'ordinamento medesimo e solo in via eventuale ed indiretta gli stessi si riflettono nell'ordinamento generale: se ne deduce, pertanto, che non possono che rimanere irrilevanti per quest'ultimo.

É lo stesso effetto fondamentale della giuridicità degli ordinamenti sportivi che depone in tal senso: «gli ordinamenti statali possono non consentire nel loro territorio l'attuazione dell'agonismo programmatico in uno o più sport, ma se lo consentono ciò di per sé significa che essa può e deve essere organizzata e curata dagli sportivi stessi per mezzo di ordinamenti dotati, appunto, del requisito della giuridicità»10 .

Se ne ricava, dunque, che «un intervento dello Stato nella disciplina sportiva – e quindi una limitazione all'espansione autonomistica dell'ordinamento sportivo – possa verificarsi solo nei casi in cui l'interesse, pur pubblico, di settore (sportivo) venga ad interferire con quelli più generali e più "ampiamente" pubblici che compete direttamente allo Stato tutelare ed attuare»11 .

Il corollario è che la soluzione statale nelle controversie sportive si giustifica soltanto «se e nella misura in cui le istituzioni dello sport non risultino in grado di predisporre adeguate forme di tutela»12 .

2. Orientamenti giurisprudenziali in materia di giurisdizione sportiva.

Prima dell'intervento della legge di riordino dello sport organizzato del 2003, dottrina e giurisprudenza distinguevano la competenza giurisdizionale in materia sportiva a seconda dell'oggetto della controversia13 .

Le questioni di natura tecnica spettavano, pacificamente, agli organi di giustizia sportiva, chiamati, dunque, ad assicurare l'osservanza delle norme finalizzate al regolare svolgimento delle competizioni agonistiche. In ordine alle controversie inerenti i profili tecnici dell'attività agonistica rimaneva esclusa la possibilità di intervento dell'autorità giudiziaria, anche considerato che, in tale ambito, non è configurabile alcun diritto soggettivo o interesse legittimo 14 .

Laddove, dunque, le normative federali disciplinino esclusivamente gli aspetti tecnicoagonistici delle competizioni sportive, deve reputarsi che le stesse non assumano rilevanza per l'ordinamento giuridico generale e, quindi, i loro effetti sono destinati ad esaurirsi nell'ambito dello stesso. In altri termini, nelle regole tecniche non sono configurabili norme c.d. di relazione dalle quali derivino situazioni giuridiche soggettive perfette meritevoli di tutela giurisdizionale 15 .

Insomma, il giudice ordinario e quello amministrativo difettano di giurisdizione in tutte quelle controversie in cui gli organi di giustizia sportiva facciano applicazione delle regole tecniche emanate dall'ordinamento federale, «con la consequenziale affermazione del difetto assoluto di giurisdizione rispetto alla domanda rivolta ad ottenere tale sindacato, considerato che dette regole integrano norme interne dell'ordinamento sportivo, non rilevanti per l'ordinamento generale, e che, pertanto, in relazione alla loro applicazione, le posizioni degli interessati non sono qualificabili né come diritti soggettivi, né come interessi legittimi»16 .

Le questioni di natura patrimoniale che insorgono tra tesserati o tra questi e le società, invece, concernono la c.d. giustizia economica e sono devolute alla cognizione di speciali collegi arbitrali grazie ad apposite clausole compromissorie.

L'esempio più significativo è quello di cui all'art. 4 della l. n. 91/1981, che consente di deferire al giudizio di appositi Collegi arbitrali istituiti dalla varie Federazioni, le questioni di carattere economico tra soggetti che svolgono attività in ambito sportivo 17 . Rispetto a tale tipologia di controversie il vincolo di giustizia sportiva «si configura come clausola compromissoria e non presenta profili di illiceità, riguardando diritti disponibili: l'arbitrato – si discute se rituale o irrituale – con cui vengono decise integra una legittima deroga alla competenza del giudice ordinario, alla stregua di quanto avviene per le clausole compromissorie previste dal codice di procedura civile» 18 . In siffatta materia, dunque, la giustizia ordinaria è alternativa a quella sportiva, nel senso che l'avvenuta pronuncia del lodo arbitrale si profila quale causa di improponibilità della domanda giurisdizionale 19 .

I procedimenti di natura disciplinare 20 , diretti a comminare sanzioni di carattere interdittivo o pecuniario ai tesserati ed associati che contravvengono alle regole federali, hanno da sempre posto il problema della sindacabilità dei relativi provvedimenti, specie in considerazione del fatto che ammettere un sindacato giurisdizionale in materia, significherebbe aprire le porte alla cognizione del merito della normativa tecnica.

Certo è che non può trascurarsi una certa rilevanza esterna, ossia nell'ordinamento generale, dei provvedimenti disciplinari che comminino sanzioni interdittive o pecuniarie, con la conseguenza della potenziale loro sindacabilità da parte della giustizia statale.

Ed a tal riguardo, un corposo orientamento giurisprudenziale, pur riconoscendo l'irrilevanza giuridica, per l'ordinamento generale, delle norme di natura tecnica, ha affermato che ciò «peraltro, non esclude l'eventualità che per la obiettiva e concreta portata stessa della sanzione sportiva in fatto irrogata, questa sia di per sé in grado di assumere un rilievo sostanziale anche nei confronti del ripetuto status soggettivo di affiliato o tesserato, paralizzando, di fatto, le facoltà tutte ad esso inerenti in misura tale da determinare una effettiva ed apprezzabile cesura o perdita di contenuti del rapporto stesso, con conseguente lesione del bene della vita ad esso correlato (ad es. sospensione dil ungo periodo dell'attività agonistica).

Ove però la circostanza da ultimo descritta non si verifichi, deve escludersi qualsiasi competenza del giudice amministrativo in materia di sanzioni disciplinari d'ordine sportivo»21 .

È possibile osservare come in ordine ai provvedimenti disciplinari che irrogano sanzioni pecuniarie, la giurisprudenza si è mostrata oscillante, a volte riconoscendo il sindacato giurisdizionale statale 22 , altre volte affermandone la loro rilevanza

meramente interna all'ordinamento sportivo 23 . Quanto alle sanzioni interdittive, le stesse sono state generalmente considerate potenzialmente suscettibili di impugnazione innanzi al giudice amministrativo che, però, dovrà previamente verificare se il provvedimento incida o meno «in misura sostanziale» sulla posizione giuridica soggettiva dell'associato, avuto riguardo all'entità della sanzione medesima e ad i suoi effetti sull'attività agonistica del soggetto interessato.

Sia consentito osservare come, a prescindere dalla condivisibilità o meno della stessa impostazione generale della problematica, appare comunque evidente che il concetto di "stabile" o "sostanziale" modificazione del rapporto sportivo si presta a differenti valutazioni.

In tale contesto, le problematiche di maggior rilievo sono sorte in ordine alle c.d. controversie associative e, in particolare, in relazione al provvedimento sanzionatorio più grave, ossia l'esclusione del tesserato o la revoca dell'affiliazione delle società sportive. Una certa giurisprudenza amministrativa, muovendo dalla considerazione che le norme dettate dalle federazioni sportive per la disciplina della partecipazione dei privati alle competizioni sportive rilevano sul piano giuridico generale, poiché incidono su diritti che l'ordinamento dello Stato riconosce e garantisce all'individuo quale espressione della sua personalità, ha spesso fatto rientrare nella giurisdizione amministrativa le controversie attraverso cui le federazioni stesse, nell'esercizio dei poteri che le predette norme loro concedono, menomano in misura sostanziale o addirittura escludono la detta partecipazione 24 .

La tesi, in sostanza, è che allorché il regime delle esclusioni o dei dinieghi di iscrizione si estrinseca attraverso atti autoritativi idonei a recidere o alterare in modo stabile o sensibile il sottostante rapporto sorto nella prospettiva della soddisfazione dell'interesse primario all'esercizio dell'attività agonistica, ci si trovi innanzi a veri e propri provvedimenti amministrativi lesivi della sfera giuridica del tesserato o affiliato e che, dunque, in quanto tali, gli stessi sono soggetti al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo.

E così, ad esempio, vi è giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla controversia avente ad oggetto il provvedimento col quale la federazione italiana giuoco calcio esclude una società dal campionato per inadempimento nei confronti della lega professionisti della serie di appartenenza 25 .

Questo, perché «gli interessi sostanziali connessi all'iscrizione e alla legittima permanenza delle società sportive in un campionato ed in una lega assurgono alla consistenza di interessi tutelati dalla giurisdizione statale, e più precisamente (atteso il non contestabile potere di supremazia speciale attribuito dall'ordinamento alle federazioni) di interessi legittimi, come tali rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo» 26 .

Le incertezze, comunque, rimanevano tante e molti auspicavano un intervento legislativo che apportasse chiarezza in materia e provvedesse, in modo sistematico, ad un compiuto assetto delle problematiche in punto giurisdizione.

3. La novella legislativa del 2003.

L'auspicato intervento normativo in materia di riparto di giurisdizione sulle controversie sportive giunge, come noto, con il d.l. n. 220/2003, recante «disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva», emanato sulla scia delle complesse dispute giudiziarie calcistiche scoppiate al termine della stagione sportiva.

L'art. 2, co. 1, del predetto decreto ridisegna l'ambito di competenza della giustizia sportiva, tentando di distinguere gli aspetti riguardanti la sola attività sportiva da quelli suscettibili, invece, di assumere rilievo per l'ordinamento giuridico generale.

Non si è mancato di osservare, tuttavia, come la novella legislativa sia, in realtà, inidonea tanto a selezionare le questioni la cui disciplina risulta riservata all'ordinamento sportivo, quanto ad individuare le pretese sportive atipiche comunque ricorribili al tribunale amministrativo regionale 27 .

L'art. 2, d.l. n. 220/2003, come convertito, con modificazioni, dalla l. n. 280/2003, così recita: «In applicazione dei principi di cui all'art. 1, è riservata all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto:

a) l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie

dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive;

b) i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive».

In sintesi, il legislatore colloca nella zona dell'indifferente giuridico per lo Stato le sole questioni tecniche e quelle disciplinari, mentre le questioni amministrative e patrimoniali sono rimesse al sindacato giurisdizionale statale.

In particolare, riconosciuta la riserva in favore dell'ordinamento sportivo delle questioni di carattere tecnico, quelle economiche, specificamente citate nell'art. 3, sono sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario. Se ne deve, dunque, desumere l'attualità del criterio della c.d. alternatività, ossia della facoltà per il soggetto interessato di rivolgersi, in via alternativa, agli organismi arbitrali dell'ordinamento sportivo oppure al giudice ordinario civile o del lavoro.

I maggiori dubbi sono sorti a proposito dell'attribuzione della materia della irrogazione delle sanzioni disciplinari alla cognizione esclusiva del giudice sportivo.

Siffatta attribuzione di cui all'art. 2, infatti, andrebbe pur sempre letta alla luce del principio generale di cui all'art. 1 dello stesso testo legislativo, che fa salvi i casi di

rilevanza – per l'ordinamento giuridico della Repubblica – di situazioni giuridiche soggettive, pena la possibile violazione dei precetti costituzionali di cui agli artt. 24 e 102 Cost.28

Ne conseguirebbe, dunque, che anche le questioni di carattere disciplinare potrebbero non essere considerate come riservate all'ordinamento sportivo, nel momento in cui le stesse vengano ad assumere rilievo effettivo anche per l'ordinamento dello Stato, in considerazione della loro capacità di ledere posizioni giuridiche soggettive qualificabili come diritti soggettivi o interessi legittimi.

Quanto alle controversie c.d. associative, ossia quelle riguardanti l'ammissione e l'affiliazione alle federazioni delle società sportive e dei singoli tesserati, così come la partecipazione ai campionati, viene sostanzialmente ribadita la competenza giurisdizionale statale, attesa la ricorrenza di situazioni giuridiche soggettive rilevanti.

In tale ambito, prima dell'intervento legislativo del 2003, occorreva previamente verificare se le norme che si assumevano essere state violate attenevano alla vita interna della federazione sportiva od ai rapporti tra società o tra queste ed i propri tesserati: in questa ipotesi, la competenza era attribuita al giudice ordinario, mentre laddove veniva in rilievo la realizzazione degli interessi istituzionali dell'attività sportiva, la competenza spettava al giudice amministrativo 29[60].

Oggi, invece, occorre tenere presente quanto disposto dall'art. 3 della richiamata l. n.

280/2003, secondo cui, ferma restando la competenza giurisdizionale ordinaria in ordine ai rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti, ogni altra controversia avente ad oggetto atti del CONI o delle Federazioni non riservata alla giustizia sportiva è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Sul punto, osservato come il legislatore non abbia fatto distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, né si sia addentrato nel predeterminare le materie devolute alla giurisdizione amministrativa, l'attribuzione della cognizione della controversia al giudice amministrativo sembra richiedere una doppia valutazione: che non si tratti di materia riservata alla competenza della giustizia sportiva e che siano stati comunque prima «esauriti i gradi della giustizia sportiva».

4. Le materie riservate alla giustizia sportiva.

Le controversie di natura tecnica e, segnatamente, quelle di "risultato", già da sempre, come sopra rilevato, riconosciute irrilevanti per l'ordinamento giuridico generale, sono, dunque, ora formalmente e definitivamente attribuite alla cognizione

[60] 29 Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 30 settembre 1995, n. 1050, in Giust. civ., 1996, p. 577.

della giustizia sportiva. È stata sottratta, però, alla giustizia sportiva, la competenza in punto ammissione ed affiliazione di tesserati e società 30[61].

Nella prospettiva della compiuta sistemazione della materia della giustizia sportiva, la sopra citata l. n. 280/2003 ha, poi, stabilito, all'art. 2, che «nelle materie di cui al comma 1, le società, le associazioni, gli affiliati ed i tesserati hanno l'onere di adire, secondo le previsioni degli statuti e regolamenti del Comitato olimpico nazionale italiano e delle Federazioni sportive di cui agli articoli 15 e 16 del decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, gli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo».

Sulla base del nuovo disposto normativo, alcuni Autori ritengono oggi privo di cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico il vincolo di giustizia: «tale conclusione è confermata non solo dalla semplice lettura della norma in questione (che parla testualmente solo di "clausole compromissorie" e non di "vincolo di giustizia"), ma anche dall'interpretazione logica e teleologica della stessa (sarebbe veramente un controsenso pensare che il legislatore statale abbia previsto e dettagliatamente disciplinato la facoltà per i tesserati in ambito sportivo di adire il giudice amministrativo e poi abbia, nell'ambito della stessa legge, riconosciuto espressamente la legittimità di un istituto, il vincolo sportivo, che prevede il divieto di adire il giudice statale e gravi sanzioni per la violazione di tale divieto)»31[62].

Chi scrive, invece, attraverso una valorizzazione della circostanza che il vincolo di giustizia si risolve in un impegno di chiara natura negoziale e riveste sostanziale struttura compromissoria 32[63], ritiene possibile riaffermare la piena vigenza dello stesso.

Del resto, il vincolo di giustizia non comporta alcuna preclusione in capo al tesserato o all'affiliato di adire l'autorità giurisdizionale statale, laddove venga lamentata la lesione di un diritto

soggettivo indisponibile oppure contestato il non corretto esercizio di un potere pubblicistico o autoritativo rispetto al quale sia configurabile un vero e proprio interesse legittimo.

Deve, tuttavia, ancora di recente registrarsi la dichiarazione, da parte della giustizia amministrativa, della esistenza del proprio sindacato sui provvedimenti disciplinari

[61] 30 Competenza, invece, inclusa in sede di decreto legge. Sul punto, peraltro, è stata rilevata l'anomalia, presente nel decreto legge, della distinzione di competenza tra questioni relative all'ingresso nell'ordinamento sportivo e questioni inerenti il momento dell'uscita (es. radiazione, esclusione) (cfr. L. GIACOMARDO, Autonomia per le federazioni, ed una delega in bianco al CONI, in Dir. e giust., n. 31, 2003, p. 10). Ma in sede di conversione, il legislatore, anziché correggere tale evidente anomalia riunificando la competenza in capo al giudice sportivo, ha preferito attribuire l'intera materia alla giurisdizione statale

[62] 31 Così E. LUBRANO, La giurisdizione amministrativa in materia sportiva dopo la legge 17 ottobre 2003, n. 280, in P. MORO (a cura di), La giustizia sportiva, Forlì, 2004, p. 175.

[63] 32 Diversamente opinando, non troverebbe logica giustificazione l'onere - per il soggetto che fa parte dell'ordinamento sportivo – di adire gli organi della giustizia sportiva nelle materie riservate alla competenza esclusiva della medesima, previsto dall'art. 2, l. n. 280/2003.

sportivi. In alcuni casi, siffatta giurisprudenza è, addirittura, giunta a privare, di fatto, effettiva vigenza al vincolo di giustizia sportiva: ciò, infatti, avviene quando, ritenendo che rivolgersi al giudice statale non costituisce comportamento che può essere legittimamente sanzionato, viene accolto il ricorso di una società affiliata alla FIGC avverso le misure sanzionatorie adottate per avere la stessa – appunto – violato il predetto vincolo 33[64].

Nella stessa direzione si è affermato che sanzioni sportive disciplinari, suscettibili di acquistare rilievo anche nell'ordinamento generale dello Stato 34[65], non possono essere sottratte alla giurisdizione amministrativa, in quanto, ancorché l'art. 2 della l. n. 280/2003 abbia riservato all'ordinamento sportivo la disciplina avente ad oggetto i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni sportive, detto principio, stante l'art.1 dello stesso impianto normativo, non opera nel caso in cui la sanzione non esaurisce la sua incidenza nell'ambito strettamente sportivo, ma rifluisce nell'ordinamento generale dello Stato 35[66]. Tale lettura sulla vigente disciplina in materia di riparto di giurisdizione nelle controversie sportive non può essere condivisa: basti, al riguardo, osservare come sia lo stesso legislatore ad operare a monte la qualificazione giuridica delle diverse fattispecie, avendo cura di precisare che quelle concernenti l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive, nonché i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari, non possono incidere su situazioni rilevanti per l'ordinamento giuridico generale: deve, pertanto, concludersi «che nessuna violazione di tali norme sportive potrà considerarsi di alcun rilievo per l'ordinamento giuridico dello Stato» 36[67]. Il vizio del sopra riferito orientamento giurisprudenziale consiste nel considerare non già il fatto sportivo in sé, sul quale va radicata la competenza, quanto gli eventuali riflessi economici dello stesso. In sostanza, viene riproposto il non condivisibile assunto della coincidenza tra i concetti di "rilevanza giuridica" e "rilevanza economica", nel senso che una parte della dottrina e della giurisprudenza riconosce la rilevanza giuridica degli interessi lesi, laddove sia ravvisabile una rilevanza anche economica degli stessi.

[64] 33 Cfr. TAR Lazio, sez. III, ord. 21 aprile 2005, n. 2244. La vicenda riguardava il ricorso del Cosenza 1914 avverso la decisione della CAF del 7 marzo 2005 con la quale era stata comminata la penalizzazione di punti 3 in classifica e duemila euro di multa, nonché dell'interdizione di anni uno a carico del presidente, per violazione, appunto, del vincolo di giustizia sportiva, per avere la predetta società in precedenza proposto ricorso innanzi allo stesso TAR Lazio per il riconoscimento del proprio titolo sportivo e del connesso diritto a partecipare al campionato calcistico di serie C1. Si tratta di una decisione di portata storica, atteso che, a quanto consta, per la prima volta è stata annullata una sanzione disciplinare inflitta per violazione del vincolo di giustizia sportiva.

[65] 34 Nel caso di specie si trattava della sanzione disciplinare della squalifica del campo di calcio, con obbligo di disputare a porte chiuse le rimanenti partite casalinghe.

[66] 35 Cfr. TAR Lazio, sez. III ter, ord. 12 aprile 2007, n. 1664, in Riv. dir. ec. sport., n. 2, 2007, p. 129 ss. e TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 19 aprile 2007, n. 679, in Riv. dir. ec. sport., n. 2, 2007, p. 135 ss.

[67] 36 Consiglio di giustizia amm. per la Regione siciliana, 8 novembre 2007, n. 1048, cit., 100.

Ma così argomentando si trascura di considerare che, attesa l'importanza e le ricadute economiche delle odierne competizioni sportive professionistiche, tutte le sanzioni disciplinari sportive «rischiano» di avere comunque un'influenza patrimoniale indiretta: con la conseguenza che dovrebbe, quindi, sempre ammettersi la giurisdizione amministrativa.

Insomma, che le sanzioni sportive possano essere conosciute solo dal giudice sportivo non è norma che dovrebbe destare preoccupazione, almeno laddove si accolga l'impostazione liberale del pluralismo ordinamentale 37[68]. Deve, quindi, concludersi che le controversie riservate agli organi della giustizia sportiva devono considerarsi escluse «tanto dalla giurisdizione del giudice ordinario, quanto da quella del giudice amministrativo», essendo «per definizione di legge tali controversie […] prive di ogni rilievo per il diritto statale» 38[69].

5. La competenza giurisdizionale del giudice amministrativo.

La legge di riforma del 2003, all'art. 3, co. 1, così dispone: «Esauriti i gradi della giustizia sportiva e ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sui rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti, ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'articolo 2, è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In ogni caso è fatto salvo quanto eventualmente stabilito dalle clausole compromissorie previste dagli statuti e dai regolamenti del Comitato olimpico nazionale italiano e delle Federazioni sportive di cui all'articolo 2, comma 2, nonché quelle inserite nei contratti di cui all'articolo 4 della legge 23 marzo 1981, n. 91».

La giustizia amministrativa, dunque, ha una competenza residuale su tutte quelle materie non riservate alla giustizia sportiva e non attribuite alla cognizione del giudice ordinario. Abbiamo già sopra, a tal proposito, rilevato come la legge non faccia qui distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Ma se in tal modo si è formalmente risolto il problema di riparto di giurisdizione, l'interprete rimane, comunque, onerato dall'accertamento a monte sull'eventuale qualificazione delle pretese sportive in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo, anche considerato che «la qualificazione della situazione soggettiva lesa

[68] 37 Cfr. N. PAOLANTONIO, Ordinamento statale e ordinamento sportivo: spunti problematici, in Foro amm. – Tar, n. 3, 2007, p. 1155.

[69] 38 Così Consiglio di giustizia amm. per la Regione siciliana, 8 novembre 2007, n. 1048, cit. Contra, E. LUBRANO, Il TAR Lazio segna la fine del vincolo di giustizia. La FIGC si adegua, in Riv. dir. ec. sport, n. 2, 2005, p. 36, nota 22, che, tra l'altro, osserva: «[…] comunque, sarebbe del tutto privo di senso un "vincolo di giustizia" riferito anche soltanto alla materia delle questioni irrilevanti (preclusione ad adire il TAR Lazio per l'impugnazione di provvedimenti riconoscibili come non rilevanti): è, infatti, ovvio che – poiché l'unico soggetto a stabilire se una certa questione sia rilevante o meno (con conseguente declaratoria di ammissibilità o meno del ricorso proposto) è solo il giudice amministrativo – non avrebbe alcun senso una preclusione ad adire lo stesso su questioni in ordine alle quali poi il giudice potrà valutare se ammettere o meno il proprio sindacato giurisdizionale».

non è peraltro indifferente anche in altra prospettiva, quella del tipo di sindacato che l'A.G. potrà esercitare sulle decisioni adottate in sede di giustizia endoassociativa»39[70].

L'esame complessivo del corpo normativo del 2003 induce a ritenere oggi attribuite, come già sopra visto, alla giurisdizione amministrativa le controversie relative alle questioni dell'affiliazione e dell'ammissione alle federazioni sportive, salvi fatti, ovviamente, gli effetti della clausola compromissoria.

A tal proposito, peraltro, occorre osservare come il sopra ricordato art. 3, co. 1, faccia riferimento alle sole clausole compromissorie, con la conseguenza che si pone la questione dell'interpretazione di detta terminologia: una interpretazione restrittiva, consentirebbe di considerare clausole compromissorie solo quelle in senso proprio, ossia soltanto quelle con le quali i tesserati si impegnano ad adire gli organismi interni per le questioni che scaturiscano dallo svolgimento dell'attività agonistica, con esclusione, dunque, del vincolo di giustizia sportiva.

Al contrario, una lettura ampia del riferimento alle clausole compromissorie permette di ricomprendervi anche il suddetto vincolo di giustizia, ossia anche il divieto per i tesserati e gli affiliati di adire gli organi della giustizia statale, pena applicazione di specifiche sanzioni disciplinari.

Quanto ai profili più strettamente processuali, è possibile notare come, ai sensi dell'art. 3, co. 3, del testo normativo di cui trattasi, «davanti al giudice amministrativo il giudizio è definito con sentenza succintamente motivata ai sensi dell'articolo 26 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e si applicano i commi 2 e seguenti dell'art. 23-bis della stessa legge». **Peraltro, è stata attribuita competenza esclusiva di primo grado (anche per l'emanazione delle misure cautelari) al tribunale amministrativo regionale del Lazio con sede in Roma.**

È, altresì, espressamente previsto che le relative questioni di competenza sono rilevabili d'ufficio 40[71].

Se la previsione residuale della giurisdizione esclusiva in favore del giudice amministrativo non appare esente da critiche è, invece, del tutto condivisibile l'individuazione della competenza territoriale in capo al Tar Lazio, stante l'esigenza di evitare pronunce a macchia di leopardo, come quelle che hanno determinato l'intervento di urgenza del governo 41[72].

Del resto, l'attribuzione della competenza territoriale al TAR Lazio rappresenta una scelta legislativa che trova fondamento e giustificazione nella portata solitamente ultraregionale dei provvedimenti emanati in ambito sportivo.

[70] 39 A. DE SILVESTRI, La c.d. autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale,cit., p. 97.
[71] 40 Cfr. TAR Puglia, Bari, 8 febbraio 2007, n. 401, in www.giustiziasportiva.it.
[72] 41 Cfr. L. GIACOMARDO, Autonomia per le federazioni, ed una delega in bianco al CONI, cit., p. 109.

La ratio, cioè, è quella di evitare che le decisioni sui ricorsi delle varie società ai tribunali amministrativi territoriali possano essere in qualche modo sospettate di "campanilismo": «indicativa sotto tale profilo è la precisazione costituita dall'inciso "anche per l'emanazione di misure cautelari", volta proprio ad evitare, anche nella fase cautelare (che, in materia sportiva, ha spesso rilievo determinante), un aggiramento della norma attributiva della competenza territoriale» 42[73].

6. La giurisdizione ordinaria.

Sui rapporti patrimoniali rimane ferma la competenza del giudice ordinario. Attenta dottrina ha osservato come una lettura testuale della disposizione di cui all'art. 3, co. 1, l. n. 280/2003 conduca a ritenere che la predetta materia sia attribuita alla cognizione del giudice ordinario solo relativamente alle controversie «tra società, associazioni e atleti»: ne rimarrebbero, dunque, inspiegabilmente escluse « figure professionali […] quali gli allenatori, i direttori tecnicosportivi ed i preparatori atletici» 43[74], anche se la suddetta lacuna può essere superata alla luce del fatto che la «giustiziabilità o meno delle pretese endoassociative è una risultante di sistema» 44[75].

È bene rammentare, tuttavia, come siffatta materia, attraverso lo strumento della clausola compromissoria, sia di fatto deferita al giudizio arbitrale, considerata la rinnovata legittimazione e validità delle relative clausole generalmente presenti negli statuti e nei regolamenti federali, volte,appunto, a deferire siffatte questioni, inerenti l'ambito dei diritti disponibili, all'esame di appositi collegi arbitrali.

Come strutturato, quindi, il sistema offre alle parti, nei casi in cui non vengano in rilievo diritti fondamentali, di scegliere appositi arbitri per la tutela dei loro diritti e siffatta scelta si traduce in una modalità di esercizio del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.: ne consegue che non può essere agitata alcuna questione di legittimità costituzionale delle norme di cui trattasi, non risultando in alcun modo violato né il diritto di difesa, né il principio del monopolio statale della giurisdizione.

In altre parole, anche dopo l'emanazione della legge n. 280/2003 deve ritenersi vigente «il principio, già sancito in precedenza dalla giurisprudenza, della c.d. "alter nativ ità", ovvero della esistenza di una doppia facoltà dei soggetti interessati, di rivolgersi, alternativamente, agli organi previsti dalla giustizia sportiva (Commissioni vertenze economiche o Collegi arbitrali) oppure agli organi di giustizia statale competenti (Tribunali ordinari in caso di questioni tra più società oppure Giudici del

[73] 42 E. LUBRANO, La giurisdizione amministrativa in materia sportiva dopo la legge 17 ottobre 2003, n. 280, cit., p. 176.
[74] 43 A. DE SILVESTRI, La c.d. autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, cit., p. 103.
[75] 44 A. DE SILVESTRI, La c.d. autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, cit., p. 104. L'A., peraltro, mette in evidenza come potrebbero insorgere problemi di competenza tra giudice ordinario e giudice del lavoro, specie «per quei casi liminali in cui è dubbia l'esistenza di un rapporto di lavoro, sia esso subordinato o autonomo, anche in relazione a recenti modifiche, introdotte in particolare dalla F.I.G.C., che prevedono l'erogazione di somme di denaro, entro un tetto prestabilito, ad atleti dilettanti che disputano campionati nazionali».

Lavoro, in caso di questioni tra società e tesserati derivanti dall'applicazione del contratto di lavoro sportivo)» 45[76].

Se ne deve desumere che il giudice ordinario eventualmente adito pur in presenza di una siffatta clausola, nelle materie riservate alla competenza del giudice sportivo od in quelle deferite alla decisione degli organi arbitrali, con il limite dei diritti effettivamente indisponibili, dovrà rifiutare di esaminare la causa nel merito, declinando la propria giurisdizione 46[77].

Il procedimento arbitrale che scaturisce dalla clausola compromissoria sottoscritta all'atto dell'affiliazione alla federazione sportiva e, quindi, il relativo impegno dei soggetti dell'ordinamento sportivo a rimettere ad un giudizio arbitrale le controversie non devolute agli organi federali, ha natura di arbitrato irrituale 47[78], come del resto si ricava dagli stessi principi di giustizia sportiva deliberati dal consiglio nazionale del CONI il 22 ottobre 2003.

In tal senso si è pronunciata anche la giurisprudenza48, rilevando come la previsione statutaria che impegna tutti i soggetti dell'ordinamento federale ad accettare la piena e definitiva efficacia sia dei provvedimenti generali, che delle decisioni particolari adottati dalla FIGC, «dai suoi organi e soggetti delegati, nelle materie comunque attinenti all'attività sportiva e nelle relative vertenze di carattere tecnico, disciplinare ed economico, impegno dal quale è desumibile un divieto, salva specifica approvazione, di devolvere le relative controversie all'autorità giudiziaria statale, integra una clausola compromissoria per arbitrato irrituale, fondata, come tale, sul consenso delle parti, le quali, aderendo in piena autonomia agli statuti federali, accettano anche la soggezione agli organi interni di giustizia» 49[79] .

Permane, invece, la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla validità ed efficacia delle clausole compromissorie attributive della cognizione della controversia all'arbitrato irrituale, considerato che le parti, ricorrendo a tale istituto, non demandano ai predetti arbitri l'esercizio di una funzione giurisdizionale, bensì conferiscono semplicemente un mandato per l'espletamento di una attività che ha e conserva natura negoziale: e tale mandato può considerarsi legittimamente eseguito soltanto se ed in quanto l'atto di conferimento è valido ed efficace 50[80].

---

[76] 45 E. LUBRANO, La giurisdizione amministrativa in materia sportiva dopo la legge 17 ottobre 2003, n. 280, cit., p. 169, nota 37.

[77] 46 Cfr. Cassazione, sez. un., 9 dicembre 1986, n. 7315, in Giust. civ., Mass., 1986, f. 12.

[78] 47 Cfr. M. SANINO, L'arbitrato sportivo in Italia, in Riv. dir. sport., 1993, p. 352.

[79] 49 Così si esprime, ad esempio, Cassazione, sez. I, 28 settembre 2005, n. 18919, cit. In termini, v. anche Cassazione, sez. I, 27 settembre 2006, n. 21006, cit., p. 59 e Cassazione, sez. I, 17 novembre 1999, n. 12728, in Giust. civ., Mass., 1999, p. 2271.

[80] 50 Cfr. Cassazione, sez. II, 13 dicembre 2001, n. 15753, in Giust. civ., Mass., 2001, p. 2147. In presenza di una clausola compromissoria, dunque, potrebbe al più configurarsi la competenza del giudice ordinario sotto il profilo della validità ed efficacia della rinuncia all'autorità giurisdizionale, trattandosi di questione di interpretazione «del sistema normativo e della volontà contrattuale delle parti, la cui soluzione spetta alla giurisprudenza comune, alla luce dei principi di inviolabilità del diritto costituzionale alla tutela giudiziaria e di disponibilità, entro i limiti delle norme

(*)Avvocato, professore a contratto di Diritto commerciale nell'Università Ca' Foscari - Venezia.

Giovanni Virga

(Professore associato di diritto amministrativo nell'Università di Palermo)

Il giudice dormiente e la risarcibilità del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi

Sommario: 1.- La risarcibilità degli interessi legittimi ed il giudice dormiente. 2.- La situazione esistente prima della sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999. 3. - L'art. 35, 1° comma, del D.L.vo n. 80/1998 e la sua portata dirompente. 4. - La distinzione tra interessi legittimi pretensivi ed oppositivi alla quale fa riferimento la sentenza delle S.U. 5. - Necessità di verificare l'applicazione del principio della risarcibilità anche con riferimento agli interessi legittimi partecipativi e (soprattutto) alla distinzione tra interessi legittimi formali e sostanziali. 6. - La compatibilità dei principi affermati con la previsione dell'"indennizzo automatico e forfettario" contenuta nella L. n. 59/1997. Considerazioni (provvisoriamente) conclusive.

1. - Questa estate ho fatto una breve viaggio in Irlanda e, nel corso di una visita alla Galleria Nazionale di Dublino, mi sono imbattuto nel quadro sopra riprodotto, intitolato "Il giudice dormiente" (Judge asleep), dipinto nel 1859 da Thomas Couture.

Non appena ho visto il quadro, il mio pensiero è subito corso, per una strana associazione di idee (che forse tradisce una ormai inguaribile deformazione professionale), alla vicenda della risarcibilità degli interessi legittimi. Per tanti decenni, infatti, il giudice italiano sul punto è rimasto del tutto dormiente. L'argomento costituiva, sino a qualche decennio addietro, un tema del quale non valeva neppure parlare.

Ricordo in particolare (chiedendo venia per questa piccola notazione personale) che circa 20 anni addietro, quando – con non poche titubanze, dovute, per così dire, alla mia "situazione familiare"– dopo la laurea cominciai ad avvicinarmi al diritto amministrativo, chiesi al Prof. Guido Corso di suggerirmi qualche tema da sviluppare. E lui, tra gli altri, mi propose quello della risarcibilità degli interessi legittimi; tema questo che presto abbandonai, essendomi reso conto che si trattava di un argomento indubbiamente interessante, ma allora di importanza solo teorica, che non presentava alcuna possibilità di sviluppo concreto, anche in considerazione del

imperative, dei diritti spettanti alle parti in relazione a vicende in cui si estrinseca la loro autonomia contrattuale» (Corte Costituzionale, 5 luglio 2002, n. 320, in Dir. e giust., n. 32, 2002, p. 58).

granitico orientamento della giurisprudenza del tempo, consolidata nel negare il risarcimento per lesione di interessi legittimi. L'abbandono del tema fu condiviso da mio padre, il quale disse lapidario che dell'argomento in questione non valeva la pena occuparsi, dato che di esso si sarebbe forse riparlato tra una ventina d'anni e non prima. Così è avvenuto, per avventura (non essendo disposto a riconoscere a mio padre, tra tante virtù, anche quella di esser profeta).

Il giudice dormiente, com'è noto, si è recentemente svegliato e, con sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999, ha affermato un principio opposto a quello in passato ribadito, riconoscendo che anche gli interessi legittimi sono "di regola" risarcibili (rectius: la lesione di interessi legittimi può dar luogo normalmente al risarcimento del danno ingiusto).

2. - Senza nulla voler togliere al merito della sentenza in questione, c'è da dire che il ribaltamento del principio tradizionale era ormai nell'aria ed era comunque ineludibile; e ciò non soltanto sotto la spinta dell'ormai incalzante diritto comunitario, suggestivamente paragonato ad una vera e propria termite che finisce in modo occulto per scavare e rendere prive di consistenza vecchie impalcature [1] [81], ma anche (e direi soprattutto) per effetto dei poteri attribuiti al giudice amministrativo dall'art. 35 del D. L.vo n. 80/1998 nelle nuove (ma non poi tanto) e vaste (ma generiche) materie ormai rientranti nella sua giurisdizione esclusiva. Invero, l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare la P.A. al risarcimento del danno, anche in forma specifica, aveva fatto cadere un primo (e forse più grosso) tabù.

Secondo l'orientamento tradizionale, infatti, il giudice amministrativo è un giudice di mera legittimità, il quale può emettere solo sentenze di tipo costitutivo (e cioè di annullamento dell'atto impugnato), ma non anche sentenze di condanna. Secondo tale originaria impostazione, quindi, il giudizio amministrativo non solo è concepito, ma è anche strutturato, come un giudizio di mera legittimità, tendente ad accertare se l'atto impugnato sia affetto da uno dei classici tre vizi.

Significativo in proposito è l'esame degli atti parlamentari che precedettero la legge 31 marzo 1889 n. 5992 (c.d. legge Crispi, istitutiva della IV sezione), trasfusa poi nel testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato approvato con il R.D. 1° giugno 1889, n. 6166. In quella sede furono chiaramente precisati i caratteri che il processo amministrativo avrebbe dovuto possedere. Tali caratteri, secondo quanto espressamente disse Sen. Auriti [2][82] , erano quelli propri del giudizio di fronte alla

[81] [1] Cfr. sul punto S. Giacchetti, Profili problematici della cosiddetta illegittimità comunitaria, relazione al XXXVIII Convegno di studi giuridici di Varenna sul tema "Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea", in Giur. amm. sic. 1992, p. 879 ss.

[82] [2] Atti parlamentari del Senato. Sessione 1887 - 1888. Discussione. Tornata del 22 marzo 1888; v. sul punto Stipo, Le origini del riparto di giurisdizione verso la P.A. e la doppia tutela., Roma 1979, p. 347 e Benvenuti, Giustizia amministrativa, in Enc. Dir., vol. XIX, p. 604; V. E. Orlando, La giustizia amministrativa, 2° ed., Milano, 1920, p. 214 notava che tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito corre un rapporto analogo a quello esistente tra una

Corte di Cassazione (per quanto concerneva la giurisdizione generale di legittimità) e quelli del giudizio di fronte alla Corte di Appello (per ciò che riguardava la giurisdizione di merito); in entrambi i casi il ricorso giurisdizionale, comunque, avrebbe potuto essere ammesso solo quando l'atto amministrativo fosse divenuto «definitivo» per essere stata la questione già dibattuta e risolta in via amministrativa per le ordinarie vie gerarchiche [3][83] .

Nella mente del legislatore del 1889, il Consiglio di Stato doveva comunque essere giudice del fatto, così come rappresentato dalla Pubblica amministrazione; il fatto, cioè, era quello stabilito in sede amministrativa e solo in presenza di certi presupposti la IV Sezione era abilitata a controllarne il fondamento, al di là delle risultanze emergenti dal procedimento amministrativo, ma con il limite di doversi rivolgere sempre alla stessa amministrazione per ottenere una nuova rappresentazione di esso [4] [84]. In questo quadro originario, ben poco spazio e sviluppo - tranne la felice eccezione del giudizio di ottemperanza - hanno poi avuto le due competenze giurisdizionali "speciali ed aggiuntive" attribuite al giudice amministrativo (competenza di merito e competenza esclusiva); anzi, sotto alcuni profili, i due tipi di competenze giurisdizionali hanno finito per frenare il possibile sviluppo della giurisdizione generale di legittimità, dato che il giudice amministrativo finiva per pensare: se i maggiori poteri istruttori e decisori sono previsti solo nelle materie rientranti nella competenza esclusiva e di merito, è evidente che nella giurisdizione generale di legittimità tali poteri non sono in ogni caso esercitabili.

Né la situazione è mutata nel nuovo ordinamento repubblicano, nonostante che agli interessi legittimi gli att. 24 e 113 della Costituzione finissero per accordare pari dignità e tutela rispetto al diritto soggettivo. Il giudice amministrativo, anche dopo

---

sentenza di Cassazione ed una di appello; di guisa che tradizionalmente solo la giurisdizione di merito è stata considerata come una giurisdizione «piena»: v. in questo senso anche L. Mortara, Commentario del Codice delle leggi di procedura civile, 4° ed., vol. I, p. 61 e V. Giocoli Damiani di Vergada, Il sistema delle prove nel processo amministrativo, Milano 1971, p. 12, secondo cui solo con la giurisdizione amministrativa di merito il giudice amministrativo può «conoscere della controversia sotto ogni aspetto, tanto in fatto che in diritto».

[83] [3] Il che, com'è stato notato (Sambataro, L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa, Milano 1977, p. 172, nota 130; ma v. pure Stipo, Le origini del riparto di giurisdizione verso la P.A. e la doppia tutela, cit., p. 348), costituiva un netto regresso rispetto a quello che era il regime previsto dal sistema del contenzioso amministrativo previsto nel periodo pre-unitario, in cui l'inizio del giudizio non era condizionato dall'esperimento preventivo del rimedio gerarchico.

[84] [4] Cfr., sul punto, V.E. Orlando, La giustizia amministrativa, 2° ed. Milano 1920, p. 1019 e ss.; Stipo, op. cit., p. 350; non dissimile era, come rileva quest'ultimo A., era la posizione della posizione della dottrina francese del tempo: v. sul punto Laferriere, Traité de la jurisdiction administrative, Vol. I, Paris 1869, p. 550, il quale affermava che, nei ricorsi per détournament de pouvoir «il Consiglio di Stato non può chiamare alla sbarra gli agenti dell'amministrazione attiva per domandare loro conto dei motivi delle loro decisioni; tanto meno esso può organizzare inchieste al di fuori di essi ... Tali investigazioni, permesse al superiore gerarchico, sono interdette al giudice amministrativo, che in tal modo penetrerebbe indebitamente nella sfera dell'amministrazione attiva. La prova dell'eccesso di potere deve dunque risultare, per quanto è possibile, da documenti emananti dall'amministrazione stessa e da essa prodotti, sia spontaneamente sia su domanda che il Consiglio di Stato può fare ... Il Consiglio di Stato può così fondarsi sulle circostanze di fatto rivelate dall'istruzione scritta e da cui sorgano presunzioni gravi, precise e concordanti; ma noi non crediamo che possa spingerli sino ad ordinare dei provvedimenti istruttori per cercare da sè quali siano quelle circostanze».

l'istituzione dei T.A.R., ha continuato prevalentemente a fare il giudice di mera legittimità e a non emettere sentenze di condanna nemmeno nelle competenze speciali ed aggiuntive allo stesso attribuite (tranne sporadici casi di sentenze di condanna a somme di cui la P.A. risultava debitrice nei confronti di pubblici dipendenti).

Il giudice ordinario, dal suo canto, ha continuato a confermare l'orientamento, ormai tralaticio, secondo cui gli interessi legittimi non sono di regola risarcibili.

3. - **La espressa previsione che il giudice amministrativo può emettere sentenze di condanna al risarcimento dei danni anche in forma specifica, contenuta nel già menzionato art. 35, 1° comma, del D. L.vo n. 80/1998, ha finito per mutare radicalmente il quadro di riferimento**. Ricordo, anche se la questione è abbastanza recente, che all'indomani dell'entrata in vigore di quest'ultima norma il Cons. Filippo Patroni Griffi, allora Capo dell'Ufficio legislativo del Ministro Bassanini, si affrettò subito a precisare, in un articolo apparso sul quotidiano Italia Oggi (intitolato significativamente "Non cambia il diritto sostanziale"), che le norme contenute negli artt. 33-35 del D. Lvo n. 80/1998 "hanno portata esclusivamente processuale. Nel senso che individuano il giudice competente a conoscere della lesione, stabilendo, innovativamente, che il giudice amministrativo conosce anche della domanda volta a conseguire il risarcimento del danno subito, ma non hanno alcuna portata innovativa sul piano sostanziale. In altri termini, il decreto delegato non si occupa, nè poteva occuparsi, della diversa questione di quali siano le situazioni soggettive risarcibili. In forza dell'art. 35, dunque, non vi è riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo, ma la mera attribuzione al giudice amministrativo della competenza a conoscere delle questioni attinenti al risarcimento del danno in relazione al cattivo esercizio di pubbliche funzioni".

Ma, come ebbi modo a suo tempo di osservare [5][85] , quella della pretesa irrisarcibilità degli interessi legittimi costituiva ormai una battaglia di retroguardia, dato che ormai, sotto la spinta del diritto comunitario e di fronte alla norma contenuta nel D. L.vo n. 35/1998, il problema non era tanto quello di verificare se la lesione di interessi legittimi fosse o meno risarcibile, quanto quello di accertare i presupposti ed i limiti entro i quali poteva essere ammesso il risarcimento dei danni per la lesione di questa posizione giuridica attiva. Non aveva infatti senso, infatti, all'interno della giurisdizione esclusiva, discriminare i diritti dagli interessi per accertare quali poteri il giudice in concreto poteva esercitare, quando da cinquant'anni la Carta costituzionale continuava ad affermare che gli interessi legittimi hanno eguale dignità e tutela rispetto ai diritti soggettivi. Del resto, quasi coevamente all'entrata in vigore del D.L.vo n. 80/1998, la Corte Costituzionale, con ordinanza 8 maggio 1998 n. 165, pur dichiarando inammissibile la questione di costituzionalità che era stata sollevata

[85] [5] Le riforme a metà, in Giust. amm. sic. 1998, p. 286 ss., pubblicato anche in questa rivista.

in proposito dal Tribunale di Isernia, aveva fatto intravedere un possibile punto di svolta.

Com'è stato notato da un attento oltre che autorevole commentatore [6][86] , infatti, l'ordinanza della Corte conteneva "sia pure allo stato criptico, spunti suscettibili di essere utilizzati per una soluzione giurisprudenziale della vexata quaestio. In ultima analisi, sembra che prevalga un orientamento favorevole alla risarcibilità degli interessi legittimi , sia pure sub specie dei così detti diritti fievoli ab origine". Nel testo dell'ordinanza già si sottolineava che il problema "di indubbia gravità e di particolare attualità" della responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni per il risarcimento dei danni derivanti ai soggetti privati dalla emanazione di atti e provvedimenti amministrativi illegittimi, lesivi di situazioni di interesse legittimo. Tale problema, secondo quanto affermato dalla Corte "si è cominciato ad imporre alla concreta attenzione non solo del legislatore" (il quale aveva emanato diverse norme, sia pure di settore, richiamate dalla Corte stessa, che finivano per accordare una tutela risarcitoria agli interessi legittimi), ma anche della giurisdizione ordinaria di legittimità (v. Cass. sez. I, 3 maggio 1996, n. 4083), che ha avvertito "l'inadeguatezza dell'indirizzo interpretativo sul danno ingiusto".

Il problema di ordine generale, secondo quanto si legge nell'ordinanza della Corte (che richiamava la precedente sentenza n. 35 del 25 marzo 1980), "richiede prudenti soluzioni normative, non solo nella disciplina sostanziale ma anche nel regolamento delle competenze giurisdizionali .. e nelle scelte tra misure risarcitorie, indennitarie, reintegrative in forma specifica e ripristinatorie ed infine nella delimitazione delle utilità economiche suscettibili di ristoro patrimoniale nei confronti della pubblica amministrazione". Si cominciava così ad ammettere, in via generale, la risarcibilità degli interessi legittimi, anche se, secondo la Corte, occorreva attendere "prudenti soluzioni normative, non solo nella disciplina sostanziale ma anche nel regolamento delle competenze giurisdizionali .. ".

La giurisprudenza amministrativa, dal suo canto, a seguito del D. L.vo n. 80, non rimaneva del tutto inerte (rectius: dormiente) e cominciava, sia pur timidamente, ad applicare quanto previsto dell'art. 35, 1° comma, cit. In particolare, così come si è cercato di dar conto nella presente rivista, alcuni giudici amministrativi cominciavano ad applicare il precetto che consente loro di condannare la P.A. al risarcimento dei danni.

4. - In un quadro così conformato, è venuta alla luce la sentenza n. 500/99 delle Sezioni Unite, salutata dai primi commentatori con vivo favore e da apprezzare per il suo coraggio nonché per il rigore tecnico-giuridico con il quale è stata redatta. La Corte, rivedendo profondamente il proprio precedente orientamento e senza attendere

[86] [6] A. Angeletti, Il risarcimento degli interessi legittimi e la Corte Costituzionale: un'ammissibilità rinviata a miglior occasione, nota di commento dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 165/98, pubblicata in Giur. It., 1998, 1929 ss. e riportata nel presente sito per gentile concessione dell'A.

interventi legislativi che non si sa se e quando interverranno, ha affermato in generale che la lesione di interessi legittimi può dar luogo ad una danno ingiusto produttivo di conseguenze sul piano risarcitorio. Il problema, questo punto non è, come già rilevato, quello di vedere se gli interessi legittimi siano o meno risarcibili, quanto piuttosto quello di verificare i limiti entro i quali il principio della risarcibilità del danno ingiusto deve operare nel caso in cui il danno stesso sia derivato da lesione di interessi legittimi.

Alcune linee essenziali, in questo senso, sono state tratteggiate dalla sentenza in questione, la quale ha fatto a tal fine riferimento alla distinzione tradizionale tra interessi legittimi oppositivi e pretensivi.

La rotta tracciata sembra quella giusta. Com'è stato più volte di recente notato, non esiste un unico interesse legittimo, ma una serie distinta (o comunque distinguibile) di interessi legittimi, accomunati dalla stessa etichetta; ed è quindi all'interno delle varie categorie che occorre verificare in concreto i limiti della risarcibilità degli interessi legittimi. Ricordava il compianto Prof. Mario Nigro in uno dei Suoi ultimi scritti [7][87] , che oggigiorno sorge l'esigenza di individuare "una tipologia di interessi legittimi, vuoi per descrivere e classificare questo ricco materiale, vuoi per individuare quali conseguenze si producano nel campo del processo in relazione alle categorie che si abbiano a fissare" e ricordava che già Santi Romano aveva invitato molti suoi allievi a studiare l'argomento, ma nessuno aveva raccolto l'invito, compreso Zanobini. Ci si è infatti accorti che nel nostro ordinamento non è previsto e tutelato un unico interesse legittimo, ma una pluralità di interessi legittimi spesso in conflitto fra loro, di cui sono portatori non solo i privati nei confronti della P.A., ma anche una molteplicità di amministrazioni, l'una contro l'altra armate. E' quindi alle varie classificazioni dell'interesse legittimo che occorre fare riferimento per verificare il vero problema che oggi si pone a seguito dell'apertura delle Sezioni Unite (che è quello dei confini entro i quali va ricondotto il principio affermato).

A tal fine, come già ricordato, la Corte ha fatto riferimento alla distinzione ormai da tempo accettata tra interessi legittimi oppositivi e pretensivi, anche se ha ammesso tra le righe che "altre distinzioni sono certamente configurabili, in relazione a diversi profili".

5.- Occorre in proposito osservare innanzitutto che, accanto alla categoria degli interessi legittimi oppositivi e pretensivi, esiste - specie dopo la L. 241790 - la categoria dei c.d. interessi partecipativi. Anche per queste situazioni giuridiche può parlarsi di una pretesa, che in questo caso riguarda la possibilità per il titolare dell'interesse legittimo di partecipare al procedimento amministrativo, inserendosi nei circuiti decisionali dell'Amministrazione. Prima della legge sul procedimento, una

87

[7] Ma che cos'è questo interesse legittimo? Vecchi e nuovi spunti di riflessione, in Foro it. 1987, V, c. 325.

parte della dottrina [8] [88]aveva ritenuto di ricomprendere tale categoria di interessi in quella più generale degli interessi legittimi procedimentali, i quali "hanno ad oggetto situazioni e vicende di procedimenti; onde non si riferiscono direttamente a beni di vita, ma a fatti procedimentali che a loro volta investono beni di vita".

La classificazione è stata ripresa anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale concepisce gli interessi legittimi "procedimentali" come quelle posizioni giuridiche attive con cui si "aziona l'interesse strumentale all'eliminazione dell'atto o comportamento preclusivo del successivo sviluppo del procedimento" [9][89] o che attengono ad un autonomo subprocedimento [10][90] . Anche in relazione a tale categoria di interessi legittimi, sulla quale mi permetto di far rinvio ad un mio recente lavoro , c'è da chiedersi se ed entro che limiti il principio affermato dalle S.U. possa operare. Al di là di questa prima considerazione, va comunque rilevato che per verificare in concreto l'operatività del principio in discorso sembra molto più conducente fare riferimento ad una ulteriore distinzione che negli ultimi tempi si è fatta strada, secondo la quale è possibile individuare degli interessi legittimi "formali" e degli interessi legittimi "sostanziali" [12][91] . E' infatti a tale distinzione che la S.C. sembra fare forse inconsapevole riferimento allorché afferma (al punto 9 della motivazione) che: "Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo". Il riferimento alla "lesione del bene di vita", la quale costituisce presupposto fondamentale per il risarcimento del danno ingiusto derivante dalla lesione di interessi legittimi, riguarda prevalentemente (anche se non esclusivamente) gli interessi legittimi c.d. sostanziali, il cui tratto caratteristico è proprio quello di avere un collegamento immediato e diretto con il bene di vita. Sotto questa prospettiva, all'interno delle categorie tradizionali dell'interesse legittimo (interessi oppositivi, interessi pretensivi, e, più recentemente, interessi partecipativi), occorre quindi effettuare una ulteriore distinzione tra interessi legittimi sostanziali, collegati in modo immediato e diretto al bene di vita protetto ed interessi legittimi formali, che non

[88] [8] M.S. Giannini, Diritto amministrativo, vol. II, Milano 1993 (3° ed.), p. 77 ss. secondo cui in ogni procedimento (e anche nel processo) vi sono atti, delle parti o dei terzi, che le norme disciplinano; la norma può prevedere che le une e gli altri abbiano, nel procedimento, poteri di impulso, di richiesta di misure di impugnativa. Questi poteri non sono però esercizio di diritti, ma di altre situazioni soggettive, che sono appunto gli interessi procedimentali

[89] [9] Cons. Stato, Ad. Plen., 10 luglio 1986 n. 8 in Il Cons. Stato 1986, I, 762 e in Foro amm. 1986, 1274

[90] [10] Cons. Stato, Sez. IV, 10 giugno 1987 n. 338, in Il Cons. Stato 1987, I, 709.

[91] [12] Anche su tale distinzione mi permetto nuovamente di far rinvio al lavoro citato alla nota che precede (spec. a p. 155 ss.).

possiedono tale collegamento o comunque sono collegati in via indiretta e, purtuttavia, sono protetti dall'ordinamento.

Del resto, alla distinzione tra interessi legittimi formali e sostanziali, come già cennato, ha cominciato a riferirsi la giurisprudenza più recente, sia pur in modo sporadico e senza particolari approfondimenti. In dottrina tale distinzione non ha avuto molta fortuna sino a poco tempo addietro. Pochi autori ne ammettono la esistenza [13][92] , e quasi nessuno si è preoccupato di verificarne l'esatta portata e le sue implicazioni.

Le ragioni di tale disinteresse sono innanzitutto storiche e possono farsi risalire alle origini dello stesso processo amministrativo, concepito, come già detto, come uno strumento di controllo sull'operato dell'Amministrazione piuttosto che come un mezzo di tutela delle posizioni giuridiche attive. In questa ottica, l'interesse legittimo "formale" in passato veniva identificato con l'interesse legittimo tout court, definito come l'interesse (o la pretesa) alla legittimità formale del provvedimento amministrativo e del procedimento che l'aveva eventualmente preceduto. Secondo tale visione tradizionale, scopo delle norme che disciplinano l'attività amministrativa sarebbe principalmente quello di assicurare e garantire l'esatto ed ordinato svolgimento dell'attività stessa e comunque la corretta esternazione della volontà finale, quale racchiusa dall'atto conclusivo del procedimento. Sotto questo profilo si verificherebbe la "coincidenza" che caratterizzerebbe l'interesse legittimo, tra un interesse pubblico primario perseguito dall'amministrazione (interesse pubblico ad una corretta formazione ed esternazione della azione amministrativa) e gli altri interessi secondari (pubblici o privati) che riguardano sempre le modalità di formazione e di esternazione della volontà. L'interesse materiale sottostante avrebbe, quindi, una valenza secondaria e sarebbe - parafrasando una famosa concezione dell'interesse legittimo - "indirettamente protetto" od "occasionalmente protetto". La protezione dell'interesse sostanziale (inteso cioè come interesse al conseguimento del bene di vita) verrebbe quindi assicurato in via indiretta ed eventuale [14][93] .

[92] [13] Su tale distinzione v. in part. M.S. Giannini, Diritto amministrativo, vol. II, Milano 1993 (3° ed.), p. 77 ss., il quale distingue degli interessi legittimi strumentali (denominati, come si è già avuto modo di dire in precedenza, altresì come procedimentali) ed interessi legittimi finali (o sostanziali); P. Virga, Diritto amministrativo - Atti e ricorsi, II ed., Milano 1992, p. 188 ss., il quale distingue degli interessi legittimi strumentali (detti anche procedurali) ed interessi legittimi finali (detti anche sostanziali); S. Giacchetti, L'interesse legittimo alle soglie del 2000.

[93] [14] V. in questo senso da ult. G. Guarino, Atti e poteri amministrativi, Milano 1994, p. 124 ss., secondo il quale il contenuto dell'interesse legittimo "consiste unicamente nella corretta applicazione della norma. Il titolare di un interesse legittimo, che ne invoca la tutela in sede giurisdizionale, chiede che l'atto amministrativo, che secondo il sua assunto è illegittimo, sia eliminato e che, al suo posto, l'amministrazione emani un atto nuovo. Il suo beneficio o vantaggio sta solo in questo. Quanto al ricavare, dalla rinnovazione dell'atto, anche un beneficio sostanziale (ad es. la promozione, l'assegnazione dell'appalto, la definitiva sottrazione ad una espropriazione), questo è un risultato che può prodursi od anche non prodursi. Diremmo dunque che il beneficio, che si consegue con la tutela dell'interesse legittimo leso, consiste nella eliminazione dell'atto lesivo. A questo beneficio si collega una speranza, cioè quella di conseguire un risultato pratico, a seguito della rinnovazione dell'atto. In qualche caso concreto, in relazione alla natura del vizio fatto valere, la rinnovazione dell'atto porta in modo sicuro ad un risultato pratico vantaggioso".

Non è tanto importante che il soggetto titolare dell'interesse legittimo consegua il bene di vita, ma è indispensabile che vengano osservate le norme positive ed i principi generali ai quali si deve attenere l'Amministrazione nel proprio operare. Solo per tale via il titolare dell'interesse legittimo può (eventualmente ed occasionalmente) ottenere protezione.

Quanto appena detto vale soprattutto per i due classici vizi di legittimità (violazione di legge ed incompetenza) del provvedimento amministrativo. Ma vale anche - anche se con minore evidenza - per l'altro vizio (l'eccesso di potere) dato che, a ben vedere, la maggior parte delle figure sintomatiche individuate dalla giurisprudenza, finiscono per applicare principi generali (di logicità, di congruenza e di coerenza) al provvedimento amministrativo ed al procedimento che l'ha eventualmente preceduto, senza preoccuparsi se il titolare dell'interesse legittimo venga per tale via a conseguire il bene di vita [15][94] . L'interesse al conseguimento del bene di vita costituirebbe, quindi, nell'ottica tradizionale, un elemento accidentale del processo del quale solitamente il giudice amministrativo si può occupare solo dopo la conclusione del processo stesso, mediante il giudizio di ottemperanza [16] [95], utilizzando i poteri non solo di "stretta esecuzione" ma anche di "attuazione" del giudicato che - così come recentemente ammesso dall'Adunanza plenaria [17][96] - gli spettano allorché si tratti di sentenze emesse dal giudice amministrativo. L'interesse legittimo è così visto - quasi per definizione - come un interesse strumentale, e cioè come una situazione giuridica attiva che viene prevista e tutelata non già per conseguire il bene di vita, ma principalmente (se non esclusivamente) per rimettere in discussione il rapporto controverso o comunque l'atto finale, mentre la giurisdizione amministrativa viene concepita come un sistema atto ad assicurare la legalità degli atti amministrativi [18] [97](anche attraverso il rispetto dei principi generali espressi dalle varie figure sintomatiche di eccesso di potere).

Solo negli ultimi decenni e con l'evolversi della giurisprudenza, l'interesse al conseguimento del bene di vita è venuto progressivamente in rilevo anche nel corso del giudizio c.d. di merito, ma solo "in negativo" sotto il profilo della valutazione dell'interesse a ricorrere. L'interesse materiale sottostante viene quindi a costituire non una parte essenziale dell'interesse legittimo, non una componente interna del suo DNA, ma un limite esterno all'interesse legittimo che viene in rilievo solo nel caso in

[94] [15] Solo per il vizio di eccesso di potere per sviamento della causa tipica si comincia ad avere riguardo dello scopo per il quale il provvedimento stesso è previsto.

[95] [16] Emblematica è in tal senso la pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 27 ottobre 1970 n. 4 (in Foro amm. 1970, I, 935), secondo cui "l'interesse al ricorso .... non si concentra sul risultato formale dell'annullamento dell'atto impugnato, ma include tra le sue componenti anche l'affidamento in ordine alle attività che in esecuzione del giudicato l'amministrazione è facultata a svolgere e dalle quali potrà derivare il soddisfacimento dell'interesse sostanziale".

[96] [17] Sent. 17 gennaio 1997 n. 1, in Il Cons. Stato 1997, I, p. 1 ss. ed in Foro it. 1997, III, c. 261 ss.

[97] [18] V. in part. R. Villata, Riflessioni in tema di partecipazione, cit. p. 195, secondo cui "il giudizio amministrativo ha in primis et ante omnia il compito di risolvere le controversie aventi ad oggetto la legalità dell'azione amministrativa, di fronte alle quali è più essenziale che mai che il Giudice non opponga a tale domanda una non risposta".

cui quest'ultimo venga azionato e sia possibile valutare, per tale via, l'interesse a ricorrere.

Ciò, tuttavia, non può indurre a ritenere che non esistano interessi legittimi sostanziali (intesi, nel senso anzidetto, di interesse al conseguimento del bene di vita), ma che, nel vigente ordinamento tali interessi hanno una tutela mediata e comunque riflessa [19] [98]Quel che sembra caratterizzare gli interessi c.d. formali, quindi, non è tanto la loro strumentalità od il fatto che sorgono in relazione ad un procedimento, quanto la loro connessione con le modalità di formazione dell'atto amministrativo e più in generale, impiegando un termine alla moda, di "esternazione" della volontà dell'amministrazione. Di contro, quel che sembra caratterizzare gli interessi legittimi sostanziali è l'essere diretti a conseguire il bene di vita o comunque la posizione di vantaggio riconosciuta e garantita dall'ordinamento. Tale posizione di vantaggio viene infatti riconosciuta in funzione del conseguimento o comunque del perseguimento dell'utilitas concreta e finale che deriva al titolare dell'interesse legittimo [20][99] .

Nell'ambito della generale nozione di interesse legittimo convivono dunque due tipologie di interessi distinte o comunque distinguibili: da un lato, l'interesse alla legittimità (formale) dell'atto amministrativo ed all'esatta osservanza della norme procedurali previste per la sua formazione; dall'alto, l'interesse al conseguimento del bene di vita e, comunque, all'utilità finale che è riconosciuta e garantita al titolare dell'interesse legittimo leso.

E' stato affermato, anche di recente [21] [100], che l'interesse legittimo è una posizione sostanziale. Tale proposizione è da condividere se con essa si intende: a) riaffermare

98

[19] Già oltre 30 anni addietro E. Cannada Bartoli (in La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione, Milano 1964, p. 61 ss.) ricordava "che al fondo dell'interesse legittimo, o per lo meno al fondo del comportamento del singolo per la tutela di tale interesse, vi è una utilità privata del cittadino stesso"; tuttavia lo stesso A. definiva l'interesse legittimo come "interesse alla legittimità degli atti amministrativi, legittimato da una situazione di diritto soggettivo"; da tale collegamento con il diritto soggettivo, secondo tale prospettiva, deriva la protezione dell'interesse materiale sottostante.

99 [20] Nè vale opporre (come fa E. Cannada Bartoli, La tutela giudiziaria del cittadino, cit. p. 68), che "costruire l'interesse legittimo come interesse ad un bene sostanziale diverso dalla legittimità, favorisce un eccessivo avvicinamento dell'interesse de quo al diritto soggettivo con la conseguenza di restringere l'abito dell'interesse stesso" (p. 68).Nell'ambito dell'interesse legittimo, ormai sono chiaramente distinguibili le due tipologie di interessi evidenziate nel testo: da un lato, l'interesse alla legittimità della procedura, dall'altro l'interesse al conseguimento del bene di vita o comunque al conseguimento dell'utilità finale che può derivare da tale situazione giuridica attiva.La circostanza poi che l'interesse al conseguimento del bene di vita finisca per limitare il passato strapotere degli interessi formali è una conseguenza normale del rapporto che lega le due tipologie di interessi ed è comunque ormai una conseguenza inevitabile, tenuto conto dell'evoluzione della nozione di interesse legittimo.

100 [21] F.G. Scoca, Contributo sulla figura di interesse legittimo, cit. p. 13 ss. (ove si richiama V. Bachelet, La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana, Milano 1966, p. 16 ss.), secondo cui "il rilievo assegnato all'interesse legittimo dalla Costituzione è stato generalmente interpretato dalla dottrina come definitiva sanzione del suo carattere di sutuazione giuridica soggettiva di diritto sostanziale"; nello stesso senso, più recentemente, v. F.G. Scoca -

che l'interesse legittimo è una situazione garantita e tutelata dalla Costituzione (al pari del diritto soggettivo) e non coincide con l'interesse a ricorrere, avendo una nozione distinta ed una propria autonomia; b) sottolineare che il rapporto tra interessi legittimi formali e sostanziali è di "subordinazione gerarchica" dei primi rispetto ai secondi e che quindi in tanto può essere tutelato l'interesse formale in quanto esso sia correlato ad un interesse sostanziale. Non può essere invece ritenuto che l'interesse legittimo sia solo quello sostanziale, così come in passato si riteneva che l'interesse legittimo fosse solo una posizione formale, la quale permette solo (com'è stato efficacemente detto) "di approfittare degli errori dell'Amministrazione" [22] [101].

L'interesse legittimo ha, al contrario, due anime o due nature, distinte o comunque distinguibili: una di carattere sostanziale, diretta ad garantire ed assicurare l'utilitas concreta e finale che consegue il suo titolare; l'altra, di carattere formale, diretta a garantire ed assicurare strumentalmente l'osservanza di regole e procedure previste dalla normativa. Mentre, anche alla stregua dei principi affermati dalla Suprema Corte, sono da ritenere senz'altro risarcibili gli interessi legittimi sostanziali, la risarcibilità degli intessi legittimi formali è da riconoscere solo nel caso in cui l'inosservanza delle regole procedimentali ed in genere formali previste abbia finito in ultima analisi per impedire o comunque ritardare il conseguimento del bene di vita al quale il titolare dell'interesse legittimo leso aspirava.

E', comunque, da ritenere escluso il diritto al risarcimento nel caso in cui siano stati lesi interessi legittimi meramente formali (e cioè del tutto sganciati dall'interesse materiale sottostante) ed in particolare quelli che, in modo immaginifico e comunque efficace, sono stati denominati come "interessi illegittimi" [23][102], i quali non solo sono del tutto sganciati dall'interesse materiale protetto, ma addirittura sono in contrasto con esso. Così, ad esempio, non avrà diritto al risarcimento del danno colui che ha ottenuto in sede giurisdizionale l'annullamento di un diniego di concessione edilizia per incompetenza dell'organo che l'ha adottato o per la mancata acquisizione

---

L. Giani, Spunti sulle nozioni di interesse legittimo e giudicato amministrativo, in Dir. proc. amm. 1997, p. 327 ss., spec. a p. 331 ss.

[101] [22] G. Capaccioli, Interessi legittimi e risarcimento dei danni, in Diritto e processo, scritti vari di diritto pubblico, Padova, 1978, p. 115.

[102]

[23] E. Cannada Bartoli, voce "Interesse (diritto amministrativo)", in Enc. dir., vol. XXII, Milano 1972, p. 1 ss., spec. a p. 23. V. sul punto anche S. Giacchetti, L'interesse legittimo alle soglie del 2000, cit., p. 1912 ss., secondo cui "quando l'utilità pretesa (dal titolare dell'interesse legittimo) non corrisponda ad una attività che il titolare della potestà può compiere legittimamente, nel soggetto richiedente manca in radice una posizione di interesse legittimo" e Montefusco, Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione della posizione di interesse legittimo (interesse legittimo tra interesse a ricorrere e interesse illegittimo), in Dir. proc. amm. 1985, p. 408 ss. In giurisprudenza v. da ult. C.G.A., 14 agosto 1995 n. 269, in Il Cons. Stato 1995, I, 1145, secondo cui tuttavia "non esiste nel nostro ordinamento una categoria di interessi sostanziali illegittimi, simmetrica e speculare rispetto a quella degli interessi sostanziali legittimi, atteso che l'unica alternativa è semplicemente quella tra l'esistenza di un interesse legittimo, come tale oggetto di tutela giurisdizionale, e l'inesistenza dell'interesse così qualificabile, potendosi al più considerare interessi illegittimi quegli interessi processuali ai quali non corrisponda un interesse sostanziale".

del parere della c.e.c., nel caso in cui risulti che, in base al P.R.G. vigente all'epoca di adozione del provvedimento di diniego, il progetto presentato non era assolutamente compatibile con le previsioni di piano. In tale caso, infatti, è stato fatto valere un interesse legittimo meramente formale, del tutto sganciato dall'utilitas concreta e finale che il titolare dell'interesse legittimo stesso intendeva conseguire e addirittura in contrasto con la situazione sostanziale disciplinata dallo strumento urbanistico. Viceversa, dovrà riconoscersi il diritto al risarcimento nel caso in cui il ricorso sia stato accolto perchè, contrariamente a quanto affermato nel diniego impugnato, il progetto presentato era conforme allo strumento urbanistico. In questa seconda ipotesi, infatti, è stato fatto valere un interesse legittimo sostanziale, immediatamente connesso al bene di vita che è riconosciuto e tutelato dall'ordinamento.

In altri termini, mentre nel caso in cui sia stato fatto valere un interesse legittimo sostanziale, l'accoglimento del ricorso comporterà (ovviamente ove concorrano anche gli altri elementi indicati dalla S.C.) senz'altro il risarcimento dei danni, nel caso in cui siano stati fatti valere interessi legittimi formali, per i quali il collegamento al bene di vita è solo indiretto, occorre verificare in concreto se esista tale collegamento e se vi sia un nesso di causalità tra lesione dell'interesse legittimo e danno subito.

6. - C'è da chiedersi inoltre se i principi affermati dalla S.C. siano compatibili con la previsione, contenuta nella L. n. 59 del 15 marzo 1997, secondo cui potranno essere emanati regolamenti in materia di procedimenti amministrativi nei quali in particolare (v. art. 20, 5° comma, lett. h, L. n. 59 cit.) potrà essere contenuta la "previsione, per i casi di mancato rispetto del termine del procedimento, di mancata o ritardata adozione del provvedimento, di ritardato o incompleto assolvimento degli obblighi e delle prestazioni da parte della pubblica amministrazione, di forme di indennizzo automatico e forfettario a favore dei soggetti richiedenti il provvedimento; contestuale individuazione delle modalità di pagamento e degli uffici che assolvono all'obbligo di corrispondere l'indennizzo, assicurando la massima pubblicità e conoscenza da parte del pubblico delle misure adottate e la massima celerità nella corresponsione dell'indennizzo stesso".

Tale articolo, com'è stato osservato [24][103] , non contempla un vero e proprio risarcimento del danno, ma un semplice indennizzo automatico e forfettario.

La norma prevede varie ipotesi in cui possono essere lesi interessi sì formali, ma che sono correlati (sia pur indirettamente) al conseguimento del bene di vita al quale le S.U. fanno riferimento. Pensiamo, ad es., sempre per rimanere nel campo dell'edilizia, al caso in cui il mancato rispetto del termine per il rilascio di una concessione edilizia abbia comportato la impossibilità per il soggetto richiedente di conseguire la concessione stessa, a causa di uno strumento urbanistico medio tempore

103

[24] V. sul punto A. Travi, Nuovi fermenti sul diritto amministrativo verso la fine degli anni ‘90, in Foro It. 1997, V, 168 ss., spec. alla c. 172. Giudice amministrativo e diritti fondamentali INDICE

adottato. In tale ipotesi non vi è dubbio che viene leso l'interesse (pretensivo) del richiedente, il quale non può così conseguire il bene di vita (jus aedificandi) al quale aspirava; pertanto, la previsione di un semplice indennizzo "automatico e forfettario" finirebbe per contrastare con i principi affermati dalle S.U. e per negare al titolare dell'interesse legittimo leso il risarcimento pieno al quale ha diritto.

Si impone dunque, alla luce di dei principi affermati dalle Sezioni unite, una revisione legislativa.

Staremo inoltre a vedere se i giudici di merito applicheranno in concreto tali principi, anche se, per quanto riguarda le nuove materie rientranti nella giurisdizione amministrativa del G.A., ci saranno delle obiettive difficoltà, dovute al fatto che i nuovi principi ed ancor prima i nuovi poteri previsti dall'art. 35 del D.L.vo n. 80/1998 si innestano in un processo essenzialmente strutturato come un processi di mera legittimità. In questo senso molte speranze sono riposte nel disegno di legge di riforma del processo amministrativo approvato alcuni mesi addietro dal Senato, il quale prevede una profonda modifica dell'attuale struttura del processo amministrativo, specie per ciò che concerne le materie rientranti nella giurisdizione esclusiva.

I diritti intangibili innanzi al Giudice amministrativo

RIVISTA S.S.E.E.

Capitolo I

Cenni generali

La nozione di diritto intangibile (o incomprimibile) presuppone logicamente che si dia conto delle condizioni in presenza delle quali il diritto in questione va considerato, innanzitutto, tangibile, sì da potersi derivare, in caso di assenza delle descritte condizioni, l‟esatta definizione del concetto di intangibilità: sarà necessario, pertanto, chiarire i requisiti della tangibilità del diritto, per poterne ricavare l‟intangibilità.

L‟approfondimento circa la tangibilità del diritto ha da sempre condotto la dottrina amministrativistica ad indagare le relazioni tra diritto e potere pubblicistico: la manualistica tradizionale ha da sempre incentrato, infatti, il proprio insegnamento sul noto brocardo del Mortara, dove c’è potere, non c’è diritto, sintetizzando in termini di evidente estraneità/alternatività la relazione anzidetta. Dinanzi all‟esercizio di potere pubblico, dunque, la posizione giuridica di cui il privato risulta titolare andrebbe necessariamente qualificata alla stregua di interesse legittimo, intendendosi per esso, in ossequio alla ben nota teoria della degradazione, quella posizione ancillare

residuata dalla degradazione che tale diritto ha subito per effetto dell‟attività della PA.

L‟idea per cui “dove c‟è potere, non c‟è diritto” diviene il veicolo attraverso il quale rafforzare, nel corso dei decenni, una certa ideologia secondo cui le finalità ed i compiti affidati per legge alla cura della PA, ed in ragione delle quali quest‟ultima è chiamata a mediare, a sintetizzare interessi contrapposti e, quindi, a scegliere, non può e non deve incontrare ostacoli o resistenze derivanti dall‟assolutezza delle posizioni qualificabili come diritti: pena la paralisi dell‟attività pubblica. Il diritto, pertanto, allorquando incontra il potere pubblico, inevitabilmente viene da questo inciso e degradato ad interesse legittimo, in ragione del fatto che il potere, per definirsi tale, deve avere piena capacità di realizzazione delle finalità che gli sono proprie, cioè porta con sé capacità degradante.

Nella logica sin qui descritta la necessaria tangibilità di tutti i diritti, diventa , a valle dell‟esercizio del potere pubblicistico, la degradazione di qualsivoglia posizione con correlativa espansione dell‟area ricostruttiva della nozione di interesse legittimo: il raffronto tra potere e diritto, dunque, viene risolto, secondo la tradizione, nel binomio potestà-soggezione, la cui risultante, sotto il profilo soggettivo, è la costruzione di una nozione di interesse legittimo puramente formale,e, per così dire, residuale, nel senso di residuo del descritto meccanismo degradatorio. Il riflesso di tale costruzione dogmatica, e la conseguente espansione della nozione di interesse legittimo, determinava, sotto il profilo giurisdizionale, l‟attrazione delle controversie al G.A..

Ogni regola, tuttavia, reca con sé una necessaria percentuale di eccezioni, e fu così che una parte della dottrina, sostenuta dalla giurisprudenza della S.C., ritenne di individuare alcuni diritti (ad esempio la salute), in relazione ai quali l‟esercizio di potere era insuscettibile di produrre il consueto fenomeno degradatorio: tali posizioni vennero definite, per l‟appunto, diritti intangibili.

Nasce, così, il concetto di intangibilità del diritto da intendersi quale predicato di talune posizioni soggettive: nel nostro ordinamento, secondo la teoretica in discorso, si rinvengono, a fronte di situazioni "soggettive a nucleo variabile" - in relazione alle quali si riscontra un potere discrezionale della pubblica amministrazione capace di degradare (all'esito di un giudizio di bilanciamento degli interessi coinvolti) i diritti ad interessi legittimi, o di espandere questi ultimi sino ad elevarli a diritti - "posizioni soggettive a nucleo rigido", rinvenibili unicamente in presenza di quei diritti, quale quello alla salute, che - in ragione della loro dimensione costituzionale e della loro stretta inerenza a valori primari della persona - non possono essere definitivamente sacrificati o compromessi, sicchè allorquando si prospettino motivi di urgenza suscettibili di esporli a pregiudizi gravi ed irreversibili, alla pubblica amministrazione manca qualsiasi potere discrezionale di incidere su detti diritti, non essendo ad essa riservato se non il potere di accertare la carenza di quelle condizioni e di quei presupposti richiesti perchè la pretesa avanzata dal cittadino assuma, per il concreto

contesto nel quale viene fatta valere, quello spessore contenutistico suscettibile di assicurarle una tutela rafforzata. In considerazione di ciò, dunque, rispetto a diritti considerati inaffievolibili non potrebbe riconoscersi altra giurisdizione al di fuori di quella del G.O., in ossequio alla natura soggettiva della posizione riconosciuta al privato nonché della necessità di assicurare una tutela in relazione ad interessi particolarmente sensibili: l‟antica formula dove c'è potere, non c'è diritto, viene riletta dove c'è diritto, non c'è potere.

Capitolo II

La via civilistica

Con la sentenza n. 88 del 1979 la Corte Costituzionale aveva affermato l‟esistenza del diritto fondamentale alla salute, per giungere al riconoscimento della risarcibilità del danno non patrimoniale consistente nella menomazione dello stato di benessere psicofisico della persona. La Suprema Corte aveva così dato impulso ad un embrionale orientamento, che sarebbe stato poi sviluppato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite con due sentenze interpretative del marzo e dell‟ ottobre del 1979, che hanno affermato l‟assoluta perfetta "primarietà" del diritto alla salute, costituzionalmente riconosciuto dall‟ art. 32 Cost., e, quindi, l‟inaffievolibilità di tale diritto, intangibile da ogni forma di compressione da parte dell‟ autorità amministrativa.

Nel primo caso concreto, risolto con la sentenza del marzo, la Cassazione aveva affermato la sussistenza della giurisdizione del G.O. sulla base del riconoscimento in capo al privato del potere di chiedere un accertamento tecnico preventivo, in sede di richiesta di risarcimento, per l‟acquisizione preventiva della prova del danno che si assumeva cagionato per effetto dell‟emanazione del contestato provvedimento di localizzazione di una centrale nucleare in luoghi di abituale frequenza. Nel caso di specie l‟esercizio del potere amministrativo si riteneva che avesse determinato una limitazione del diritto soggettivo di proprietà del titolare ed una lesione del diritto alla salute. Riguardo al caso risolto con la sentenza di ottobre, in merito all‟ azione inibitoria proposta da un privato in contestazione di un‟ autorizzazione di esecuzione di un‟opera pubblica comportante rumori ed esalazioni ritenuti dannosi per la salute, la Cassazione non aveva riconosciuto l‟inibitoria nella fattispecie concreta.

L‟ elemento in comune ad entrambe le sentenze della Cassazione, che aveva suscitato notevoli perplessità in parte della dottrina era stato il riconoscimento del "diritto alla salute come diritto fondamentale intangibile anche dal potere pubblico" ed il riconoscimento del diritto alla salubrità dell‟ ambiente in via d‟interpretazione estensiva dell‟ art. 32 Cost., senza considerare in alcun modo la differente realtà a cui fanno riferimento i concetti di salute e di ambiente.

La dottrina aveva sottolineato come fosse paradossale riconoscere l‟ esistenza di norme di relazione, attributive di potere alla P.A., l‟ esistenza di norme di azione,

disciplinanti i limiti e le modalità di esercizio di tale potere, e contestualmente l‟esistenza di diritti soggettivi costituzionalmente garantiti capaci di annullare i poteri previsti dalla legge.

Argomentazione logica a fondamento dell‟ orientamento giurisprudenziale era l‟ affermazione della necessità di una declaratoria d‟ incostituzionalità di norme di legge di relazione o di azione che non assicurassero una sufficiente tutela di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti.

Il cuore della ricostruzione civilistica, dunque, ruota in torno a due pilastri: da una parte, la necessità che a diritti fondamentali, tali in quanto collocati al vertice nella piramide dei valori difesi in Costituzione, si accompagni una tutela adeguata, intendendosi con tale ultima espressione, far riferimento a quel tipo di tutela giurisdizionale piena che soltanto il GO era, in passato, in grado di offrire al cittadino leso; dall‟altra, in simbiotica armonia con la precedente affermazione, dinanzi a diritti preminenti perché direttamente tutelati dalla Grundhnorm non sarebbe prospettabile alcuna compressione per effetto dell‟agire amministrativo giacchè quest‟ultimo risulterebbe carente delle condizioni di esistenza, a meno che non si voglia ammettere la possibilità che un conflitto tra norma di rango costituzionale e norma di rango primario sia risolto in favore della seconda ed a discapito della prima. In definitiva, il rispetto della gerarchia delle fonti priverebbe a monte la PA di qualsivoglia potere in ordine alla disciplina di interessi ritenuti prevalenti e poziori “a prescindere”, in quanto tale è la voluntas espressa dalla Carta Fondamentale. Diretto corollario di tale impostazione, come accennato in precedenza, è l‟evidente insuscettibilità delle posizioni ritenute intangibili ad essere oggetto di mediazione per effetto dell‟intervento pubblicistico, il quale, infatti, proprio perché privo di potere non potrebbe tangere siffatti diritti: questi ultimi, mantenendo la qualificazione anzidetta, cioè quella di diritti, sarebbero tutelabili unicamente dal G.O., dotato, tra l‟altro, di tutti gli strumenti per garantirne l‟effettiva realizzazione.

Si afferma, per tale via, l‟idea di diritti superiori, intangibili, dinanzi ai quali la PA non può effettuare scelte discrezionali in quanto priva di potere di comparazione prima, e di scelta dopo; posizioni a fortiori attratte alla cognizione del G.O..

Da un punto di vista, per così dire, storico, va osservato come la complessa dinamica che ha accompagnato negli ultimi decenni il riparto di giurisdizione fra G.A. e G.O., si è sviluppata attraverso un fenomeno legislativo di ampliamento dell‟area dei diritti soggettivi, con la conseguente ricaduta sul giudice ordinario della competenza esterna relativa alle suddette posizioni giuridiche. Parallelamente tale processo è stato accompagnato, in giurisprudenza dal riconoscimento sempre più esteso di aree di inviolabilità dei diritti soggettivi, capaci come tali di resistere alla degradazione di norma derivante dall‟esercizio del potere amministrativo; si tratta di diritti che restano sostanzialmente intatti nel proprio contenuto essenziale al cospetto

dell‟azione amministrativa, con la conseguenza che la giurisdizione non può che radicarsi in capo al G.O..

Si ritiene, in sostanza, che alcuni diritti siano dotati dall‟ordinamento di una protezione giuridica rafforzata che ne comporta la non modificabilità per effetto dell‟esercizio del potere dell‟amministrazione.

L‟assunto vale per i c.d. diritti personalissimi (diritto al nome, all‟integrità personale), sui quali l‟amministrazione per definizione non può incidere perché non è titolare di un potere specifico di incidere sugli stessi, come per altri diritti fondamentali ritenuti particolarmente importanti sul piano Costituzionale (diritto alla salute, diritto all‟integrità ambientale), sanciti da norme costituzionali reputate non più programmatiche ma immediatamente precettive.

Entrambe le categorie di diritti sarebbero connotate da una sorta di rigidità originaria tale da precludere ogni compressione da parte dell‟amministrazione; rigidità confermata anche dalle sortite del legislatore ordinario che riservano alla giurisdizione ordinaria le controversie relative a diritti reputati irresistibili.

Oltre che sul piano del riparto, la natura incomprimibile di questi diritti opererebbe anche in relazione ai poteri del giudice ordinario. Si afferma infatti che la natura incomprimibile di tali diritti impedisce che la relativa tutela possa essere depotenziata per effetto dei limiti di cui agli artt. 4 e 5 l.a.c., ossia del divieto per il G.O. di annullare o revocare un atto amministrativo, ossia di ordinare un facere specifico di carattere pubblicistico, ovvero un pati con incidenza diretta sull‟attuazione di provvedimenti amministrativi. Non è infatti pensabile alla luce della gerarchia delle fonti che il legislatore ordinario possa depotenziare la tutela di diritti che la Carta Costituzionale vuole proteggere in modo assoluto e proclama come intangibili; di qui la duplice conclusione che la giurisdizione spetta al G.O. e che questi, può, in deroga agli artt. 4 e 5 l.a.c. pronunciare sentenze che incidano su atti amministrativi o ordinino un facere, di stampo, appunto, pubblicistico.

La tesi dottrinale ha trovato il supporto della Cassazione che a partire da una fondamentale pronuncia delle sez. un. del 1979 ha ritenuto che i diritti fondamentali come il diritto alla salute non possono che essere tutelati nella forma garantistica piena ed incondizionata del diritto soggettivo anche nei confronti della P.A. essendo diritti inviolabili della persona umana. Il diritto individuale alla salute- tutelato dalla prescrizione precettiva di cui all‟art. 32Cost.- non può cioè atteggiarsi in forma subordinata rispetto al potere dovere dell‟amministrazione di provvedere alla tutela della salute pubblica ovvero alla cura di altri interessi pubblici; ne deriva che il G.O. , dotato di giurisdizione naturale per la cognizione di un diritto irresistibile, può per gli stessi motivi adottare, anche in deroga ai limiti di cui agli artt. 4 e 5 della l.a.c. qualsiasi misura si rendesse necessaria per porre rimedio alla violazione e per porre rimedio alla violazione e per ripristinarne l‟integrità.

La giurisprudenza ha osservato in particolare che il diritto alla salute "è sovrastante all'amministrazione di guisa che questa non ha alcun potere neppure per motivi di interesse pubblico specialmente rilevante, non solo di affievolirlo, ma neanche di pregiudicarlo nel fatto indirettamente", perché incidendo in un diritto fondamentale la pubblica amministrazione "agisce nel fatto" dal momento che "non essendo giuridicamente configurabile un suo potere in materia , esso per il diritto non provvede", ma "esplica comunque, e soltanto attività materiale illecita" (Cass. Sez Un. 2092/1992); e che pertanto, la tutela giudiziaria del diritto alla salute , la quale non è condizionata dai limiti di cui agli artt. 2 e 4 l.a.c. ed è suscettibile di riverberarsi anche in decisioni che condannino la PA ad un facere specifico pubblicistico, può essere preventiva e dare luogo a pronunce inibitorie (Cass. 9893/2000).

La giurisdizione del giudice ordinario a fronte di un‟azione inibitoria finalizzata alla tutela della salute è stata ribadita, in tema di onde elettromagnetiche anche dopo il varo della legge quadro n. 36/2001. Si è in tal modo affermata la giurisdizione ordinaria in relazione a controversie nelle quali si debba decidere, in relazione ad un‟azione inibitoria, se, sulla base delle conoscenze scientifiche del tempo, vi sia pericolo per la conservazione della salute nell‟esposizione ad un fattore inquinante, ancorchè tale esposizione sia rispettosa dei limiti massimi stabiliti dalla normativa vigente (CdS sez. IV 2329/2002). In giurisprudenza le suggestioni del modello delle situazioni giuridiche soggettive resistenti a tutta oltranza si sono significativamente percepite dapprima in tema di diritto alla salute - rectius all‟ambiente salubre - poi con progressive incursioni nel campo dei diritti primari fondati sulle libertà costituzionalmente garantite (come la libertà di coscienza e di religione (Cass. Sez.Un. 11432/1997), ed ancora, in tema di controversie relative alle procedure ed ai provvedimenti in materia di impianti di generazione di energia elettrica.

L‟evoluzione giurisprudenziale successiva ha esteso i principi in parola ad altri diritti di rango costituzionale (ad esempio il fondamentale diritto di libertà consistente nella libera esplicazione del credo religioso). Più in generale, secondo l‟orientamento più recente delle sezioni unte della Cassazione, il principio della non degradabilità dei diritti, originariamente enucleato con riferimento al solo diritto alla salute, viene esportata a tutti i "diritti primari in cui si esprimono le libertà fondamentali costituzionalmente garantite" (Cass. Sez.Un. 11432/1997).

Va inoltre segnalato che la sent. 22 giugno 2006 n. 240 della Consulta ha confermato la giurisdizione del giudice di pace ex art. 13 co. 8 d. lgs n. 286/1998 per l‟impugnazione dei decreti di espulsione degli stranieri, mettendo in luce l‟incisione della libertà personale dello straniero accompagnato alla frontiera.

La tesi è inoltre richiamata dalle decisioni delle Sezioni Unite 13 giugno 2006 n. 13659 e 13660, che hanno superato la tesi della pregiudizialità amministrativa.

Capitolo III

La via amministrativa

Secondo una considerevole parte della giurisprudenza amministrativa, di cui qui si intende sinteticamente dar conto, non è condivisibile l‟affermazione generale cui il giudice della giurisdizione ritiene di dover giungere, secondo cui la tutela giurisdizionale contro l‟agire illegittimo della PA spetta al GO quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo; cosicchè, esemplificando, l‟amministrazione deve essere convenuta innanzi al GO in tutte le ipotesi in cui l‟azione risarcitoria costituisca reazione alla lesione di diritti incomprimibili, quali la salute. L‟argomento centrale su cui la Cassazione poggia questa affermazione, ovvero quello per cui la perdurante vigenza degli artt. 2 e 4 l.a.c. i quali configurano a tutela del cittadino la giurisdizione ordinaria come presidio di tutte quelle materie in cui si faccia questione di un diritto civile o politico, appare, alla dottrina ed alla giurisprudenza amministrativa, non concludente. A questa visione del giudice ordinario che utilizza la salute come grimaldello per aprire il catalogo dei diritti di serie A, la migliore dottrina amministrativa ha da sempre evidenziato la fragilità ed i rischi di scardinamento del sistema del riparto insiti in tale approccio.

Il richiamo alla teoretica dei diritti intangibili, sempre e comunque tutelabili innanzi al GO, non appare a questa dottrina pertinente, a meno che non si voglia ipotizzare un "governo dei giudici" di tipo americano estraneo alla nostra tradizione storica. L‟introduzione delle Costituzioni rigide ha spostato, infatti, il centro dell‟attenzione, in tema di tutela dei diritti dell‟uomo e del cittadino, dal controllo giurisdizionale sugli atti dell‟autorità a quello di costituzionalità della legge. Fermo restando il controllo di legalità dell‟azione amministrativa da parte del GA, la verifica del limite di incomprimibilità del diritto si trasferisce, nella seconda metà del secolo scorso, dalla disapplicazione dell‟atto amministrativo, al sindacato di costituzionalità delle leggi che autorizza la compressione amministrativa del diritto (sindacato operato dalla Corte Costituzionale). Il richiamo che spesso viene fatto da parte della giurisprudenza della SC (sent 13569/06) agli art. 2 e 3 LAC appare datato e sembra non tener conto del fatto che l‟idea del giudice civile come guardiano dell‟incomprimibilità del diritto è coerente con il modello ottocentesco di costituzione flessibile, perché è a fronte di tale modello che la tutela del diritto incomprimibile non presenta altra strada che la disapplicazione dell‟atto amministrativo da parte del GO. Questa strada, tuttavia, non sembra più percorribile in un sistema a Costituzione rigida in cui l‟intangibilità del diritto andrebbe declinata, piuttosto, come unicità del sindacato della Corte delle Leggi nei confronti delle scelte irrazionali del legislatore.

Il profilo di analisi, dunque, necessariamente si arricchisce di coloriture squisitamente costituzionali, con la dovuta precisazione, tuttavia, che il discorso dei costituzionalisti riguarda soprattutto i limiti della costituzionalità delle leggi, che è cosa ben diversa dal piano su cui si pone l‟idea di incomprimibilità come pretesa insensibilità del

diritto soggettivo all‟operare dell‟atto autoritativo perorata dalla Cassazione. I più recenti indirizzi teorici di matrice costituzionale sembrano peraltro ispirarsi all‟interpretazione per valori, ad un modello interpretativo in cui le enunciazioni dei diritti di libertà nelle Carte costituzionali, più che tipizzare specifiche figure dogmatiche di diritti soggettivi, individuano valori direttivi e limitativi rivolti sia al legislatore, che all‟interprete. Ne consegue che l‟inclusione di diritti in questo catalogo non implica di per se alcuna conseguenza diretta e automatica ai fini del riparto di giurisdizione, ovvero, se si vuole, ai fini della supposta impossibilità che l‟atto dell‟autorità, ancorchè illegittimo, spieghi medio tempore i suoi effetti prevalendo sul diritto e, dunque, comprimendolo.

Il limite derivante dalla inviolabilità del diritto è un limite che si impone al legislatore e che si traduce nella incostituzionalità di una legge che istituisse un‟autorità ela dotasse di poteri tali da rendere possibile una compressione intollerabile del diritto, oppure che assicurasse una tutela limitata ed insufficiente al diritto stesso. Ma non è un limite che si traduce ipso facto in una riserva di giurisdizione, nella necessità cioè che a conoscere del diritto leso sia solo e sempre il GO.

Se la ragione - o una delle principali – della incomprimibilità del diritto si sostanzia in definitiva nella indefettibilità della risarcibilità in caso di lesione, che senso ha insistere sulla qualifica di incomprimibilità del diritto al fine di ascriverne la giurisdizione al GO ora che l‟interesse legittimo è risarcibile anche davanti al GA e questi può erogare una tutela piena?

Sotto questo punto di vista non può non emergere la inutilità della riscoperta della teorica del diritto alla salute come matrice aperta di diritti incomprimibili oggi che il GA è anche giudice del risarcimento del danno da atto illegittimo.

Ma il dato di più evidente criticità della tesi dei diritti incomprimibili resta quello della assoluta incertezza ed arbitrarietà nella loro identificazione ed individuazione. Quand‟è, ad esempio, che l‟incidenza sul diritto alla salute, o sulla libertà di locomozione è solo indiretta o non è abbastanza diretta ed immediata perché operi lo schema del superdiritto?

Ma vi è di più: il disagio che la teoria dei diritti intangibili reca con sé attiene le conseguenze insite in un‟attribuzione, esclusiva e naturaliter, della tutela di tali posizioni alla giurisdizione del GO. Dinanzi ad un atto amministrativo illegittimo incidente su diritti inaffievolibili, qualora fosse il GA investito della questione, l‟eventuale pronuncia di annullamento comporterebbe il rinvio della decisione nuovamente alla amministrazione competente, preservando il principio della distinzione fra i poteri; laddove, invece, qualora della questione fosse investito il GO, questi prescindendo del tutto dall‟iter decisionale amministrativo, finirebbe inevitabilmente per disciplinare egli stesso il rapporto giuridico sottoposto al suo giudizio: in questo senso, quindi, la teorica dei diritti incomprimibili, consentendo al giudice di tutelare direttamente il diritto contro l‟attività amministrativa, ben può

condurre in sostanza alla stessa disapplicazione della legge che regola la scelta amministrativa, secondo un criterio di legalità che è, tuttavia, estraneo al nostro sistema. Questa lettura si fonda su di un‟idea molto anglosassone per cui l‟amministrazione è un soggetto qualsiasi della società, sottoposto, come gli altri, al diritto comune.

Capitolo IV

Un caso peculiare: il diniego di cure all'estero

Il diritto alla salute, ha costituito in un certo senso il settore paradigmatico sul quale è stata costruita negli anni la teoria della non degradabilità dei diritti, sia pure a fronte dell‟attività autoritativa della PA.

Invero nel tempo sono affiorate numerose posizioni circa i rapporti fra diritto alla salute e riparto di giurisdizione.

Sul punto, infatti, si possono individuare almeno tre differenti posizioni.

A) La prima posizione accomuna coloro che ritengono che, per sua natura, il diritto alla salute costituisce sempre una posizione non affievolibile, con la conseguenza che la cognizione in subiecta materia spetterebbe sempre al G.O., senza necessità di ulteriori distinzioni. Tale posizione ha incontrato un largo favore negli anni passati e non è mai stata revocata radicalmente.

B) La seconda posizione ritiene di operare un netto distinguo fra i casi in cui il diritto alla salute si atteggia con un contenuto prevalentemente "oppositivo" (inteso cioè come diritto assoluto di libertà, volto ad impedire violazioni dell‟integrità fisica), ed i casi in cui esso si atteggia con un contenuto prevalentemente "pretensivo" (ossia come diritto a perseguire un miglioramento delle proprie condizioni, ad esempio ad ottenere un determinato livello quali-quantitativo di prestazioni a carico del S.S.N.).

Sul tema si è incastonato l‟articolato dibattito circa il riparto di giurisdizione in materia di cure mediche all‟estero, e, a riguardo, la giurisprudenza ha offerto interessanti spunti di riflessione circa questa peculiare ipotesi di diritto intangibile garantito dall‟art. 32 Cost, di cui un corollario è certamente la garanzia per il privato di rinvenire i migliori mezzi di cura, anche al di fuori del territorio nazionale, salvo poi vedersi riconosciuto il rimborso delle spese sostenute a causa della carenza delle strutture mediche statali .

In generale, è stato affermato che in presenza di una domanda per effettuare cure e terapie presso un centro di specializzazione all'estero, supportata da idonea documentazione medica, è onere dell'azienda pubblica che intenda rifiutare l'autorizzazione farsi carico di individuare e precisare quali siano le possibili, adeguate e tempestive alternative in Italia qualora sia possibile praticare la medesima cura per la quale è richiesta l'autorizzazione (Cons. Stato, sez. V, 10 luglio 2003, n. 4115; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 15 gennaio 2003).

Ai fini dell'autorizzazione ad effettuare cure sanitarie all'estero, la l. 23 ottobre 1985 n. 595 detta due condizioni non necessariamente concorrenti, ovvero l'impossibilità di ricevere tempestivamente in Italia le medesime prestazioni e la non adeguatezza alla particolarità del caso clinico delle prestazioni che potrebbero essere rese in Italia; pertanto, esula dalla competenza della P.A. ogni valutazione in ordine all'opportunità dell'intervento per cui è richiesta l'autorizzazione ed alla sua efficacia concreta sulla patologia, altrimenti venendosi ad incidere la libertà di cura dell'assistito (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 5 dicembre 2002, n. 4761).

Le considerazioni esposte inducono a ritenere che in materia di „cure all‟estero‟ la pubblica amministrazione sia tenuta ad eseguire verifiche connotate da discrezionalità tecnica, poiché la struttura sanitaria competente deve esaminare il caso concreto al fine di stabilire se la patologia possa o meno essere adeguatamente seguita – e, quindi, se la malattia possa essere curata – presso strutture del servizio sanitario nazionale, ovvero strutture con questo convenzionate, in tempi compatibili con la gravità del caso. Il giudizio deve tenere conto, in particolare, del tipo di malattia, della gravità della patologia, della cura da somministrare, dell‟adeguatezza del servizio, dei tempi di intervento. Si tratta, quindi, di un giudizio prettamente tecnico.

Se l‟esito delle verifiche indicate è nel senso che nel caso concreto la malattia non è adeguatamente o tempestivamente curabile presso strutture del servizio sanitario nazionale (o strutture con questo convenzionate), la decisione dell‟amministrazione risulta vincolata, poiché la stessa non può evitare di rilasciare la prescritta autorizzazione, né può negare il rimborso delle spese sostenute dal malato per curarsi.

Ciò comporta dubbi in tema di giurisdizione e problemi in ordine alla sindacabilità da parte del giudice delle decisioni assunte al riguardo dalla pubblica amministrazione.

Preliminarmente l‟esame di tali casi, implica una breve analisi sull‟ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale avente ad oggetto il sindacato del giudice alla luce delle diverse concezioni della discrezionalità tecnica. Sinteticamente, va ricordato che, secondo la concezione tradizionale, la „discrezionalità‟ consiste nella facoltà di scelta tra comportamenti leciti, funzionalizzata al soddisfacimento dell‟interesse pubblico primario, per il cui perseguimento è stato attribuito il relativo potere all‟autorità pubblica. Secondo tale concezione, la discrezionalità consta di due momenti: quello del giudizio (che si concretizza nell‟individuazione e nell‟analisi dei fatti e degli interessi in gioco, sulla base di un‟istruttoria che deve rispondere a quanto prescritto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241) e quello della scelta (che costituisce il vero momento nel quale la pubblica amministrazione adotta la soluzione che ritiene più opportuna e conveniente per il miglior perseguimento dell‟interesse pubblico avuto di mira). Proprio il momento della scelta costituisce l‟essenza della „discrezionalità‟ amministrativa, la quale, per essere esercitata correttamente, deve rispettare i seguenti parametri: rispetto dell‟interesse pubblico per il quale il potere è

stato attribuito; perseguimento del fine rispondente alla causa del potere esercitato; rispetto dei principi di logica, imparzialità e ragionevolezza.

Per "discrezionalità tecnica", invece, si intende fare riferimento al tipo di valutazione che viene posta in essere dall‟amministrazione nelle ipotesi in cui l‟esame dei fatti e delle situazioni rilevanti per l‟esercizio dei poteri pubblici necessiti del ricorso a cognizioni tecniche o scientifiche di carattere specialistico. In tali casi (a differenza di quanto avviene per la discrezionalità amministrativa) l‟autorità esaurisce la propria attività nel momento del giudizio tecnico, poiché la scelta è eseguita a monte e predeterminata in base agli esisti del giudizio. Con specifico riferimento al sindacato giurisdizionale, discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica sono state, inizialmente, accomunate ed è stato affermato che l‟attività discrezionale della PA può costituire oggetto soltanto di un sindacato di legittimità circoscritto alla verifica della conformità del provvedimento amministrativo a prescrizioni normative la cui violazione comporti vizi di violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere. Ciò sul presupposto concetto di riserva di potere amministrativo, secondo il quale, alla luce dei principi costituzionali, l‟attività amministrativa discrezionale è riservata alla competenza esclusiva della pubblica amministrazione con conseguente impossibilità per il giudice amministrativo di sostituirsi a questa nelle valutazioni e nelle scelte da eseguire al fine di assumere determinazioni nel caso concreto.

Sempre secondo la tesi tradizionale, il sindacato del giudice amministrativo può assumere solo carattere estrinseco, essendo impedito al giudice spingere la propria verifica oltre i limiti dell‟eccesso di potere sotto i profili della sufficienza della motivazione, della logica, dell‟imparzialità, della manifesta erroneità e della ragionevolezza della determinazione amministrativa assunta. Tale orientamento era legato anche a motivi processuali, attesa la mancanza di strumenti processuali – quale, principalmente, la consulenza tecnica d‟ufficio – idonei per sindacare le valutazioni tecniche eseguite dalla pubblica amministrazione. L‟impostazione descritta è stata superata a seguito delle pronunce del giudice amministrativo che hanno distinto i concetti di „opportunità‟ – scelta di più opzioni per la cura dell‟interesse pubblico - e „opinabilità‟ – soggettività di un giudizio tecnico che non riguarda l‟interesse pubblico, ma concerne il fatto da valutare – (per tutte, v. Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601); in sostanza l‟attuale impostazione prevalente, parte dalla considerazione che nell‟ambito della discrezionalità tecnica, il giudice è investito di un potere di controllo intrinseco che, anche attraverso lo strumento della c.t.u., gli consente di ripercorrere l‟iter logico-giuridico della PA per valutarne la correttezza, ma tale indagine, resta di tipo debole in quanto al giudicante rimane preclusa la possibilità di sostituire le proprie valutazioni a quelle dell‟amministrazione, ove queste a seguito dell‟indagine, risultino sostanzialmente corrette da un punto di vista tecnico, pur se non condivise dal c.t.u..

Seguendo questa impostazione viene meno l‟idea che la discrezionalità tecnica attenga al merito dell‟azione amministrativa, ed è possibile affermare un più ampio

controllo giurisdizionale, dei provvedimenti amministrativi caratterizzati da tale tipo di discrezionalità. La discrezionalità tecnica non comporta particolari conseguenze in tema di riparto di giurisdizione, (essa è ritenuta "neutra" in riferimento alla competenza esterna) poiché non è più possibile sostenere, come avveniva in passato, che la discrezionalità tecnica, al pari di quella amministrativa, è sempre in grado di affievolire posizioni di diritto soggettivo.

Ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, invece, rileva il tipo di attività che la pubblica amministrazione svolge a seguito dell‟esame del fatto. Al riguardo è necessario distinguere le ipotesi in cui alla PA è consentito, comunque, agire esercitando un potere discrezionale amministrativo – si tratta delle ipotesi di c.d. „discrezionalità mista‟, in cui l‟organo competente, dopo la valutazione tecnica, esercita anche discrezionalità amministrativa, eseguendo, così, due apprezzamenti diversi (uno tecnico, l‟altro di merito amministrativo) – dai casi in cui la PA è vincolata sul piano amministrativo – dovendo, cioè, adottare l‟atto stabilito dal legislatore qualora la valutazione tecnica dia un determinato risultato -. E‟ chiaro, infatti, che mentre nel primo caso la posizione dell‟interessato assume consistenza di interesse legittimo, nella seconda ipotesi si verte in tema di diritti soggettivi, almeno nei casi in cui la norma tende a tutelare gli interessi del privato coinvolto nella vicenda oggetto della determinazione amministrativa (dovendo ritenersi, invece, che qualora la norma vincoli la p.a. al fine di tutelare un interesse pubblico, la situazione del privato abbia natura di interesse legittimo, come nel caso di imposizioni di vincoli storico-artistici). Tornando al caso che ci occupa, e sulla base di queste considerazioni, sono sorti non pochi dubbi in merito al riparto di giurisdizione in materia di provvedimenti concernenti cure mediche all‟estero.

Nella prima delle ipotesi in parola, la posizione individuale sarebbe quella di un diritto soggettivo assoluto non affievolibile, con la conseguenza che la giurisdizione andrebbe sempre riconosciuta al G.O..

Nella seconda ipotesi, invece, l‟esercizio del diritto ad ottenere determinate prestazioni, sarebbe temperato dall‟interpositio della spendita di un potere discrezionale di valutazione e bilanciamento con altri principi pure di carattere costituzionale.

In tali ipotesi, piuttosto che di un diritto pieno, sarebbe necessario propendere per l‟esistenza di un diritto condizionato. La teoria in parola, sembra per altro, essere stata fatta propria dalla Corte Costituzionale nella sent. 15 luglio 1994 n.304, ove si legge che: "il diritto ai trattamenti sanitari è garantito ad ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà, attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento". Il giudice delle leggi ha così ritenuto

infondate le questioni di legittimità costituzionale su alcune leggi regionali nella parte in cui esse, sulla base di considerazioni di sostenibilità finanziaria, limitavano la facoltà per i privati a ricorrere alle prestazioni sanitarie offerte dai centri privati alternativi al s.s.n..

In tali ipotesi, permanendo in capo alla PA un potere discrezionale di valutazione e scelta fra interessi (potenzialmente) contrapposti, non si potrebbe negare l‟esistenza di un effetto degradatorio, con la conseguenza che delle relative controversie sarebbe chiamato a conoscere il G.A..

C) La terza delle posizioni dogmatiche in relazione al tema in discorso, si pone in posizione intermedia fra le prime due. Essa sostiene che il diritto alla salute, inteso nella sua componente oppositiva, deve essere considerato non affievolibile; al contrario, nella sua componente pretensiva, occorrerebbe effettuare un distinguo. In particolare nel caso di una pretesa, volta a conseguire l‟erogazione di determinate prestazioni sanitarie, si potrebbe affermare di volta in volta che la posizione del singolo assuma la consistenza di diritto soggettivo o di interesse legittimo, solo all‟esito di un giudizio qualitativo basato sul concetto di "gravità" dell‟esigenza sanitaria dedotta. (Cass. 5593/1994).

Verrebbe allora in rilievo un diritto soggettivo perfetto ed intangibile, anche in un‟ottica pretensiva, nel caso in cui la richiesta di prestazione sia volta ad evitare un rischio mortale, o comunque a fronteggiare un‟acuta situazione di sofferenza e dolore . Il diritto alla salute conoscerebbe, allora, un nocciolo duro non affievolibile, dato dal diritto di non morire o di non subire particolari sofferenze.

In questa direzione merita di essere analizzata una recente decisione delle Sezioni Unite 1 agosto 2006 n. 17461, che abbandona la posizione oltranzista orientata ad un‟incomunicabilità tra diritto e potere. Il ragionamento della Corte si fa particolarmente interessante laddove distingue tra "situazioni soggettive a nucleo variabile" – in relazione alle quali si riscontra un potere discrezionale della p.a., capace di degradare i diritti ad interessi legittimi, o di espandere questi ultimi fino ad elevarli a diritti - e "posizioni soggettive a nucleo rigido", rinvenibili unicamente in presenza di quei diritti, quale quello alla salute, che, in ragione della loro dimensione costituzionale e della loro stretta inerenza a valori primari della persona, non possono essere definitivamente sacrificati o compromessi. Secondo la Corte, in presenza di motivi di urgenza suscettibili di esporre il diritto alla salute a pregiudizi gravi ed irreversibili, la pubblica amministrazione difetta di qualsiasi potere discrezionale in grado di incidere sul diritto in questione. La circostanza per cui la suprema corte esclude la presenza di un potere discrezionale della P.A. - non in tutte le ipotesi ma soltanto nel caso in cui le circostanze siano tali da esporre il diritto alla salute a pregiudizi gravi ed irreversibili - induce a ritenere che nelle altre ipotesi anche il diritto alla salute, quantomeno nella sua dimensione pretensiva, possa essere oggetto di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti. Pertanto nella

fattispecie la suprema corte ritiene sussistente la giurisdizione del G.O. in presenza di una causa petendi quale diritto alla salute, non degradabile ad interesse legittimo, che, in mancanza dell‟intervento richiesto alla PA sarebbe esposto al rischio di un grave pregiudizio.

Va rammentato che le controversie in tema di servizi pubblici (nel novero dei quali rientra in particolare il servizio sanitario), sono state devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell‟art.33 d.lgs 80/1998.

Sono state riservate alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative ai rapporti individuali di utenza, nonché quelle relative al risarcimento dei danni alle cose ed alle persone ed all‟invalidità; tuttavia parte della dottrina, mostra consistenti perplessità sulla costruzione di tale modello di riparto, argomentando sulla non affievolibilità di diritti soggettivi fondamentali riconosciuti dalla costituzione, primo tra tutti il diritto alla salute.

Secondo tale dottrina, infatti non sarebbe condivisibile un criterio di riparto di giurisdizione sganciato dalle coordinate tradizionali della non degradabilità dei diritti soggettivi fondamentali, ossia della non configurabilità di un potere amministrativo capace di incidere su un diritto considerato a livello costituzionale come fondamentale.

La tesi dei diritti resistenti parte infatti dal malfermo presupposto che vi sia una contraddizione tra carattere fondamentale di un diritto e ricorrenza di un potere anche discrezionale della PA.

Come detto in precedenza, dalla tesi tradizionale basata sul presupposto “c’è diritto soggettivo perché non c’è potere” si è passati all‟idea completamente rovesciata, in base alla quale “non c’è potere perché c’è diritto soggettivo”.

Invero anche nel campo dei diritti costituzionalmente rilevanti, il legislatore, ordinario e costituzionale, attribuisce poteri riservati e discrezionali alla PA al fine di verificare quali siano le migliori modalità per contemperare la tutela del diritto con il perseguimento dell‟interesse pubblico e con la tutela di altri interessi privati anch‟essi costituzionalmente garantiti.

L‟intermediazione del legislatore ordinario, cui risulta impossibile dettare soluzioni esaustive capaci di catturare le variabili concrete, deve necessariamente integrarsi con l‟attività amministrativa cui è costretto ad affidare l‟individuazione delle forme di intervento migliori per la sintesi degli interessi pubblici e privati in rilievo; essa è oltretutto resa necessaria dalla circostanza che le disposizioni costituzionali, per quanto reputate precettive, non dettano una disciplina puntuale del diritto, e quindi non individuano le soluzioni per armonizzarlo con le posizioni e gli interessi potenzialmente antagonistici.

Appare quindi criticabile la prospettiva secondo cui la rilevanza costituzionale di un diritto sarebbe incompatibile con la fissazione di limiti dettati da una norma di rango inferiore.

Più condivisibile pare l‟approccio che valorizza la caratterizzazione della società come pluralistica, basata sul principi di uguaglianza e sulla necessità di contemperamento della libertà del singolo con le eguali libertà degli altri; ne consegue che i diritti inviolabili del singolo non possono essere aprioristicamente definiti intangibili, ma devono essere positivizzati, per poter essere relativizzati e dunque rapportati a valori pubblici, sociali ed individuali.

Alla stregua di quanto enunciato, non di rado potrà competere al potere amministrativo, per definizione di degradazione, il contemperamento dei vari interessi per il tramite di un‟attività conformativa delle posizioni di ciascuno anche al fine di contemperare i diritti del singolo con i diritti degli altri.

La tradizionale tesi della non degradabilità del diritto porta invece a concludere che il singolo possa paralizzare l‟attività dei pubblici poteri diretta a soddisfare l‟interesse pubblico e soprattutto gli eguali diritti, anche costituzionalmente tutelati, degli altri.

Sintomatica appare la questione del diritto alla salute dalla quale si evince che la PA è chiamata alle valutazioni discrezionali tese a verificare come conciliare l‟esigenza di tutela della salute, con l‟interesse pubblico al contenimento delle spese finanziarie.

Ancora assai labile e soggettivo è il criterio che deve guidare l‟interprete nel distinguere, nel calderone dei diritti costituzionalmente garantiti, quali sono i diritti modificabili e degradabili, e quali sono invece i diritti che resistono a tutta oltranza ad ogni tentativo di degradazione.

Ci sembra allora di potere affermare che, anche per i diritti fondamentali costituzionalmente protetti (salvo il rispetto dei limiti sanciti dallo stesso legislatore Costituzionale e l‟osservanza di ragionevolezza), occorre valutare, sulla base dell‟ordinamento positivo, e quindi, delle scelte del legislatore ordinario, se la normativa abbia fissato il criterio per il contemperamento dei diritti con gli altri interessi e, quindi, se la PA abbia rispettato i limiti e le condizioni (di esistenza e di esercizio) del potere. Diverso e più problematico è il caso in cui il legislatore non abbia fissato alcun criterio di contemperamento o, comunque, quello in cui tale contemperamento non potesse avere luogo per motivi sistematici, in quanto incidente sul “nocciolo duro” ed intangibile di una posizione costituzionalmente tutelata. Si tratta in definitiva di valutare se il legislatore ordinario, nel contemperare esigenze di stampo pubblicistico a tutela dei diritti della persona da un lato e garanzia delle altre posizioni soggettive in rilievo dall‟altro, abbia rispettato il canone della ragionevolezza oltre ai limiti stabiliti dal legislatore Costituzionale; risolto positivamente l‟interrogativo; la sorte degli atti amministrativi che (sulla base del principio di tipicità e nominatività ed in ottemperanza alla norma attributiva del

potere) abbiano tradotto in statuizioni concrete la scelta (rectius: il contemperamento fra i principi) operata a monte dal legislatore, non può, sul piano della giurisdizione che essere affidata al criterio che distingue fra carenza (in astratto o, secondo alcuni in concreto) e cattivo uso del potere. Se la legge c‟è, ed è rispettosa dei parametri costituzionali, anche il potere rispettoso delle condizioni stabilite dal legislatore, sortisce effetti degradatori sottoposti alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Emerge a questo punto, per chi aderisce alla teoria del contenuto essenziale dei diritti inviolabili dell‟individuo il problema dei rapporti tra legislatore ordinario e norma costituzionale: le disposizioni costituzionali che riconoscono tale contenuto essenziale costituiscono un limite intangibile ed invalicabile anche per lo stesso legislatore ordinario.

Ne consegue che qualora una disposizione di legge ordinaria abbia operato un siffatto giudizio di contemperamento fra l‟interesse pubblico ed il diritto inviolabile del singolo in modo da comprimere ingiustificatamente il contenuto essenziale di quest‟ultimo, la sedes naturale presso cui dedurre siffatta violazione sarà (secondo chi reputa carente il potere laddove questo sia fondato su norma incostituzionale), quella del giudice ordinario (per carenza del potere degradatorio), e, più a monte quella del giudice delle leggi, per violazione di un limite implicito posto a carico della stessa discrezionalità del potere legislativo.

Altri, invece, reputano che l‟incostituzionalità della legge attributiva del potere non faccia venir meno retroattivamente l‟esistenza del potere e, quindi, metta a nudo un‟ipotesi di cattivo uso da dedurre avanti al G.A..

Al di là del rispetto dei limiti intangibili, per il resto (come in più occasioni riconfermato dalla Corte Cost.) il riconosciuto rango costituzionale di un certo principio ammette senz‟altro che sia il legislatore ordinario ad operare il predetto giudizio di contemperamento nei confronti di altri principi di analogo rango con l‟unico limite costituito dalla ragionevolezza della scelta operata all‟esito di tale giudizio.

Ne consegue che solo laddove l‟atto amministrativo abbia operato in concreto la limitazione del diritto individuale (sia pure astrattamente comprimibile), in mancanza di una norma di legge che ragionevolmente tale potere di compressione abbia previsto, la fattispecie andrà valutata alla stregua di un‟ordinaria ipotesi di carenza di potere in astratto, con correlativa giurisdizione del G.O..

Oltre che fragile sul piano concettuale, la tesi della giurisdizione ordinaria permanente sui diritti inviolabili sanciti dalla Costituzione, sembra, sul piano della politica del diritto e dell‟opportunità mossa dalla anacronistica volontà di assicurare la piena tutela sostanziale (ex art.24 Cost) alle posizioni individuali coinvolte nella materia sanitaria.

Si parte infatti dall‟idea, particolarmente forte prima della sentenza 500/99 e del riconoscimento della tutela aquiliana degli interessi legittimi, secondo cui per garantire piena tutela sostanziale ad una posizione soggettiva, è necessario che essa assuma il carattere di diritto soggettivo, nell‟evidente convincimento che una sua configurazione in termini di interesse legittimo la qualifichi ancora come una posizione giuridica "ancillare" dotata di una tutela inevitabilmente dimidiata, basata sul solo annullamento (si pensi alla vicenda dell‟affievolimento- riespansione dei diritti soggettivi, che si spiega con la necessità di creare un diritto soggettivo al fine del conseguimento della tutela risarcitoria non assicurata agli interessi legittimi (sez un 500/99)).

Di qui il tentativo ideologico di "mascherare" da diritti soggettivi delle indubbie posizioni di interesse legittimo per consentire che alle stesse sia assicurata piena tutela ex art. 24 Cost. Oggi il quadro giurisprudenziale e normativo radicalmente diverso vanifica le vecchie preoccupazioni.

La piena percezione della valenza sostanziale della posizione di interesse legittimo, il riconoscimento della sua piena tutela risarcitoria, il potenziamento delle forme di tutela cautelare e la ristrutturazione del processo amministrativo di cui alla l. 205/2000, nonché alle recenti riforme del legislatore del 2010, convincono, invece, con nettezza di come la posizione di interesse legittimo non sia più una posizione minore e tutelata in modo meno incisivo rispetto al diritto soggettivo. Di qui il venir meno della necessità di mascherare, con la teoria della non affievolibilità delle posizioni di derivazione costituzionale, interessi legittimi come diritti soggettivi resistenti.

A conclusione di tali considerazioni sui diritti inaffievolibili va osservato che la Corte Cost., con la sentenza 140/2007 ha respinto la questione di legittimità costituzionale dell‟art.1 co. 552 l. 30.12.2004 n. 311 – nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto le procedure ed i provvedimenti in materia di impianti di energia elettrica di cui al d.l. 7 febbraio 2002 n.7osservando che: "non osta - va ribadito - alla validità costituzionale del «sistema» in esame la natura «fondamentale» dei diritti soggettivi coinvolti nelle controversie de quibus, su cui pure insiste il rimettente, non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario - escludendone il giudice amministrativo - la tutela dei diritti costituzionalmente protetti. Peraltro, l'orientamento – espresso dalle Sezioni unite della Corte di cassazione – circa la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in presenza di alcuni diritti assolutamente prioritari (tra cui quello alla salute) risulta enunciato in ipotesi in cui venivano in considerazione meri comportamenti della pubblica amministrazione, e pertanto esso è coerente con la sentenza n. 191 del 2006, con la quale questa Corte ha escluso dalla giurisdizione esclusiva la cognizione del risarcimento del danno conseguente a meri comportamenti della pubblica amministrazione". Parte della giurisprudenza, infatti, considerando che in queste

ipotesi l‟amministrazione è titolare di un potere tecnico-discrezionale, ha ritenuto che le relative controversie rientrino nella giurisdizione del giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. IV, 25 febbraio 1997, n. 194, in Foro it., 1997, III, 196; Cass., S.U. 10 novembre 1992, n. 12099, in Rep. Foro it., 1992, voce Sanità pubblica, 270), con tutte le implicazioni descritte riguardo alla profondità del sindacato consentita.

Altra parte della giurisprudenza, invece, ha dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario, rilevando non solo che con riferimento alla problematica in esame si verte in tema di diritto alla salute - riconosciuto come fondamentale dall‟art. 32 Cost. e non affievolibile -, ma anche che le norme che riconoscono la possibilità per il cittadino di farsi curare all‟estero (ricorrendo determinati presupposti), vincolano il potere della pubblica amministrazione allo scopo di tutelare (non un interesse pubblico, ma) l‟interesse del malato ad ottenere cure nel modo migliore possibile, evitando di sostenere spese legate all‟inefficienza del sistema sanitario nazionale (Cassazione civile, sez. un., 9 agosto 2000, n. 558). Per alcuni (TAR Abruzzo, Pescara, ord. 15 aprile 1999, n. 157) la problematica evidenziata ha trovato adeguata soluzione a seguito dell‟introduzione della norma secondo la quale sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, tra le altre, le controversie riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere rese nell‟ambito del servizio sanitario nazionale (art. 33, co. 2, lett. e), d.lgs. n. 80/98). In ogni caso, parte della giurisprudenza amministrativa ha continuato ad affermare che rientra nella giurisdizione del GA la controversia avente ad oggetto l'annullamento del diniego di autorizzazione ad effettuare cure sanitarie all'estero, implicando, tale scelta, la valutazione della correttezza dell'esercizio del potere autorizzatorio dell'amministrazione sanitaria, il quale è espressione di discrezionalità amministrativa, avendo ad oggetto la valutazione della capacità del S.s.n. di soddisfare l'esigenza dell'assistito anche sotto il profilo della disponibilità finanziaria, a fronte della quale la posizione soggettiva di quest'ultimo è di interesse legittimo (T.A.R. Lazio Latina, 6 giugno 2002, n. 680), nulla avendo innovato sul punto la l. 21 luglio 2000 n. 205 (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 24 aprile 2002, n. 1653).

Tuttavia, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in sede di regolamento di giurisdizione, hanno affermato che le controversie aventi ad oggetto il diritto soggettivo al rimborso delle spese sostenute dall'assistito, a seguito del ricovero presso struttura privata non convenzionata, per prestazioni chirurgiche indifferibili, che la struttura sanitaria pubblica non è in grado di assicurare, rientrano nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario, in quanto relative a "rapporti individuali di utenza con soggetti privati" e sottratte, quindi, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, così come individuata dall'art. 33, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 (Cassazione civile, sez. un., 9 agosto 2000, n. 558). A tale indirizzo si è conformata una parte della giurisprudenza amministrativa, secondo la quale la domanda di rimborso delle cure ospedaliere, sostenute all'estero senza previa autorizzazione, per usufruire di prestazioni tecnologicamente più avanzate e non reperibili in Italia,

appartiene al giudice ordinario, in quanto riguardante il fondamentale diritto alla salute, tutelato dall'art. 32 cost. (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 5 giugno 2002, n. 2330). Il quadro giurisprudenziale va completato osservando che, recentemente, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza 11 gennaio 2006, n. 35, ha precisato che rientrano nella generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo - anche a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 - le controversie in tema di autorizzazione al trasferimento per cure all‟estero poiché la potestà autorizzativa in questione implica valutazioni di natura tecnico-discrezionale (stante l‟esigenza di contemperare le richieste di cure all‟estero con la concreta disponibilità di scarse risorse finanziarie pubbliche), a fronte delle quali rilevano posizioni di interesse legittimo di carattere pretensivo degli assistiti dal Ssn, mentre rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto posizioni di diritto soggettivo dell‟interessato che allegando una situazione d‟urgenza, superabile soltanto con la somministrazione di cure immediate non erogate dal servizio sanitario pubblico, chieda di assicurare tutela ad un diritto assoluto della persona, non suscettibile - in quanto diritto soggettivo perfetto - di essere degradato da eventuali provvedimenti negativi dell‟autorità amministrativa, quand‟anche adottati in ossequio ad altri (recessivi) interessi di rilevanza costituzionale (come quello alla corretta gestione del denaro pubblico). Allo stesso modo, rientrano nell‟ambito della giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto la pretesa alla ripetizione degli esborsi sostenuti dall‟assistito recatosi per cure all‟estero – una volta ottenuta l‟autorizzazione preventiva al trasferimento – poiché anch‟esse presentano consistenza di un vero e proprio diritto soggettivo.

Come si desume da quanto precede, mentre circa la profondità del sindacato che può garantire il giudice amministrativo, la giurisprudenza sembra aver raggiunto un approdo, sul tema che sta a monte – il riparto di giurisdizione - il quadro si presenta (ancora una volta) incerto, e ciò comporta particolari disagi in un settore, quale quello della salute, che coinvolge interessi

Come si desume da quanto precede, mentre circa la profondità del sindacato che può garantire il giudice amministrativo, la giurisprudenza sembra aver raggiunto un approdo, sul tema che sta a monte – il riparto di giurisdizione - il quadro si presenta (ancora una volta) incerto, e ciò comporta particolari disagi in un settore, quale quello della salute, che coinvolge interessi primari del cittadino, degni di trovare maggiore certezza riguardo al giudice cui rivolgersi nei casi in cui la P.A. adotti provvedimenti ritenuti pregiudizievoli per il malato.

La Natura della responsabilità da lesione di interesse legittimo

Di Hadrian Simonetti

Sommario: 1. Il problema storico della responsabilità civile della P.A. – 2. Il risarcimento degli interessi legittimi tra diritto comune e diritto speciale. Il nodo della pregiudizialità. – 3. Il <modello> della responsabilità della P.A. – 4. Il rapporto tra tutela costitutiva e tutela risarcitoria nella giurisprudenza costituzionale. - 5. Il regime processuale dell'azione risarcitoria nel codice del processo amministrativo. – 6. La tutela risarcitoria in materia di contratti pubblici: isola o modello? – 7. Il giudizio risarcitorio come giudizio prognostico. – 8. Tutela in forma specifica e tutela per equivalente – 9. Conclusioni.

1. Il problema storico della responsabilità civile della P.A.

Il problema storico della responsabilità civile della P.A. ha riguardato e riguarda in particolare l'attività provvedimentale, ovvero autoritativa, dello Stato e degli enti pubblici, non dubitandosi più, già da molto tempo, che, per i danni derivanti da comportamenti materiali o da atti di diritto privato, l'amministrazione debba rispondere al pari di qualunque altro soggetto dell'ordinamento. Per i danni causati nell'esercizio di poteri autoritativi, sul presupposto che il provvedimento amministrativo "degradasse" il diritto ad interesse legittimo, il principale ostacolo discendeva dalla concezione tradizionale della responsabilità da illecito extracontrattuale, incentrata su un'interpretazione dell'art. 2043 c.c. come norma secondaria che, mediante l'obbligo del risarcimento del danno, sanzionerebbe la violazione di una norma primaria, posta a protezione di un diritto soggettivo assoluto. In questo modo la formula del "danno ingiusto" avrebbe finito per escludere la tutela extracontrattuale delle altre situazioni giuridiche soggettive e, in particolare, degli interessi legittimi. In questa prospettiva si invocava anche l'art. 28 Cost. sul presupposto che l'espressa menzione, quale presupposto della responsabilità civile, di "atti compiuti in violazione di diritti" confermasse al massimo livello come il perimetro della tutela extracontrattuale fosse circoscritto ai soli diritti soggettivi[1].

Vi erano anche altre ragioni, di natura processuale, poste a fondamento del dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi, legate alle regole del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, incentrate sulla natura della posizione giuridica fatta valere (causa petendi), e ai limitati poteri decisori attribuiti a quest'ultimo, circoscritti per lo più al solo annullamento dell'atto impugnato e quindi inidonei a soddisfare richieste di condanna al risarcimento del danno derivante dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa.Dati sostanziali e aspetti processuali finivano, quindi, per convergere in un punto ideale nel quale l'irrisarcibilità degli interessi legittimi costituiva il segno e la conferma dei privilegi e delle immunità della Pubblica Amministrazione e della "specialità" della disciplina che la riguardava,quella stessa specialità che, sul piano storico, rappresentava la prima giustificazione della stessa esistenza di un giudice amministrativo[2].

Come noto, la dottrina privatistica si è fatta carico, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, di una fondamentale opera di revisione della concezione tradizionale della

responsabilità per fatto illecito, accentuandone i profili riparatori, ridimensionando il ruolo della colpa e, per quanto più rileva in questa sede, favorendo il progressivo allargamento dell'area dei danni risarcibili, dapprima verso "nuovi" diritti ed in seguito al di là degli stessi diritti in senso proprio, nel segno dell'atipicità dell'illecito civile[3].

Questa evoluzione, alla base di non meno fondamentali mutamenti giurisprudenziali intervenuti già nel corso degli anni '70[4], si è accompagnata, da un lato, alla rilettura, ad opera della dottrina amministrativistica, dell'interesse legittimo alla stregua di una situazione giuridica sostanziale che l'art. 24 Cost. equipara in via di principio al diritto soggettivo e, dall'altro, all'influenza del diritto comunitario, particolarmente avvertita nella materia degli appalti pubblici.

L'insieme di questi fattori, in parte endogeni ed in altra parte di natura esogena, sono stati all'origine, sul finire del secolo scorso, del superamento del dogma della irrisarcibilità dell'interesse legittimo, sia da parte del legislatore che nella giurisprudenza della Corte di Cassazione con la storica pronuncia n. 500/1999[5].

In tale sentenza si osservava peraltro come, per i danni da attività provvedimentale illegittima della p.a., fosse stata già ammessa da tempo la risarcibilità dei cd. diritti affievoliti, ovvero di quelle posizioni soggettive incise da provvedimenti restrittivi in seguito annullati dal giudice amministrativo. In una vicenda nella quale, si affermava, l'effetto ripristinatorio della sentenza di annullamento comportava la naturale riespansione del diritto in precedenza "degradato", il che ne avrebbe permesso, in un successivo momento, la risarcibilità da parte del giudice ordinario.

Si era obiettato che la teoria della cd. degradazione, e della successiva riespansione, serviva essenzialmente a nascondere il dato per cui la situazione giuridica risarcibile aveva natura di interesse legittimo oppositivo. Una verità da negare fino a quando non si fosse riconosciuta la risarcibilità anche delle situazioni giuridiche soggettive diverse dai diritti soggettivi.

Quel che più a lungo era rimasto veramente privo di tutela risarcitoria era stato l'interesse legittimo pretensivo, leso un provvedimento di diniego illegittimo. Ed è soprattutto in tale ambito che l'influenza del diritto comunitario ha costituito una spinta determinante per superare il consolidato orientamento giurisprudenziale della Cassazione[6].

2. Il risarcimento degli interessi legittimi tra diritto comune e diritto speciale: il nodo della pregiudizialità

La sentenza 500/99 interveniva in un quadro normativo – di poco successivo al d.leg. 80/1998 ma anteriore alla l. 205/2000 - dove la tutela risarcitoria spettava ancora, in via generale, al giudice ordinario, con la sola eccezione delle materie dei servizi pubblici, dell'urbanistica e dell'edilizia[7]. Al punto che di fronte alla caduta di ogni

immunità, al cospetto di una pubblica amministrazione che finalmente aveva raggiunto - si disse allora - "l'età della responsabilità"[8], parte della dottrina si

interrogava sulle conseguenze che una simile decisione avrebbe avuto sul tradizionale sistema italiano di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, chiedendosi se la fine della specialità dell'interesse legittimo non avrebbe finito per appannare le ragioni stesse del dualismo[9].

La vicenda immediatamente successiva è sembrata piuttosto, all'apparenza, accentuare questo dualismo, come dimostrano la devoluzione al giudice amministrativo del risarcimento del danno nell'ambito di tutta la sua giurisdizione, in forza dell'art. 7 della l. 205/2000 che riscriveva l'art. 7 della l. Tar, e il consolidamento che tale nuovo assetto ha ricevuto con la sentenza 204/2004 della Corte costituzionale, che tale soluzione ha difeso, in nome di una tutela piena ed effettiva e dell'esigenza di concentrare davanti allo stesso giudice le diverse forme di tutela, costitutive e di condanna.

Una volta ammessa la risarcibilità degli interessi legittimi dinanzi al giudice amministrativo, si deve peraltro osservare come il legislatore del 2000 non abbia introdotto una disciplina ad hoc per la responsabilità civile della pubblica amministrazione ma solo frammenti di discipline diverse che, nel primo decennio, la giurisprudenza amministrativa ha cercato faticosamente di ricomporre ad unità, talvolta rifacendosi (più o meno fedelmente) al modello di diritto comune disciplinato dagli artt. 2043 ss c.c. altre volte sembrando orientarsi verso soluzioni "autarchiche" o sincretistiche. Nella prima direzione è stato quindi obbligato il richiamo al codice civile, al quale fa implicito riferimento, del resto, anche l'art. 28 Cost., già ricordato.

All'alba del nuovo millennio, all'indomani della sentenza 500/1999, il problema del riparto di giurisdizione, tra g.o. e g.a. ha monopolizzato una gran parte del dibattito iniziale. Agli artt. 35 del d.leg. 80/1998 e 7 della l. Tar è stata attribuita una valenza processuale, di definizione dei poteri di cognizione e decisione del giudice, sul presupposto che la disciplina sostanziale andasse cercata altrove.

Quanto più i problemi di riparto hanno trovato progressivamente la loro soluzione nell'affermazione – sempre più estesa - della giurisdizione del giudice amministrativo, tanto più è venuto al pettine il nodo della pregiudiziale amministrativa e del rapporto tra tutela costitutiva e tutela risarcitoria (tema più volte presente anche nella giurisprudenza costituzionale: v. infra)[10].

Giova ricordare che, fino a quando la giurisdizione sul risarcimento del danno derivante da attività provvedimentale è stata propria del giudice ordinario, quindi prima del 1998-2000, la (formula della) pregiudiziale amministrativa stava ad indicare la necessità che, appunto pregiudizialmente, l'atto amministrativo fosse dapprima annullato dal giudice amministrativo, il che avrebbe consentito, con la riespansione del diritto in precedenza "degradato" o "affievolito" ad interesse

legittimo (oppositivo), che della sua ingiusta lesione potesse conoscere, ai fini risarcitori, il giudice ordinario. Tale regola era stata almeno in un caso codificata dal legislatore, con l'art. 13 l. 19 febbraio 1992 n. 142 (in seguito abrogato con il d.leg. 80/1998) che subordinava l'azione risarcitoria del soggetto che, partecipando a una gara d'appalto pubblico, avesse subìto un danno, al previo annullamento dell'atto lesivo.

La sentenza n. 500/1999, ammettendo la possibilità per il giudice ordinario di accertare l'illegittimità dell'azione amministrativa ove non vi avesse già provveduto il giudice amministrativo, aveva superato tale impostazione, nel senso quindi di ammettere un'azione risarcitoria proposta in via autonoma (posizione ribadita in seguito, con forza crescente, da Cass., sez. un., 13 giugno 2006, n. 1359 e 23 dicembre 2008, n. 30254).

Devoluta la giurisdizione sul risarcimento del danno al giudice amministrativo, il problema della necessità del preventivo annullamento dell'atto lesivo ha invece ricevuto nuovamente, a più riprese, risposta affermativa, per ragioni tanto di diritto sostanziale che processuale che qui non è possibile ricordare nel dettaglio (v. Cons. St., Ad. plen. 26 marzo 2003, n. 4 e 22 ottobre 2007, n. 12)[11]. E su di esso è divampata una vera e propria contesa tra giudice ordinario e giudice amministrativo, che ha avuto ad oggetto non solo la soluzione da dare al problema ma anche, a monte, la possibilità stessa che la Cassazione fosse investita di tale problema. Questo perché, nel pronunciarsi a favore del superamento della pregiudizialità, la Cassazione ha ritenuto che la questione attenesse (non solo al merito ma anche) al riparto di giurisdizione, sulla base di un'interpretazione assai estesa dell'art. 111, u.c., Cost. volta a ricomprendere tra i "motivi inerenti alla giurisdizione" - i soli per i quali è data l'impugnazione in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato (v. art. 360 n.1 c.p.c.) - anche i modi attraverso i quali è esercitata la giurisdizione, compresa l'eventualità nella quale il giudice rifiuti di esercitare la giurisdizione (sulla domanda autonoma di risarcimento danni) che per legge gli spetta.

Nel quadro della teoria favorevole alla pregiudizialità amministrativa, sono state affrontate e risolte in un primo tempo le questioni della competenza territoriale e della decorrenza del termine di prescrizione della domanda. Si è affermato, per un verso, che per ragioni di connessione la competenza a conoscere della domanda risarcitoria spetta allo stesso giudice (amministrativo) competente a pronunciare sulla domanda (principale) di annullamento dell'atto (Cons. St., Ad. plen. 18 ottobre 2004, n. 10) e, per altro verso, che il termine quinquennale (ove si condivida la prevalente tesi circa la natura extracontrattuale della responsabilità della p.a.) inizia a decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento (Cons. St., Ad. plen. 9 febbraio 2006, n. 2).

3. Il <modello> della responsabilità della P.A.

Al fondo di queste (e di molte altre) questioni di ordine sia processuale che sostanziale (come ad esempio il problema della colpa dell'amministrazione, sul quale si tornerà anche più avanti) vi è, come da più parti evidenziato, il problema irrisolto della scelta del modello di responsabilità (da attività provvedimentale) della p.a.

Se nella sentenza 500/1999 la responsabilità era ricondotta all'art. 2043 c.c. e se anche nella giurisprudenza successiva lo schema aquiliano ha continuato ad incontrare i maggiori favori[12]; una parte della dottrina ha proposto soluzioni diverse, talvolta ancorate comunque alle categorie del diritto civile, altre volte prescindendone in misura sensibile.

Nella prima direzione, ponendo al centro della vicenda il procedimento amministrativo, e quindi la relazione tra amministrazione e cittadino che preesiste al fatto dannoso, si è qualificata quella della p.a. come una responsabilità per inadempimento degli obblighi nascenti dal procedimento. Tale percorso conosce peraltro almeno due versioni differenti.

Da un lato, la relazione procedimentale è costruita sul modello della trattativa precontrattuale, valorizzando la clausola di buona fede e gli obblighi di protezione che trovano in essa il loro fondamento, secondo la formula della responsabilità da contatto[13].

Dall'altro, in una versione più radicale, "l'applicazione dello schema obbligatorio al rapporto procedimentale include il provvedimento"[14], nel senso che quest'ultimo diventa l'oggetto di una pretesa del privato cui è correlata una vera e propria obbligazione della p.a., tenuta ad osservare i vincoli legali del potere, il cui inadempimento dà diritto al risarcimento del danno. Questa versione della responsabilità da inadempimento di obblighi, richiedendo che sia dimostrata in giudizio la fondatezza della pretesa del privato, finisce per dissolvere l'interesse legittimo nel diritto soggettivo, sino al punto da porre in dubbio, secondo alcuni, la stessa ragione d'essere di una giurisdizione amministrativa[15].

In un quadro attraversato da non poche incertezze sull'impiego delle categorie civilistiche, si comprende come sia forte la tentazione di costruire "un tipo nuovo di responsabilità, che tenga conto delle peculiarità del rapporto pubblicistico dal quale essa nasce, ritenendo che non ci sia una regola codicistica che riguardi questa specie di responsabilità"[16].

Di questa tendenza "autarchica", più spesso praticata che teorizzata, costituisce un esempio la tecnica seguita per la liquidazione del danno, attraverso il largo ricorso a presunzioni e percentuali fisse, in funzione di semplificazione tanto dell'onere della prova a carico del ricorrente quanto dell'attività istruttoria che, altrimenti, graverebbe sul giudice amministrativo con la stessa "intensità" sperimentata da tempo dal giudice ordinario.

Al di là delle concettualizzazioni, la scelta se ricondurre la responsabilità della p.a. allo schema contrattuale o a quello extracontrattuale ha ovviamente delle conseguenze pratiche in tema di prescrizione, colpa, (costituzione in) mora del debitore. Quanto al primo profilo, come si vedrà a breve, il codice del processo ha sottoposto l'azione risarcitoria (per lesione di interessi legittimi) ad un termine decadenziale assai breve. Per quanto attiene alla necessità o meno di accertare l'elemento della colpa ai fini della responsabilità, la giurisprudenza amministrativa, prestando in larga parte adesione formale allo schema aquiliano, ritiene in via di principio che sull'esempio di Cass. 500/1999 sia necessaria anche la colpa dell'amministrazione, così distinguendo tra illegittimità ed illiceità. Salvo, tuttavia, consentire un largo uso delle presunzioni sicché, una volta accertata l'illegittimità dell'azione amministrativa, (si afferma che) è piuttosto onere della p.a. dimostrare l'assenza di colpa ovvero l'errore scusabile nel quale è incorsa, errore che si ritiene possa derivare da contrasti giurisprudenziali, oscurità normative, complessità dei fatti, condotte di terzi. In questo modo la colpa assume quindi una connotazione oggettiva e diventa sinonimo di "violazione grave e manifesta", al pari di quanto richiesto da tempo dalla Corte di Giustizia affinché ricorra la responsabilità degli stati membri per violazione del diritto comunitario[17] .

4. Il rapporto tra tutela costituiva e tutela risarcitoria nella giurisprudenza costituzionale

Nella definizione del modello di tutela risarcitoria da attività provvedimentale, nel suo rapporto con la tutela costituiva da annullamento dell'atto, non si può prescindere dall'esame della giurisprudenza costituzionale, a partire ovviamente dalla nota sentenza 6 luglio 2004, n. 204[18]. Con essa la Corte, nel mentre in cui censurava, del d.leg. 80/1998, l'art. 33 per contrasto con l'art. 103 Cost., ne riteneva legittimo l'art. 35, definendo quella risarcitoria come una tutela ulteriore, rispetto a quella classica di tipo demolitorio, attuazione necessaria del precetto di cui all'art. 24 Cost., escludendo che il risarcimento del danno costituisse una nuova materia[19]. Nel ragionamento della Consulta, "il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto" rappresentava quindi un completamento della tutela costitutiva che, lungi dallo stravolgere il tradizionale modello impugnatorio del processo amministrativo, finiva piuttosto per esserne una conferma; tanto più se si riconosceva – come in alcuni passaggi la sentenza sembrava sottintendere[20] - un rapporto di necessaria pregiudizialità tra l'annullamento dell'atto illegittimo e il risarcimento dell'illecito.

La 204 del 2004, salutata frettolosamente come una vittoria della magistratura ordinaria su quella amministrativa e come la parola "fine" posta al disegno "politico" di espansione della giurisdizione amministrativa, deve essere letta anche alla luce della successiva sentenza 11 maggio 2006, 191[21], con la quale la Corte, ribadito il carattere rimediale del risarcimento del danno ed accantonata la questione circa la

natura intrinseca (di diritto soggettivo) della pretesa risarcitoria fatta valere, ha escluso che la domanda (ove) proposta in via autonoma nei confronti della p.a. sia, per ciò solo, riservata alla giurisdizione del giudice ordinario, così sconfessando la ricordata tesi avanzata dalla Cassazione in quello stesso anno. Con la conseguenza che, se il giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica è anche naturaliter il giudice della tutela risarcitoria, non potrà non valere la regola della pregiudizialità verso la quale il giudice amministrativo era già andato orientandosi.

Il terzo tassello di un'ideale trilogia è rappresentato dalla sentenza 27 aprile 2007, n. 140[22], con la quale la Corte ha sconfessato la tesi secondo cui la tutela, anche risarcitoria, dei diritti costituzionalmente protetti sarebbe stata sempre di esclusiva spettanza del giudice ordinario, tesi in forza della quale, in precedenza, la Corte di Cassazione si era ritagliata una significativa fetta di giurisdizione.

Rispetto a queste tre pronunce - accomunate da una visione tutto sommato "conservatrice", che considera l'innesto della tutela risarcitoria all'interno del giudizio amministrativo come un'evoluzione, senza strappi, del tradizionale sistema di tutela di tipo cassatorio, che non ne modificherebbe i contorni essenziali - la pronuncia 11 febbraio 2011 n. 49[23], segna invece una soluzione di continuità. La sentenza, infatti, nel far salva la riforma del 2003 (d.l. 19 agosto 2003, n. 220 convertito in l. 17 ottobre 2003, n. 280) che riserva al giudice sportivo la competenza a decidere in via esclusiva le controversie aventi ad oggetto sanzioni disciplinari non tecniche inflitte ad atleti, tesserati, associazioni e società sportive, sul presupposto però che il giudice statale (amministrativo) conservi pur sempre la giurisdizione sul risarcimento del danno, pone le basi per una giurisdizione amministrativa puramente risarcitoria, che non è più, quindi, il completamento della tutela impugnatoria ma, piuttosto, il solo ed ultimo baluardo a difesa dell'art. 24 della Cost.

5. Il regime processuale dell'azione risarcitoria nel codice del processo amministrativo

Nel codice del processo amministrativo, la domanda risarcitoria (per lesione di interessi legittimi) è disciplinata innanzi tutto nei suoi rapporti con quella di annullamento. Nell'intento di superare la dottrina della pregiudizialità a lungo gelosamente difesa dal Consiglio di Stato e di sposare la tesi della Cassazione, si ammette l'autonomia, in via di principio, della domanda risarcitoria, prescindendo quindi dall'impugnazione del provvedimento illegittimo, ma si sottopone la relativa azione in giudizio ad un termine di decadenza (di soli 120 giorni) anziché di prescrizione. Come se non bastasse, si attribuisce comunque (una qualche) rilevanza alla mancata impugnazione dell'atto ai fini della concreta determinazione del danno (art. 30 co. 3)[24].

Si tratta di un'autonomia doppiamente "debole": sia perché il termine decadenziale è assai breve e tale è rimasto anche dopo il secondo correttivo (d.leg. 160/2012),

avendo il Governo lasciato cadere la proposta della Commissione consultiva di portarlo ad un anno[25]; sia perché non impugnare l'atto, chiedendone la sospensione, è un rischio, e nelle controversie in materia di contratti pubblici non chiedere il subentro è un ulteriore rischio. La mannaia dell'art. 1227 c.c. è sempre dietro l'angolo e "la rete di contenimento" passa attraverso la necessità di provare che il danno subito sia causalmente riconducibile solo e soltanto all'azione amministrativa e non, in tutto o in parte, ad altre (con)cause, a cominciare dalla negligente inerzia del ricorrente[26].

Formalmente si invoca l'art. 1227 e quindi si resta all'interno del diritto civile. Nella sostanza si forza il dato normativo, sino a configurare l'azione impugnatoria (e persino l'istanza cautelare) come un diritto-dovere. Tanto più in quelle materie, come ad esempio quelle delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, dove il ricorso in giudizio (ed i motivi aggiunti) presenta costi molto elevati, a cominciare da quelli, in continua crescita, del contributo unificato.

Per l'insieme di tali ragioni, è auspicabile che si affermi nella prassi una lettura "equilibrata" dell'art. 30 comma 3 del c.p.a. che reputi sufficiente la proposizione di istanze di autotutela rivolte alla p.a., senza esigere anche la proposizione di ricorsi giurisdizionali[27].

Per il resto la domanda risarcitoria potrà essere proposta, insieme ed in contemporanea a quella di annullamento, oppure nel corso dello stesso giudizio impugnatorio (con motivi aggiunti o con memoria notificata, nel rispetto dei termini di cui all'art. 73 del c.p.a., non essendoci preclusioni paragonabili a quelle rigidamente previste per il processo civile) o, infine, dopo il passaggio in giudicato di tale giudizio ma non oltre il termine di 120 giorni (30 co. 5). Tale ultima previsione è al vaglio della Corte costituzionale, che dovrà pronunciarsi sulla questione di legittimità sollevata dal Tar Sicilia, Palermo, sez. I., ord. 7 settembre 2011, n. 628.

Ove invece il danno derivi dalla lesione di diritti soggettivi l'azione risarcitoria potrà essere proposta dinanzi al giudice amministrativo – a condizione, ovviamente, che sia investito di giurisdizione esclusiva – nel rispetto del termine ordinario di prescrizione che, ove si continui a qualificare la responsabilità della p.a. come di natura aquiliana, sarà di cinque anni.

Il divieto dei nova, a norma dell'art. 104, comporta che la domanda risarcitoria non possa essere proposta per la prima volta nel giudizio di appello.

Stando alla versione originaria dell'art. 112, con particolare riferimento al suo comma 4, era invece possibile proporla nel giudizio di ottemperanza, purché si rispettasse il termine di decadenza dei 120 giorni dal giudicato. L'interpretazione della disposizione – attenta al dato letterale secondo cui "in tal caso il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario" – era stata peraltro nel senso di escludere che la domanda risarcitoria potesse essere

proposta per la prima volta davanti al Consiglio di Stato (v. sez. III, 5 maggio 2011, n. 2693 e sez.V 1° aprile 2011, n. 2031), facendo quindi salvo il principio del doppio grado di giudizio[28].

Con il d.leg. "correttivo" 195/2011, questo comma è stato abrogato e quindi, nel giudizio di ottemperanza, si può chiedere ora solamente la condanna al pagamento dei danni prodottisi successivamente al passaggio in giudicato della sentenza da ottemperare, secondo quanto previsto dal comma 3 dell'art. 112. Ne consegue che ove si voglia chiedere il risarcimento dei danni e questi non siano (solamente) quelli successivi al giudicato, l'unica via possibile rimane quella di un'azione da proporre dinanzi al Tar competente, sempre nel rispetto del termine di cui all'art. 30 co. 5.

In caso di domanda risarcitoria autonoma proposta nelle materie di cui al vecchio art. 23 bis della l. Tar, l'Adunanza Plenaria aveva escluso l'applicabilità del rito speciale abbreviato (Cons. St., Ad. plen., 30 luglio 2007, n. 9), sul rilievo che la norma faceva riferimento ai giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione di provvedimenti.

La stessa soluzione dovrebbe imporsi anche nella vigenza del nuovo codice del processo amministrativo, per i giudizi risarcitori proposti nelle materie di cui agli artt. 119 e 120. Con particolare riferimento ai danni derivanti dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici, trovano quindi applicazione i termini ordinari di proposizione della domanda risarcitoria[29].

Si è già detto della competenza territoriale in ordine alla domanda risarcitoria. Deve ora trattarsi del contraddittorio alla luce della novità costituita dall'art. 41 co. 2 del c.p.a. Prima del codice la giurisprudenza riteneva che, al cospetto di domande risarcitorie disgiunte dalla richiesta di annullamento dell'atto, i beneficiari di questo non fossero parti necessarie del giudizio (solo) risarcitorio. Il codice ha previsto ora un'ipotesi particolare di litisconsorzio necessario, imponendo che la domanda sia notificata, oltre che all'amministrazione parte resistente, anche agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo, ai sensi dell'art. 102 c.p.c. e che, altrimenti, il giudice provveda a norma dell'art. 49, ovvero ordinando l'integrazione del contraddittorio.

Sembrerebbe che, in tal modo, si sia voluto stimolare il contraddittorio anche nei confronti di coloro i quali potrebbero risentire comunque degli effetti dell'accertamento in ordine all'illegittimità dell'atto. Si pensi all'eventuale intervento in autotutela sull'atto dichiarato (incidentalmente) illegittimo nel giudizio risarcitorio o alle successive azioni (di regresso o di restituzione) che l'amministrazione potrebbe intentare, in un separato giudizio, nei confronti di tali soggetti[30].

Il tema dell'onere della prova, e della maggiore o minore fedeltà al principio dispositivo, rappresenta un punto nevralgico del giudizio risarcitorio, considerato nel suo insieme.

Il metodo acquisitivo, applicato tradizionalmente al giudizio impugnatorio, non vale per quello risarcitorio, nel cui ambito si ritiene che, in linea di massima, il privato

abbia la piena disponibilità degli elementi di prova e che, quindi, sia suo onere esclusivo introdurli in giudizio, facendosi piena applicazione della regola generale di cui all'art. 2697 c.c. (v. Cons. St., sez. VI, 24 settembre 2010, n. 7124).

Ove la domanda risarcitoria sia accolta, perché ritenuta fondata nei suoi elementi costitutivi, si avrà una sentenza di condanna al pagamento di una somma di denaro (art. 34, co. 1 lett. c), che costituisce titolo esecutivo anche ai fini del Libro III del c.p.c., ed il cui importo dovrà essere liquidato dal giudice nel suo esatto ammontare. Con l'avvertenza che, trattandosi di un debito di valore (e non di valuta), l'importo dovrà essere rivalutato secondo gli indici ISTAT (ad esempio, dal giorno in cui è stato stipulato il contratto con l'impresa illegittima aggiudicataria) sino alla pubblicazione della sentenza, e sugli importi via via rivalutati anno per anno dovranno calcolarsi anche gli interessi compensativi; mentre a decorrere da tale momento, in conseguenza della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta (Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2011, n. 550, seguendo l'orientamento della Cassazione inaugurato dalle sez. un. 17 febbraio 1995, n. 1712).

La rivalutazione ha la funzione di ripristinare la situazione patrimoniale del danneggiato antecedentemente alla consumazione dell'illecito, cosiddetto danno emergente; mentre gli interessi valgono a compensare il nocumento finanziario, lucro cessante, subito a causa della mancata tempestiva disponibilità della somma di danaro dovuto a titolo appunto, di risarcimento (Cass., sez. III, 3 marzo 2009, n. 5054).

Come più volte chiarito dalla Suprema Corte, la rivalutazione monetaria e gli interessi costituiscono una componente dell'obbligazione di risarcimento del danno e possono essere riconosciuti dal giudice anche d'ufficio, pur se non specificamente richiesti, atteso che essi devono ritenersi compresi nell'originario petitum della domanda risarcitoria, ove non ne siano stati espressamente esclusi (Cass., sez. III, 30 settembre 2009, n. 20943).

In alternativa ad una liquidazione puntuale delle diverse voci di danno, non di rado il giudice amministrativo ricorre alla cd. sentenza ai criteri, modalità a suo tempo introdotta dall'art. 35 del d.leg. 80/1998 ed ora riprodotta e generalizzata dal c.p.a. all'art. 34 co. 4, facendo però salva una possibile opposizione delle parti.

In pratica, il giudice indica nella sentenza i criteri di massima alla stregua dei quali il debitore dovrà proporre al creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine. Si tratta quindi di sollecitare una soluzione transattiva in ordine al quantum del risarcimento. Ove l'accordo non si raggiunga o non sia rispettato, si può agire con il rito dell'ottemperanza.

6. La tutela risarcitoria in materia di contratti pubblici: isola o modello?

Dalla direttiva n. 665/1989 a quella n. 66/2007.

La prima all'art. 2 co. 1 lett. c) imponeva di introdurre strumenti per "accordare il risarcimento del danno alle persone lese dalla violazione". Recepita in Italia con la l. 142/1992 art. 13, fu una delle cause del superamento del dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi, come ben evidenziato a suo tempo dalla dottrina e come riconosciuto anche dalla Cassazione nella storica pronuncia 500/1999, par. 6.1. e ss. della motivazione.

La seconda deve essere letta alla luce dei lavori preparatori della Commissione, nel cui rapporto di lavoro del 4 maggio 2006 un paragrafo del documento è intitolato significativamente: "fattori di intrinseca debolezza della tutela risarcitoria"; e dove al paragrafo 4.7. si legge che "nel settore delle gare per i contratti pubblici, il ricorso alla tutela risarcitoria è meno efficiente del ricorso agli strumenti di tutela preventivi. L'azione per equivalente obbliga gli operatori colpiti da provvedimenti illegittimi ad intraprendere un processo lungo e costoso, che ha poche probabilità di successo e che perciò finisce col scoraggiare le richieste di tutela"[31].

Non è quindi un mistero che la direttiva 2007/66/CE, anche per il modo in cui è stata recepita dal nostro legislatore (cfr., ora, l'art. 124 del c.p.a., soprattutto il secondo comma), sposti il baricentro della tutela sulle misure preventive e su quelle in forma specifica, in particolare attraverso l'inefficacia del contratto che determina le condizioni per il nuovo subentro del ricorrente vittorioso, così confermando il carattere subordinato e residuale della tutela per equivalente, già affermato dalla Corte costituzionale con la ricordata sentenza 6 luglio 2004, n. 204, nella quale si escludeva che il risarcimento del danno fosse una nuova materia, attribuita alla giurisdizione amministrativa, trattandosi invece di un rimedio ulteriore rispetto a quello demolitorio/conformativo[32].

L'art. 2 co. 6 della direttiva prevede ora la possibilità per gli Stati membri di introdurre la pregiudizialità dell'annullamento rispetto al risarcimento. Lo Stato italiano non lo ha fatto, sebbene abbia previsto - più in generale, come già ricordato - un sistema di rilevanza della mancata impugnazione ai fini del risarcimento, nel senso che tale condotta processuale, ove priva di giustificati motivi, è valutata dal giudice ai sensi dell'art. 1227 del Cod. civ. (cfr., in termini generali, l'art. 30 co. 3 e, nel rito degli appalti, l'art. 124 co. 2 c.p.a.).

C'è invece una stretta pregiudizialità tra l'accoglimento della domanda di aggiudicazione (e di subentro) e la previa dichiarazione di inefficacia del contratto (art. 124 co. 1 c.p.a.), questioni devolute entrambe, in omaggio al principio di concentrazione, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Con la precisazione che l'accoglimento della domanda di aggiudicazione non integra un'ipotesi di risarcimento in forma specifica ma – così sembrerebbe - un caso tipizzato di azione di adempimento[33].

Prima ancora della (presentazione della) domanda di aggiudicazione e di subentro, è importante, sempre nella prospettiva della tutela risarcitoria per equivalente, l'avere

comunicato all'amministrazione aggiudicatrice l'informativa (ovvero il preavviso) di ricorso, come si ricava dall'art. 243 bis del d.leg. 163/2006 che impone di valutare l'eventuale omissione, una volta ancora, ai sensi dell'art. 1227 del Cod. civ. La presentazione del preavviso di ricorso è chiaramente preordinata all'immediata attivazione dei poteri di autotutela della stazione appaltante, potendo considerarsi, al contempo, come l'onere ragionevolmente esigibile dall'impresa privata per non incorrere in un "concorso di colpa", senza pretendere lo sforzo maggiore rappresentato dalla proposizione di un ricorso giurisdizionale[34].

Che la tutela risarcitoria sia (considerata, in tale ambito) un succedaneo di quella specifica, lo si ricava anche dalla pronuncia della Corte di Giustizia del 30 settembre 2010, Graz Stadt[35], sulla

natura oggettiva della responsabilità, che non richiede (più) da parte del ricorrente la prova, neppure presuntiva, della colpa dell'amministrazione aggiudicatrice. Il ragionamento seguito dalla Corte sembrerebbe sia quello di considerare la tutela per equivalente e quella specifica, in materia di contratti pubblici, come entrambe in funzione del corretto ristabilimento della concorrenza, per questo sottoposte allo stesso regime probatorio. E quindi, poiché l'azione di annullamento e quella di condanna (all'aggiudicazione ed al subentro, previa dichiarazione di inefficacia del contratto) non richiedono che sia provata, anche, la colpa della stazione appaltante ma "solo" l'illegittimità della sua azione, allo stesso modo non è richiesta la prova della colpa per la domanda risarcitoria (che è poi una specie della più generale azione di condanna).

La sentenza è destinata così ad alimentare il dibattito, mai sopito, sulla natura della responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici, nel senso di accentuarne i tratti di specialità e le possibili deviazioni rispetto al modello offerto dal diritto comune[36]. V'è da chiedersi se il carattere succedaneo ed oggettivo della responsabilità, il suo profilo quasi indennitario, siano circoscritti al solo contenzioso in materia di (affidamento di) contratti pubblici oppure se le stesse caratteristiche siano destinate ad assumere una valenza generale, sino ad esercitare una forza attrattiva sull'intera attività amministrativa.

7. Il giudizio risarcitorio come giudizio prognostico

Nel modello prefigurato dalla sentenza n. 500/1999 della Cassazione, la risarcibilità degli interessi legittimi, quando di natura pretensiva, presuppone l'esito favorevole del giudizio prognostico avente ad oggetto la spettanza del bene della vita cui l'interesse è correlato. Ciò significa che l'illegittimità dell'attività provvedimentale deve essere tale da incidere sul contenuto dell'atto, nel senso che sia dimostrabile che senza i vizi di illegittimità di cui è affetto il provvedimento sarebbe stato satisfattivo e che, all'esito del procedimento, il privato avrebbe conseguito l'utilità sperata.

Non a caso vi è stato chi, in dottrina, ha ricostruito quello risarcitorio proprio come un giudizio di spettanza[37].

Le resistenze, ad un simile schema, sono state alimentate dal dogma della separazione dei poteri e dal timore che, attraverso il giudizio prognostico, il giudice si possa sostituire all'amministrazione, al di fuori dei pochi casi di giurisdizione estesa anche al merito.

Simile timore nasce però da un "pregiudizio": l'aver considerato il giudizio risarcitorio come nulla di più di un appendice del giudizio di annullamento, trasferendo al primo "argomenti che riguardano la linea di confine tra poteri del giudice e poteri dell'amministrazione nel giudizio di legittimità e che, in quel contesto, si spiegano in ragione degli effetti costitutivi e conformativi della sentenza"[38].

Sicché, in questa prospettiva più ancorata alla tradizione, l'ambito del giudizio prognostico dovrebbe coincidere con quello del potere vincolato cui sono correlati quelli che la dottrina ha definitivo come "interessi legittimi a risultato garantito". Al cospetto di poteri discrezionali, invece, la tutela passerebbe per lo più attraverso la riedizione del potere stesso, fatto salvo, ove la pretesa sia successivamente accolta, il solo danno da ritardo.

Questo schema è criticabile sotto diversi profili. Innanzi tutto perché dimentica che quello prognostico è un giudizio causale di carattere probabilistico, per il quale non c'è bisogno della certezza del risultato finale. Vale la regola civilistica del "più probabile che non" e non quella, penalistica, che impone di accertare il nesso eziologico, tra la condotta e l'evento, "oltre ogni ragionevole dubbio".

In secondo luogo perché il limite dell'attività discrezionale è sovrastimato in quanto, come si è giustamente osservato[39]:

1) l'area della vincolatività è molto più estesa, se non commettiamo l'errore di trasformare in discrezionalità pura gli accertamenti tecnici e la risoluzione di questioni interpretative;

2) alla discrezionalità astratta può corrispondere, non di rado, una progressiva vincolatività della fattispecie concreta[40].

Al fondo del giudizio risarcitorio resta poi irrisolto (e forse irrisolvibile) il tema del "cosa" davvero si risarcisca.

E' noto come, all'indomani della storica affermazione della risarcibilità degli interessi legittimi, e dell'introduzione della tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo, una parte della dottrina si sia chiesta se il principio processuale di effettività della tutela abbia determinato (o stia determinando) la trasformazione dell'interesse legittimo in una vera e propria pretesa al soddisfacimento della aspettativa nei confronti della p.a. Si tratta di una chiave di lettura che muove

appunto dalla sentenza 500/1999 della Cassazione ("se sono risarcibili allora sono diritti", secondo la tesi di Alberto Romano) e che è stata di recente riproposta da una parte della dottrina[41], incontrando resistenze ed obiezioni non meno autorevoli ad opera di altri autori[42].

Il confronto di opinioni assume non di rado come campo di osservazione privilegiato il settore dei contratti pubblici e delle procedure ad evidenza pubblica. Ambito nel quale la sentenza della Corte cost. 23 novembre 2007, n. 401, haregistrato il superamento della vecchia concezione contabilistica, per cui la gara serviva essenzialmente alla p.a. per scegliere l'offerta per lei più conveniente, in favore di una logica ispirata alla concorrenza, dove la gara serve ad aggiudicare la commessa pubblica tra una pluralità di imprese private in regime di par condicio[43].

Ci si domanda se questo cambio di paradigma non muti la consistenza degli interessi legittimi (pretensivi) in veri e propri diritti soggettivi (più o meno speciali). Tanto più che, come più volte ricordato, l'ultima direttiva, quella del 2007 recepita in Italia con il d.lgs. 53/2010, le cui norme processuali sono state poi trasfuse negli artt. 120 e ss c.p.a., accentua i profili della tutela, privilegiando quella in forma specifica attraverso l'aggiudicazione e la stipula del contratto in favore della parte vittoriosa in giudizio (cfr. art. 124).

8. Tutela in forma specifica e tutela per equivalente

Il processo amministrativo, tutto incentrato alle origini sull'annullamento dell'atto secondo un modello rigidamente cassatorio, poteva assicurare una tutela davvero satisfattiva ai soli interessi legittimi "oppositivi", nei casi in cui il privato vantava un interesse di tipo conservativo a fronte di

provvedimenti restrittivi della propria sfera giuridica - paradigmatico l'esempio dell'espropriazione - di cui assumeva l'illegittimità.

Per la tutela degli interessi pretensivi, invocati nei confronti dei dinieghi opposti dall'amministrazione sulle istanze dei privati, in assenza di un potere di condanna ad adempiere, sono noti gli sforzi della giurisprudenza tesi a valorizzare l'effetto conformativo della (motivazione della) sentenza di annullamento, in modo da orientare (e vincolare) il nuovo esercizio del potere da parte dell'amministrazione, in vista anche di un possibile giudizio di ottemperanza nel quale il giudice avrebbe potuto esercitare una cognizione estesa al merito e, attraverso il commissario ad acta, si sarebbe potuto persino sostituire all'amministrazione[44].

In questo modo, se è vero che la sentenza si arricchiva di un contenuto, anche, ordinatorio, più o meno dettagliato a seconda del vizio riscontrato e del potere esercitato; è vero anche, tuttavia, che l'ordine restava confinato all'interno della sola motivazione e non si traduceva mai in un espresso dispositivo di condanna.

Persino quando, sin dalla legge istitutiva dei TAR del 1971, era già stato riconosciuto al giudice amministrativo "nella materia relativa a diritti attribuiti alla sua competenza esclusiva e di merito" il potere di "condannare l'amministrazione al pagamento delle somme di cui risulti debitrice" (art. 26, comma 3), di tale potere era stato fatto un uso assai accorto, come dimostrano i molti dispositivi di sentenza recanti la formula generica "accoglie il ricorso", senza pronunciare la parola "condanna"[45].

Sul finire del secolo scorso, la tutela del privato, portatore di interessi pretensivi, si è poi arricchita del (rimedio del) risarcimento del danno.

Del risarcimento in forma equivalente, a ristoro dei danni derivati dalla mancata o tardiva emanazione del provvedimento richiesto, a condizione di accertare la fondatezza della pretesa sostanziale.

Più controversa si è dimostrata la possibilità di chiedere, sempre a tutela di interessi pretensivi o, per usare una diversa espressione, delle pretese di provvedimento favorevole, il risarcimento in forma specifica.

All'indomani delle previsioni legislative di cui agli artt. 35 d.leg. 80/1998 e 7 l. 205/2000, dove si faceva riferimento anche alla reintegrazione in forma specifica, parte della dottrina e della giurisprudenza hanno scorto in questo nuovo potere accordato al giudice amministrativo una sorta di azione di adempimento simile a quella prevista nell'ordinamento tedesco. Tale strada è stata intrapresa soprattutto in materia di contratti pubblici al fine di rendere più satisfattiva la tutela del ricorrente vittorioso, sino a quel momento limitata al solo annullamento dell'altrui aggiudicazione ma inidonea ad assicurargli il subentro nel contratto già in corso. Questo tentativo è stato però progressivamente abbandonato nel momento in cui dottrina e giurisprudenza hanno sottolineato ed evidenziato le differenze tra il risarcimento in forma specifica e l'azione di adempimento[46].

Si insegna, infatti, nel diritto civile che, con il primo rimedio, si impone al danneggiante una prestazione diversa in luogo di quella originaria, rimasta inadempiuta. Si tratta in particolare di riparare il danno sofferto attraverso la restaurazione non già della situazione di fatto esistente prima dell'illecito ma di quella ipotetica situazione che si sarebbe determinata se il fatto dannoso non si

fosse verificato. Dove il danno è da riferirsi essenzialmente alla persona o alle cose del danneggiato, lesivo quindi di diritti assoluti (della persona o reali). Come noto, il Codice civile subordina tale rimedio alla duplice condizione che sia possibile e non eccessivamente oneroso, dando così prevalenza al risarcimento per equivalente che, invece, non conosce tali limiti.

Di contro, con l'azione di adempimento si vuole ottenere la stessa identica prestazione dedotta in contratto il che, in assenza della cooperazione del debitore, è possibile solo ottenendo un titolo esecutivo (una pronuncia di condanna ad

adempiere) per poi agire con l'esecuzione in forma specifica (artt. 2930 e ss. c.c.); tipico è l'esempio dell'azione diretta a far costruire il muro che il debitore aveva l'obbligo di costruire, dove quindi il rimedio coattivo è posto a tutela di un diritto di credito.

Muovendo da tali premesse si è finito per limitare il campo di applicazione del risarcimento in forma specifica alla tutela dei soli interessi di tipo oppositivo, nei casi ad esempio di restituzione e ripristino di un bene illegittimamente sottratto, sempre che l'annullamento dell'atto non sia da solo satisfattivo e, quindi, laddove lo stesso atto sia stato nel frattempo già eseguito, almeno in parte, così modificando la realtà materiale.

In tali ambiti, mutuando approdi consolidati della giurisprudenza civile, si è precisato come la scelta tra il risarcimento in forma specifica e quello per equivalente spetti al danneggiato, precisando che, essendo questa seconda un minusrispetto alla prima, il giudice può d'ufficio disporre il risarcimento per equivalente ogni qual volta la reintegrazione in forma specifica non sia possibile o sia eccessivamente onerosa (Cons. St., sez. V, 3 maggio 2005, n. 2095 dove si ricorda come non valga la reciproca e come, quindi, il risarcimento in forma specifica necessiti sempre di una specifica domanda di parte).

L'aspirazione verso una tutela in forma specifica degli interessi pretensivi, che permettesse già in sede di cognizione di accertare la fondatezza della pretesa e di vincolare l'amministrazione all'adozione dell'atto richiesto, si è quindi concentrata lungo il percorso di elaborazione e di approvazione del codice del processo amministrativo.

Nel codice è possibile cogliere un certo favor per la tutela in forma specifica, rispetto a quella per equivalente, anche se questo favore non si è tradotto in un disegno del tutto coerente.

Ne sono indici l'art. 34 co. 1 lett. e) che anticipa la (possibilità di) nomina di un commissario ad acta in sede di cognizione; l'art. 114 co. 4 lett. e) che ricorre alla tecnica delle astreintes per indurre la parte soccombente ad eseguire il giudicato; l'art. 34 co. 1 lett. c), che estende la condanna anche "all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio" e che ora, dopo il secondo correttivo (d.lgs. 160/2012), menziona finalmente la possibilità di un "azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto", da esercitare, nei limiti di cui all'articolo 31, co 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio; e l'art. 124 che la stessa azione riconosce espressamente in materia di contratti pubblici.

Il disegno non è però del tutto coerente perché mentre, da un lato, il legislatore, sul piano generale, attraverso il potenziamento del giudizio di ottemperanza ha percorso

una volta ancora la via della tutela demolitoria-conformativa, così sembrando insistere su di un sistema di tutela articolato in due

tempi: dall'altro, in forme più o meno decise e consapevoli, ha posto invece le basi per un'azione di condanna all'adozione del provvedimento favorevole richiesto e illegittimamente negato dall'amministrazione, azione esperibile nel giudizio di cognizione, sebbene unitamente a quella impugnatoria[47].

Nell'uno come nell'altro caso è tuttavia comune lo sfavore per la tutela risarcitoria per equivalente, sfavore legato oramai a ragioni non più di teoria generale ma essenzialmente economiche, di contenimento della spesa in funzione della riduzione di un debito pubblico cresciuto a dismisura[48].

9. Conclusioni.

In un bilancio provvisorio di (poco più di) un decennio di applicazione della tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo, si è dato conto di come la giurisprudenza sia andata progressivamente allontanandosi, in più parti, dal modello codicistico e dalle indicazioni a suo tempo offerte da Cass. 500/1999. Questo allontanamento è stato segnato, peraltro, da frequenti oscillazioni di opinioni e talvolta anche da qualche approssimazione (e pigrizia), senza quindi il formarsi di un chiaro diritto vivente capace di supplire all'incompiutezza del dettato normativo. Potrebbe forse essere questa la ragione più profonda all'origine dell'orientamento discusso (e forse anche discutibile) delle Sezioni Unite in tema di pregiudizialità dell'annullamento dell'atto, cui si è legato una nozione assai estesa di giurisdizione ai fini dell'art. 362 c.p.c., ovvero una certa sfiducia (che sembra leggersi in controluce nella motivazione di Cass. sez. un.. 23 dicembre 2008, n. 30254.) nell'uso della tutela risacitoria da parte del giudice amministrativo ed il timore che a pagarne le conseguenze sia alla fine il cittadino[49].

Il numero quantitativamente modesto di risarcimenti del danno accordati dal giudice amministrativo nel primo decennio parrebbe confermare, almeno in parte, questo timore. Ed è difficilmente negabile come la tentazione della prima giurisprudenza amministrativa sia stata quella di trattare le controversie risarcitorie con lo stesso metro di quelle impugnatorie, provando a risolverle attraverso un'istruttoria per lo più documentale, raramente ricorrendo alla consulenza tecnica d'ufficio e quasi mai alla prova testimoniale.

Questa impostazione di fondo può essere spiegata, oltre che in ragione del peso della tradizione del processo amministrativo (tutto incentrato sulla demolizione dell'atto, piuttosto che sull'accertamento del rapporto), come una conseguenza pratica delle difficoltà mostrate, prima di tutto, dagli stessi operatori di fronte alla novità della tutela risarcitoria, come dimostrano le non poche domande affidate spesso a formule di mero stile, prive di vere allegazioni. Si può aggiungere come certamente non giovi al superamento di resistenze culturali e difficoltà pratiche lo stato della finanza

pubblica, nella convinzione diffusa che, quanto meno nell'immediato, la condanna dell'Amministrazione al pagamento di ingenti somme di denaro sia destinata a ripercuotersi negativamente sull'intera collettività.

Ne è derivata, nell'insieme, un'applicazione della tutela risarcitoria sin qui abbastanza deludente nei modi e molto contenuta nei numeri, sino al punto da scomodare la domanda evangelica: "sei tu quello che doveva venire o dobbiamo aspettarne un altro"?[50].

(*) Il presente scritto è parte di un lavoro più ampio destinato al volume Diritto processuale amministrativo, a cura di G.P. Cirillo, in corso di pubblicazione nel Trattato di diritto amministrativo diretto da G.Santaniello, edito da Cedam.

LE DIVERSE FORME DI RESPONSABILITA' DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E DEI SUOI DIPENDENTI

Parlando di responsabile del procedimento è opportuno spendere qualche parola in merito alle diverse forme di responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti o agenti seppure in modo sintetico dato l'oggetto della presente trattazione Giuridicamente, responsabilità è un termine che può essere usato in plurime accezioni indicando sia la titolarità di un potere di fare che la soggezione ad un obbligo di adempiere, nonché l'imposizione di un dovere di rispondere delle proprie condotte. In questa sede rileva la nozione di responsabilità nell'ultima valenza indicata (cosiddetta "responsability" anglosassone).

Riferimenti costituzionali sono dati dall'art. 28 Cost. ("I funzionari ed i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili , secondo le leggi penali, civili ed amministrative , degli atti compiuti in violazione dei diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato ed agli enti pubblici"), e dagli artt. 95, 96 ,103, comma 2 e 113 Cost..

Il sistema delle responsabilità nella P.A. si articola in differenti tipologie: politica, civile, penale, amministrativa, amministrativo-patrimoniale, contabile, disciplinare e dirigenziale.

In particolare la responsabilità politica si ha quando un soggetto è munito di potere politico e seppure giuridicamente autonomo rispetto ad altri, deve rendere conto ad essi della gestione di tale potere, subendo la sanzione della privazione del potere stesso in caso di valutazione politica negativa del suo operato. Se nello Stato liberale ottocentesco detta responsabilità era del Governo nei confronti del Parlamento, nello Stato democratico pluriclasse il soggetto di riferimento diviene il corpo elettorale.

La responsabilità penale si integra invece quando un soggetto persona fisica dell'ordinamento compie atti criminosi assoggettabili a sanzioni detentive e/o pecuniarie a seguito di processo.

La responsabilità amministrativa si fonda, invece, sulla violazione di obblighi amministrativi cui segue l'irrogazione di una sanzione amministrativa. Essa va distinta dalla responsabilità amministrativa patrimoniale e da quella contabile sussunte sotto la responsabilità civile che, a sua volta, comprende anche la responsabilità civile verso terzi.

Per quanto attiene il diritto civile, esistono tre forme di responsabilità: quella precontrattuale che concerne la fase delle trattative antecedenti la stipula negoziale (artt. 1337-1338 c.c.); quella aquiliana od extracontrattuale fondata sul principio generalissimo di divieto di violazione del "neminem laedere" di cui all'art. 2043 c.c., secondo cui colui che ha commesso con colpa o dolo un qualunque fatto che arrechi un danno ingiusto ad altri ha l'obbligo di risarcirlo ed, infine, quella contrattuale che sanziona la violazione di un rapporto obbligatorio già esistente (artt. 1173 e segg. c.c.).

Ai giorni nostri parlare di responsabilità civile della pubblica amministrazione è assai più agevole rispetto al passato, in ragione della svolta epocale determinata dalla sentenza della Corte di Cassazione sezioni Unite civili – sentenza 26 marzo – 22 luglio 1999, n. 500/1999. Difatti, l' esistenza dell'art. 28 Cost. e dell'intero substrato costituzionale e normativo fondanti il sistema delle responsabilità sia della pubblica amministrazione che dei pubblici dipendenti aveva comunque dato luogo ad interminabili ed annosi dibattiti dottrinali e querelle giurisprudenziali in relazione a fattispecie per le quali si riteneva non potessero applicarsi i postulati della responsabilità civile ordinaria attesa la veste autoritativa dell'amministrazione pubblica. Il progressivo superamento di concezioni restrittive su detta tematica si è fondato sostanzialmente sulla portata del precetto del "neminem laedere" inteso quale limite esterno alla discrezionalità dell'ente pubblico. In via generale, si ritiene che per l'attività materiale della pubblica amministrazione occorra l'elemento soggettivo della imputabilità per dolo o per colpa, mentre per quella provvedimentale confluita nella adozione di atti amministrativi illegittimi, la colpa è ravvisabile di per sé nel violare la norma consapevolmente per il sol fatto di avere emanato l'atto senza che l'amministrazione possa invocare l'errore scusabile dei propri funzionari.

Se poi si verte in ipotesi di atti amministrativi informatici, la responsabilità è oggettiva o per fatto altrui.

La responsabilità aquiliana, nel sistema giuridico anteriore alla Costituzione, fu inizialmente negata per poi essere affermata ritenendo che la pubblica amministrazione fosse responsabile per i soli danni cagionati dal compimento di atti di gestione ossia da quelli compiuti su un piano di parità con i privati. Per gli atti di imperio, invece, l'amministrazione pubblica si serbava irresponsabile, in quanto atti posti in essere nell'esercizio di potestà pubblicistiche per i quali la stessa si pone come soggetto sovrano in posizione di supremazia rispetto agli altri soggetti ed agente nel generale interesse. Tuttavia, l' art. 4 della Legge n. 2248/1865, All. E, pur

essendo una disposizione meramente procedurale, fu interpretata come disposizione regolatrice dell'illecito dei soggetti pubblici desumendone il principio per cui la pubblica amministrazione è chiamata a rispondere degli atti illeciti posti in essere dai suoi dipendenti. Sulla base di ciò, nacque la teoria della responsabilità degli enti pubblici (teoria organica) per cui si riteneva, sia in dottrina che in giurisprudenza, che la pubblica amministrazione fosse direttamente responsabile per i fatti illeciti dei propri dipendenti in virtù del rapporto organico che consentiva di ritenere l'azione del dipendente azione propria della stessa amministrazione (rapporto di immedesimazione organica). Unica eccezione nel caso di illecito doloso del dipendente che comportava la rottura di detto rapporto trattandosi di azione determinata da un fine esclusivamente personale e contrastante con i fini istituzionali dell'Ente. Con l'entrata in vigore dell'art. 28 della Costituzione insorsero diverse teorie sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione. Il dettato costituzionale, difatti, prevede che i funzionari ed i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili ed amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti. In tali casi, la responsabilità civile si estende allo Stato ed agli enti pubblici.

Secondo la teoria della responsabilità indiretta della pubblica amministrazione (Casetta), l'art. 28 Cost. ha innovato il sistema preesistente sancendo una responsabilità diretta del dipendente per i fatti illeciti da lui compiuti ed una responsabilità solamente indiretta in capo all'amministrazione pubblica, non essendo configurabile una duplice responsabilità diretta. Non avendo gli enti capacità di agire, operano per il tramite dei loro dipendenti e, perciò, alla pubblica amministrazione non si applica la responsabilità diretta di cui all'art. 2043 c.c., bensì quella indiretta per "culpa in eligendo" od "in vigilando" di cui all'art. 2049 c.c..

Secondo l'Alessi, invece, esiste una duplice responsabilità della pubblica amministrazione: diretta per i danni cagionati dai dipendenti nella esplicazione di funzioni dell'ente ed indiretta se i danni arrecati conseguono a fatti non riconducibili alla attività della amministrazione e, quindi, privi di quei requisiti che consentono la diretta imputazione all'ente stesso e, pertanto, imputabili solo in virtù del principio "ubi comoda ibi incomoda".

Peraltro, la tesi maggioritaria e prevalente in dottrina (Sandulli, Virga, Quaranta) e giurisprudenza (ex plurimis: Cass. Nn. 10803/2000, 10950/2000, 14484/2000), è quella della "Responsabilità diretta della pubblica amministrazione" e dei suoi dipendenti e funzionari. In sostanza, secondo tale impostazione, l'art. 28 Cost. non avrebbe innovato al sistema essendo la responsabilità della pubblica amministrazione per i danni compiuti dai propri dipendenti rimasta una responsabilità per fatto proprio e, quindi, una responsabilità diretta in base al principio di immedesimazione organica. Tuttavia, la disposizione costituzionale avrebbe aggiunto alla responsabilità

diretta dell'amministrazione pubblica quella diretta dei funzionari e dipendenti dello Stato e degli enti pubblici autori materiali dell'illecito. La pubblica amministrazione non è ritenuta responsabile soltanto quando l'illecito commesso da un suo dipendente o funzionario sia stato posto in essere al di fuori della esplicazione della attività amministrativa nelle ipotesi di attività meramente personale ovvero di attività affetta da incompetenza assoluta o di attività dolosamente compiuta in violazione di norme proibitive ovvero se l'illecito è posto in essere da soggetti non annoverabili fra i suoi agenti. Ulteriore orientamento (Assini) contesta la configurabilità di una duplice responsabilità diretta come sostenuto dalla tesi dominante. L'art. 28 Cost. avrebbe posto una distinzione per cui la P.A. è direttamente responsabile in forza della immedesimazione organica degli illeciti dei suoi dipendenti, mentre quest'ultimo è parimenti direttamente responsabile ma soltanto a livello processuale (litisconsorzio necessario).

Sino alla svolta epocale della sentenza n. 500/1999 della Suprema Corte, si negava la risarcibilità degli interessi legittimi sulla scorta di un'interpretazione consolidata dell'art. 2043 c.c., secondo la quale soltanto la lesione di diritti soggettivi configurava danno ingiusto (danno "contra ius") e, di conseguenza, detto danno era ravvisabile esclusivamente nell'ipotesi di violazione di una situazione giuridica soggettiva avente la consistenza di un diritto soggettivo perfetto cagionato "non iure" (in carenza di cause di giustificazione).

Con la sentenza del 1999, invece, la Cassazione rivede il proprio orientamento, accordando per la prima volta tutela aquiliana agli interessi legittimi. Il postulato è il seguente: se la normativa sulla responsabilità aquiliana assolve la funzione di riparare il danno ingiusto che si profila per violazione di un interesse meritevole di tutela, non assume più alcun rilievo la qualificazione formale della posizione giuridica del danneggiato. Ne deriva che la lesione di un interesse legittimo al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse giuridicamente rilevante può essere fonte di responsabilità aquiliana.

Perché possa ravvisarsi la responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione a seguito della condotta illecita dei suoi dipendenti occorre la presenza dei seguenti elementi: una condotta illecita attiva od omissiva, l'evento dannoso, il nesso causale fra condotta ed evento, l'antigiuridicità e l' elemento psicologico.

La condotta lesiva o si integra in un'azione (comportamento materiale del dipendente o compimento di un atto amministrativo illegittimo) ovvero in un'omissione. Per aversi responsabilità della pubblica amministrazione detta condotta deve essere riferibile alla stessa, cioè deve essere stata compiuta da un dipendente o funzionario della medesima amministrazione pubblica nell'esercizio delle sue funzioni amministrative. Si ha così un nesso di occasionalità necessaria enucleabile tutte le volte in cui la condotta del dipendente, anche se non legata da un nesso di

consequenzialità diretta, si presenti come strutturalmente connessa con l' attività di ufficio.

L'antigiuridicità deve caratterizzare la condotta del dipendente per far sorgere la responsabilità aquiliana in capo all'amministrazione, cioè essere contra ius o contra un interesse legittimo qualificato. Il giudice amministrativo conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e degli altri diritti patrimoniali consequenziali. Inoltre, la condotta antigiuridica deve essere produttiva di danno quale menomazione della sfera giuridica del privato.

L'elemento psicologico, in passato, veniva negato dal Virga e dalla giurisprudenza che non consideravano applicabili dolo e colpa ai fini della risarcibilità, teoria non condivisa dall'orientamento prevalente (Sandulli) che riteneva necessari dolo o colpa. Per converso, si affermava che, ove si fosse trattato di attività provvedimentale, la colpa era connaturata alla illegittimità dell'atto (culpa in re ipsa).

Superando tale orientamento, la giurisprudenza, seguita alla sentenza n. 500/1999 sopraccitata, ha affermato, in riferimento alle ipotesi di emanazione di atti o provvedimenti della pubblica amministrazione, che il giudice deve effettuare un'indagine estesa alla valutazione della colpa, non del funzionario agente, ma della pubblica amministrazione come apparato, che sarà configurabile laddove l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione a cui l'esercizio di detta funzione deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, essendo limiti esterni alla discrezionalità.

Stante le difficoltà di verifica dell'elemento soggettivo, il Consiglio di Stato è stato indotto ad avvalersi di una nozione di colpa parametrata alla violazione delle regole d'azione (Cons. Stato, Sez. VI, n. 6281/2001).

Con riferimento al dolo da reato, la dottrina nega la riferibilità dell'atto alla pubblica amministrazione, mentre parte della giurisprudenza sostiene che in ogni caso di illecito compiuto dal dipendente (quindi anche in ipotesi di reato), la pubblica amministrazione è civilmente responsabile dei danni arrecati ai terzi.

Infine, si esige la ricorrenza del nesso causale. Una condotta può dirsi causa di un evento quando ne costituisce la "condicio sine qua non", cioè in quanto senza di essa l'evento non si sarebbe verificato e quando l'evento, al momento della condotta, era prevedibile come verosimile conseguenza di essa (cosiddetta causalità adeguata). Sulla base dell'art. 2056, il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.; ossia sono risarcibili i soli danni che costituiscano conseguenza diretta ed immediata del fatto illecito. La giurisprudenza, dal canto suo, interpreta tale formula in senso lato, per cui anche i danni mediati indiretti sono risarcibili quando rientrano nella serie delle conseguenze

normali del fatto , in virtù di un giudizio di probabile verificazione rapportato all'apprezzamento dell'uomo di ordinaria diligenza (Cass. n. 2009/1997).

La violazione da parte degli agenti pubblici degli obblighi inerenti al proprio ufficio o servizio è inoltre oggetto di specifica considerazione da parte del legislatore penale che configura una serie di ipotesi particolari di delitti contro la pubblica amministrazione (peculato, abuso d'ufficio, rivelazione dei segreti d'ufficio ecc.) rivisitati dalla L. 26.4.1990, n. 86.

Per la presente trattazione rileva il contenuto dell'art. 328 del codice penale per il quale occorre ricordare che il suo testo originario, prima della modifica della L. n. 86/90 era stato criticato in quanto consentiva al giudice penale di ingerirsi nell'attività della pubblica amministrazione imponendole un obbligo di fare. La riforma del 1990 mirava a ridimensionare la condotta integrativa del reato in esame circoscrivendola, secondo una prima fattispecie ai casi di rifiuto indebito di un atto identificato per la sua condotta tipica e per la necessità di provvedervi "senza ritardo" e, nel resto dei casi genericamente configurabili, alla omissione ingiustificatamente, protratta nonostante la richiesta scritta dell'interessato. Sia il rifiuto che l'omissione rilevano ai fini penali solo quando attengano ad obblighi di agire per la realizzazione di compiti istituzionali della pubblica amministrazione specificatamente riconducibili alla sfera dei doveri d'ufficio di un pubblico ufficiale o di un incaricato di un pubblico servizio le cui definizioni sono state riscritte dalla stessa L. n. 86/90. A norma dell'art. 357 del codice penale vengono considerati pubblici ufficiali coloro che esercitano una pubblica funzione legislativa, giurisdizionale o amministrativa, dovendosi considerare come pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e manifestazione della volontà della pubblica amministrazione e dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi. Nell'art. 358 del codice penale si dispone che persone incaricate di un pubblico servizio sono coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio dovendo intendersi con tale accezione un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento delle mansioni di ordine e della prestazione di opera materiale .

Esaminando l'art. 328 del codice penale emerge la necessità di soffermarsi sulle nozioni di omissione o rifiuto onde verificare la possibile coincidenza e/o sovrapposizione. Occorre altresì rilevare che a differenza di quanto indicato nel titolo dell'articolo il comma 1 sembra disciplinare il reato di omissione ed il comma 2 sembra disciplinare il reato di rifiuto di atti d'ufficio; vi è poi da rilevare che il comma 2 costituisce una ipotesi residuale rispetto a quella prevista nel comma 1 in quanto il secondo comma della disposizione in esame inizia con la proposizione "Fuori dei casi previsti dal primo comma …". Pertanto il termine "rifiuta" contenuto

nel primo comma dell'art. 328 deve essere interpretato, più correttamente, come omissione, ossia non compimento dell'atto dovuto; ciò in quanto dal testo della norma non risulta che qualche soggetto debba farne richiesta di emissione. Al contrario, invece, nel comma 2 dell'articolo 328 c.p. le parole "non compie" devono essere interpretate come "si rifiuta", in quanto rifiuto è il diniego di compiere un atto dovuto ed espressamente richiesto .

Tralasciando questa disquisizione mentre il rifiuto indica la manifestazione, esplicita o implicita, della volontà di non emanare un atto, l'omissione si configura quando l'agente tralascia di compierlo nel termine a ciò stabilito. Se da ciò si dovesse trarre la conseguenza della esclusione di un rifiuto tacito ne conseguirebbe che, fermo restando che fuori delle ipotesi individuate nel comma 1 anche il rifiuto non è come tale penalmente sanzionabile se non si inquadra nella fattispecie della mancata risposta sulle ragioni dell'omissione entro trenta giorni dalla richiesta, anche nelle suddette ipotesi, ovvero nei casi in cui un atto debba essere sollecitamente compiuto per ragioni di giustizia, sicurezza ed ordine pubblico, igiene e sanità, la semplice inerzia non accompagnata da alcun atto idoneo, ancorché implicitamente, a manifestare la volontà di non adottarlo non concreterebbe di per sé la fattispecie criminosa, potendo soltanto, tutt'al più, ove il responsabile non provveda a giustificarla entro trenta giorni dalla richiesta scritta fattane dall'interessato, integrare l'illecito di omissione di cui al successivo comma 2. La fattispecie di cui al comma 1 deve correttamente considerarsi comprensiva anche del rifiuto tacito di provvedere semprechè all'inerzia, presumibilmente attraverso una diffida o, nei casi previsti dalla legge, per il semplice fatto del decorso del termine, all'uopo prefissato, possa essere riconosciuto un tale significato .

In merito alla omissione è molto delicato il problema della giustificazione idonea ad impedire il verificarsi del reato; con la circolare 4.12.1990 il Ministero della Funzione Pubblica ha tranquillizzato i destinatari della norma penale indicando una serie di motivi di giustificazione adducibili come ragioni per il ritardo.

La giustificazione dell'omissione deve essere specifica in relazione alla richiesta formulata ed adeguata all'importanza della medesima e quindi non può essere una mera formalità o tanto meno una giustificazione stereotipata. In conclusione di questo breve excursus sulle responsabilità si rileva che il soggetto imputabile dei citati reati non necessariamente coincide con il responsabile del procedimento individuato ex L. n. 241/90 ma lo si può individuare in colui che nell'adempimento di una pubblica funzione o di un pubblico servizio deve compiere un certo atto reso necessario dalle esigenze indicate nell'art. 328 comma 1 o dalla richiesta fattane dall'interessato. Il fatto che la responsabilità penale sia del tutto personale implica che il responsabile del procedimento risponderà penalmente solo per il rifiuto o l'omissione degli atti di propria specifica competenza e non anche di quelli spettanti per lo svolgimento del medesimo procedimento o dei subprocedimenti a questo connessi, ad altri soggetti, del cui operato sia eventualmente chiamato a rispondere a

diversi fini (disciplinari, civili, amministrativi ecc.). Questa ultima riflessione ha una notevole rilevanza anche e soprattutto per la pubblica amministrazione locale ove, in forza del principio di separazione dei ruoli e delle competenze tra apparato politico ed amministrativo ed in ossequio del generale principio che gli atti che impegnano l'ente sono assunti dai dirigenti, è necessario sviscerare chi può assumere il ruolo di responsabile del procedimento nella stessa, assumendosene le relative responsabilità.

Dott. Alberto Ponti

IPOTESI APPLICATIVE di DANNO DA Interesse legittimo:

Il silenzio inadempimento: il risarcimento del danno da ritardo

Articolo, di Emanuele Scatola, tratto dal volume Il silenzio inadempimento, Altalex Editore, 2016 15/11/2016

In questa tipologia di danno sono sussumibili diverse fattispecie: si distingue, in particolare, l'ipotesi in cui l'amministrazione abbia adottato un provvedimento tardivo (favorevole o negativo) da quella in cui abbia omesso tout court di provvedere (c.d. danno da silenzio).

In una prima accezione, infatti, il danno da ritardo comprende il pregiudizio derivante dalla intempestiva adozione del provvedimento favorevole. In questa ipotesi, la giurisprudenza è orientata, in modo pacifico, nel senso del riconoscimento del risarcimento del danno. Avendo l'am-ministrazione attribuito al privato, sia pure in ritardo, il bene della vita cui egli aspirava, non si pone il problema di affidare al giudice amministrativo un giudizio prognostico sull'effettiva spettanza del bene stesso al fine di riconoscere la sussistenza del danno da ristorare. L'ente competente, adottando un provvedimento favorevole, ha accordato al privato l'utilità che egli aveva interesse a conseguire: il danno deriva, pertanto, dal ritardo con cui l'ha conseguita. Il conseguimento tardivo del bene della vita a seguito dell'esercizio non tempestivo della funzione amministrativa vale certamente a colorare d'illegittimità l'azione amministrativa, senza necessità di attingere al giudizio prognostico (v., al riguardo, Cons. Stato 21/03/2011, n. 1739 e Cons. Stato, 3/08/2011, n. 4639).

In una diversa accezione, nel danno de quo è incluso anche il pregiudizio derivante dal ritardo nell'emanazione del provvedimento negativo: il privato non censura la determinazione amministrativa che ha negato la spettanza del bene della vita, ma si lamenta del ritardo nella conclusione del procedimento.

Accanto a queste due ipotesi di provvedimento tardivo, figura quella in cui l'amministrazione ometta di provvedere (c.d. inerzia pura).

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. Plen., 15/09/2005, n. 7) aveva chiarito che il giudice amministrativo era tenuto a riconoscere il risarcimento del danno da ritardo causato al privato dal comportamento inerte dell'Amministrazione solo in caso di accertamento della spettanza del bene della vita, escludendo così il risarcimento del danno da ritardo provvedimentale c.d. "mero".

Ciò sulla base della considerazione che il sistema di tutela degli interessi pretensivi – nelle ipotesi in cui si fa affidamento sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione – consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'in-teressato (suscettibile di appagare un "bene della vita"). Il punto nodale, più complesso e dibattuto, dell'esegesi normativa concerne, infatti, la risarcibilità ex se dell'interesse del privato al rispetto della tempistica procedimentale; occorre, cioè, stabilire se la responsabilità dell'amministrazione possa prescindere dalla previa verifica della spettanza del bene della vita, ovvero se sia necessario dimostrare l'effettiva lesione al conseguimento o al conseguimento tempestivo di tale utilità.

In altri termini, la questione fondamentale che si pone è se sia risarcibile il danno da mero ritardo indipendentemente dalla fondatezza della pretesa azionata con l'istanza avanzata all'amministrazione. Negli ultimi anni è venuto delineandosi un orientamento, che oggi può ritenersi prevalente, in ragione del quale la ratio della norma introdotta nel 2009 è quella di presupporre che per il richiedente, titolare dell'in-teresse legittimo pretensivo, anche il tempo sia o possa essere un autonomo bene della vita.

A seguito dell'intervento legislativo del 2009, può dirsi, pertanto, che l'orientamento pretorio che subordina il risarcimento del danno da ritardo al giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita appare recessivo. In questa linea interpretativa si inserisce un recente arresto della giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato 10/02/2015, n. 675), secondo il quale l'art. 2-bis, comma 1, Legge n. 241/1990, è sussumibile nello schema fondamentale dell'illecito extracontrattuale e riconosce che anche il tempo è un "bene della vita" per il cittadino, rafforzando la tutela risarcitoria nei confronti dei ritardi della pubblica amministrazione.

Il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, infatti, è sempre un "costo", dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a progetti imprenditoriali, condizionandone la relativa convenienza economica; in questa prospettiva ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un investimento si traduce nell'aumento del cd. rischio amministrativo e, quindi, spetta il risarcimento del danno da ritardo, purché il danno sussista e sia ingiusto. Pur essendo ormai l'orientamento prevalente incline a considerare il tempo dell'azione amministrativa come un autonomo bene della vita, parte della giurisprudenza ha manifestato la propria riluttanza a recidere il cordone ombelicale che lega il risarcimento del danno da ritardo al giudizio sulla spettanza del bene della vita. È stato osservato come il risarcimento del danno da ritardo relativo ad un interesse legittimo pretensivo non possa essere avulso da qualsivoglia valutazione concernente la spettanza del bene della vita e deve, perciò, essere subordinato, tra l'altro, anche alla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento sia destinata ad esito favorevole e, quindi, alla dimostrazione della spettanza definitiva del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse (Cons. Stato 6/04/2016, n. 137) LexItalia.it

Articoli e note

CARMINE VOLPE (*)

La reintegrazione in forma specifica ed il giudice amministrativo

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Inquadramento normativo. 3. La reintegrazione in forma specifica: nozione e tendenze giurisprudenziali. 4. La preferibile soluzione civilistica. 5. L'azione di adempimento. 6. Alcune considerazioni in tema di pretesa diversità del giudizio amministrativo e di sussidiarietà della tutela risarcitoria. 7. Conclusioni di sistema. 8. Bibliografia.

1. Introduzione.

La l. 21 luglio 2000, n. 205 ha rappresentato un punto di svolta nell'ambito dell'effettività della tutela giurisdizionale, soprattutto con riguardo alle problematiche inerenti gli interessi legittimi di tipo pretensivo. Quelli di tipo oppositivo, infatti, anche se travestiti da diritti soggettivi affievoliti ad interessi legittimi dall'esercizio del potere amministrativo, avevano conseguito già da tempo, da parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione, tutela identica (sotto l'aspetto risarcitorio) ai diritti soggettivi.

Tra le novità più significative si pone la reintegrazione in forma specifica.

2. Inquadramento normativo.

La reintegrazione in forma specifica nel giudizio amministrativo è stata prevista per la prima volta dall'art. 35 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, il quale, a sua volta, ha dato attuazione all'art. 11, comma 4, lett. g), della l. 15 marzo 1997, n. 59, che parlava generalmente di controversie (da attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) aventi ad oggetto il risarcimento del danno.

La reintegrazione in forma specifica è stata dapprima consentita nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nelle quali questi, ai sensi del comma 1 del citato art. 35, poteva disporre, "anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto". La norma è rimasta invariata nel nuovo testo dell'art. 35, comma 1, del d.lgs. n. 80/1998, come sostituito dall'art. 7, comma 1, lett. c), della l. n. 205/2000.

Con quest'ultima legge il giudice amministrativo, conoscendo del risarcimento del danno a seguito della lesione di situazioni di interesse legittimo, è diventato il giudice che conosce di tutti gli effetti conseguenti all'illegittimo esercizio della funzione pubblica; effetti sia di tipo demolitorio (annullatorio) che risarcitorio (art. 7, comma 1, lett. c, della l. n. 205/2000, che ha sostituito l'art. 7, comma 3, primo periodo, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034). Egli, quindi, nell'ambito di ogni controversia in cui ha giurisdizione, pure solo generale di legittimità, "conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali".

Tutte le norme citate si collocano in un contesto di tipo risarcitorio.

La reintegrazione in forma specifica è stata recentemente considerata dall'art. 14 del d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190 ("Attuazione della L. 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale"), il quale ha disposto, al comma 2, che, "in applicazione delle previsioni dell'articolo 2, comma 6, delle direttive 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, e 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, la sospensione o l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione di prestazioni pertinenti alle infrastrutture non determina la risoluzione del contratto eventualmente già stipulato dai soggetti aggiudicatori; in tale caso il risarcimento degli interessi o diritti lesi avviene per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica".

Il citato art. 14, comma 2, ha attuato il primo criterio direttivo posto dall'art. 1, comma 2, lett. n), della l. n. 443/2001 (così detta legge obiettivo), che ha demandato al decreto legislativo la previsione, "dopo la stipula dei contratti di progettazione, appalto, concessione o affidamento a contraente generale, di forme di tutela risarcitoria per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica", nonché la "restrizione, per tutti gli interessi patrimoniali, della tutela cautelare al pagamento di una provvisionale". Il secondo criterio, infatti, è rimasto inattuato.

In ambito civilistico al risarcimento in forma specifica è intitolato l'art. 2058 c.c., il quale, inserito nel titolo IX sui "fatti illeciti", prevede, al comma 1, che "il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile". Il successivo comma 2 prescrive però che "il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore".

3. La reintegrazione in forma specifica: nozione e tendenze giurisprudenziali.

Il risarcimento del danno è diretto alla completa restitutio in integrum, per equivalente o in forma specifica, del patrimonio leso [1]. La reintegrazione in forma specifica rappresenta una modalità risarcitoria alternativa al risarcimento per equivalente e si concreta in un facere oggetto di condanna. La sua funzione è quella di ripristinare la situazione antecedente al fatto illecito, in conseguenza del noto principio di solidarietà (art. 2 Cost.), e rientra pur sempre nella categoria generale del risarcimento del danno.

Nei confronti della pubblica amministrazione, alla possibilità di chiedere il risarcimento in forma specifica consegue la condanna della stessa ad un facere specifico, che si può sostanziare anche nel compimento di un atto. La situazione, dai confini ben delineati in presenza di diritti soggettivi soprattutto di natura reale, assume connotati diversi in presenza di interessi legittimi, specie quelli di tipo pretensivo; laddove l'interesse sostanziale per essere soddisfatto abbisogna di un'attività della pubblica amministrazione, a differenza degli interessi legittimi oppositivi in cui si contrasta, sulla base di posizioni precostituite, l'attività provvedimentale di tipo autoritativo.

In tema di reintegrazione in forma specifica si percepisce una certa confusione nella giurisprudenza, non solo dei Tribunali amministrativi regionali ma anche del Consiglio di Stato.

Le tendenze giurisprudenziali sono sostanzialmente ispirate a due indirizzi: uno di tipo pubblicistico e l'altro di tipo civilistico.

L'indirizzo pubblicistico riconnette la reintegrazione in forma specifica all'annullamento dell'atto piuttosto che all'area del risarcimento: sarebbe, quindi, implicita in ogni domanda di annullamento. Si parte dall'osservazione, di per sé esatta, secondo cui "risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente costituiscono forme alternative di ristoro, di cui la prima, ove praticabile, di regola elimina l'area del danno da risarcire per equivalente, ovvero la riduce al solo danno emergente". Si afferma, però, che la domanda di annullamento di un atto amministrativo contiene in sé, implicita, la domanda di risarcimento in forma specifica, mediante il rinnovo, legittimo, dell'atto annullato [2].

L'indirizzo civilistico ha a sua volta due varianti.

La reintegrazione in forma specifica, date le peculiarità del giudizio amministrativo, viene vista come un istituto speciale, con caratteri propri, del diritto processuale amministrativo [3]. Così che l'eccessiva onerosità per il debitore, prevista dall'art. 2058 c.c., deve essere valutata alla stregua di eccessiva onerosità per il pubblico interesse e per la collettività [4].

Altra parte della giurisprudenza la considera come il medesimo istituto di cui all'art. 2058 c.c. [5]. Ed è questa la soluzione che sembra più confacente alla natura giuridica della reintegrazione in forma specifica.

Si inserisce poi un ulteriore filone giurisprudenziale, che intravede nella reintegrazione in forma specifica una sorta di anticipazione dell'attività di conformazione dell'amministrazione [6]. Una volta accertata l'illegittimità della lesione dell'interesse legittimo pretensivo del ricorrente al conseguimento del bene della vita, il carattere vincolato e dovuto dell'attività ulteriore da svolgere da parte dell'amministrazione consente al giudice amministrativo di disporre la reintegrazione in forma specifica, e soddisfare così l'interesse sottostante al rapporto del privato con l'amministrazione; ordinando conseguentemente a quest'ultima di disporre l'aggiudicazione della gara di appalto in favore del ricorrente che, se non fosse stato illegittimamente escluso, se la sarebbe aggiudicata.

4. La preferibile soluzione civilistica.

Deve essere rilevato, in primo luogo, che, malgrado la l. n. 205/2000, il diritto processuale positivo non prevede una domanda tesa ad ordinare all'amministrazione l'emanazione di provvedimenti amministrativi, anche se di carattere vincolato, o ad accertare un obbligo in tal senso. La l. n. 205/2000 ha consentito tutto questo solo nel rito speciale previsto per il silenzio dell'amministrazione.

La reintegrazione in forma specifica è menzionata, dall'art. 35, comma 1, del d.lgs. n. 80/1998 (sostituito dall'art. 7, comma 1, lett. c, della l. n. 205/2000) e dal nuovo testo dell'art. 7, comma 3, della l. n. 1034/1971, nell'ambito del risarcimento del danno e come ulteriore rimedio di cui dispone il giudice amministrativo; ma sempre ai fini della condanna al "risarcimento del danno ingiusto".

Essa deve essere considerata alla stregua di un'alternativa risarcitoria, potendo quest'ultima intervenire anche per equivalente ai sensi dell'art. 2058 c.c.. La reintegrazione in forma specifica rimane un rimedio risarcitorio (o comunque riparatorio), ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio.

Non va confusa con l'azione di adempimento, con la quale si chiede la condanna del debitore all'adempimento dell'obbligazione, malgrado il tentativo di configurare un rapporto di tipo obbligatorio tra pubblica amministrazione e privato nell'ambito del procedimento amministrativo e con riguardo agli obblighi posti a carico della prima

dalla l. 7 agosto 1990, n. 241; tentativo non assecondabile, data la non assimilabilità di siffatta relazione, di tipo pubblicistico e non civilistico, al rapporto esistente tra creditore e debitore nelle obbligazioni.

La reintegrazione in forma specifica non può essere confusa nemmeno con il diverso rimedio dell'esecuzione in forma specifica, quale strumento per l'attuazione coercitiva del diritto e non mezzo di rimozione diretta delle conseguenze pregiudizievoli.

La forma specifica non è una forma né eccezionale né sussidiaria di responsabilità, ma uno dei modi attraverso i quali il danno può essere risarcito; la cui scelta spetta al creditore, salva l'ipotesi di eccessiva onerosità (art. 2058, comma 2, c.c.) o di oggettiva impossibilità. L'adozione, da parte dell'amministrazione, di un determinato provvedimento attiene a profili di adempimento e di esecuzione e non a quelli risarcitori; in presenza di accertata spettanza del provvedimento amministrativo preteso, l'emanazione dello stesso non costituisce una misura risarcitoria, ma rappresenta la doverosa esecuzione di un obbligo che grava sull'amministrazione. Ciò a prescindere dall'esistenza dei requisiti previsti dalla legge per conseguire il risarcimento del danno (extracontrattuale o contrattuale che sia); quali la sussistenza della lesione di una situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento (il danno ingiusto), la colpa o il dolo dell'amministrazione, l'esistenza di un danno patrimoniale, ed il nesso di causalità tra l'illecito e il danno subito.

Riportare anche tale fase nell'ambito della reintegrazione in forma specifica e, quindi, della tutela risarcitoria, significa estendere a essa tutti i limiti di siffatta tutela, che sono più rigorosi rispetto a quelli previsti per l'esecuzione. Inoltre, mentre la reintegrazione in forma specifica richiede una verifica in termini di onerosità, ai sensi dell'art. 2058, comma 2, c.c., tale verifica non è richiesta in relazione alle forme di esecuzione in forma specifica della prestazione originariamente dovuta, per le quali rileva la sola sopravvenuta impossibilità; unico limite a cui è assoggettato l'obbligo conformativo dell'amministrazione.

In pratica, l'accoglimento di un ricorso avverso un provvedimento di aggiudicazione di una gara di un appalto pubblico comporta l'annullamento del provvedimento impugnato e, nel caso in cui si è sicuri che la gara si sarebbe dovuta aggiudicare a colui il quale ha proposto il ricorso (che, ad esempio, si era classificato al secondo posto della graduatoria stilata dall'amministrazione), la necessaria aggiudicazione, ora per allora, in favore del medesimo; ma quest'ultima come effetto di conformazione, da parte dell'amministrazione, alla sentenza di annullamento e sempre che il contratto non abbia avuto completa esecuzione (se l'esecuzione è stata parziale, residua l'interesse per quanto non ancora realizzato). E qualora l'amministrazione non vi provvede, il ricorrente può conseguire l'effetto della sentenza con il giudizio di ottemperanza. Tutto questo anche se non sussistono i presupposti del risarcimento del danno.

Se invece il giudice amministrativo, sempre nel caso prospettato, ha respinto la domanda risarcitoria, ad esempio sul profilo della carenza dell'elemento soggettivo in capo all'amministrazione rilevando l'errore scusabile della stessa, non può conseguirsi il risarcimento del danno, ma la tutela annullatoria consente sempre, solo con il limite conseguente all'avvenuta completa esecuzione contrattuale, di avere quel bene della vita per il quale si è agito in giudizio; ossia l'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto.

Ne consegue la difficile ipotizzabilità della reintegrazione in forma specifica negli interessi legittimi di tipo pretensivo, mentre il problema si pone diversamente nel caso degli interessi legittimi di tipo oppositivo; si pensi alla possibilità, per il giudice amministrativo, di condannare l'amministrazione a ricostruire un fabbricato illegittimamente abbattuto in esecuzione di un'ordinanza di demolizione, poi annullata dal giudice stesso, oppure al caso della riconsegna e del ripristino del bene illegittimamente sottratto al privato dall'amministrazione (a seguito dell'esercizio del potere ablatorio, di occupazione o di esproprio).

Ma anche in tali ipotesi, se l'annullamento giurisdizionale è avvenuto per un motivo formale o procedimentale (si pensi, ad esempio, alla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento previsto all'art. 7 della l. n. 241/1990) e qualora il potere dell'amministrazione possa essere riesercitato (il che non avviene, ad esempio, nel caso del potere espropriativo se l'opera pubblica è stata già realizzata), occorre che l'amministrazione si pronunci rimuovendo il vizio accertato dal giudice. Al quale non è consentito sostituirsi all'amministrazione, al di fuori del giudizio di ottemperanza, e attribuire direttamente il bene della vita preteso. Il potere deve essere riesercitato e se l'amministrazione riconferma il provvedimento impugnato, depurandolo del vizio rilevato dal giudice, non vi sarà l'illegittimità dell'atto (in forza del principio della presunzione di legittimità), necessaria per accedere alla tutela risarcitoria (per equivalente o in forma specifica) conseguente all'illegittimo esercizio del potere.

Una certa confusione si percepisce anche nel ricorso alla terminologia della "reintegrazione in forma specifica" da parte di recenti interventi normativi, quali quello di cui all'art. 14, comma 2, del d.lgs. n. 190/1990; laddove, in ambito di infrastrutture strategiche, si intende salvaguardare il contratto, una volta stipulato, dall'annullamento o dalla sospensione dell'aggiudicazione successivamente disposti dal giudice amministrativo, e consentire solo il risarcimento del danno per equivalente. Si tratta, quindi, della conformazione dell'attività dell'amministrazione, che viene impedita, e non della reintegrazione in forma specifica quale rimedio risarcitorio.

In presenza di istituti che provengono dal diritto civile, semplicemente estesi al giudizio amministrativo, il punto di partenza, ma anche quello di arrivo, non può che

essere il diritto civile; al quale, in mancanza di disposizioni specifiche, non è consentito derogare in virtù del preteso "dogma" della specialità del diritto amministrativo.

Così che non sembra condivisibile quanto affermato dal T.A.R. Campania, Napoli[7], il quale considera implicita nella domanda di annullamento del provvedimento impugnato anche quella di reintegrazione in forma specifica, e lascia all'amministrazione la scelta se reintegrare in forma specifica o disporre il risarcimento del danno per equivalente, valutando la ricorrenza dei presupposti (materiale possibilità e non eccessiva onerosità per l'interesse pubblico) per fare luogo alla reintegrazione in forma specifica della parte ricorrente vincitrice nella sua pretesa a conseguire l'aggiudicazione di un appalto.

La tutela annullatoria e quella risarcitoria, sia per equivalente che in forma specifica, hanno presupposti differenti e si riconnettono a domande diverse; ed è il giudice il quale, ai sensi dell'art. 2058, comma 2, c.c., come anche in virtù del nuovo testo dell'art. 7, comma 3, della l. n. 1034/1971, può disporre che il risarcimento avvenga soltanto per equivalente qualora la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore.

5. L'azione di adempimento.

Con la reintegrazione in forma specifica è stato conferito al giudice amministrativo il potere di attribuire direttamente quel bene della vita cui aspira il ricorrente?

La risposta non può che essere negativa.

L'azione di adempimento, la vertglichtungsklage del diritto tedesco, è prevista dai paragrafi 42 e 113 della l. sul processo amministrativo del 21 gennaio 1960. Il primo paragrafo, dal titolo "Azione di impugnazione e di adempimento", dispone che può essere promossa sia nel caso di provvedimento espresso di diniego che di inerzia dell'amministrazione. Con essa "il giudice afferma la sussistenza in capo all'amministrazione dell'obbligo di emanare un atto amministrativo non reso o esplicitamente rifiutato".

Il paragrafo 113, dal titolo "Sentenze nelle azioni di impugnazione e di adempimento", prescrive che: "nella misura in cui il rifiuto o l'omissione dell'atto amministrativo è illegittimo e l'attore ne risulta leso nei propri diritti, il tribunale dichiara l'obbligo dell'autorità amministrativa di porre in essere la richiesta attività dell'ufficio, se la questione è matura per la decisione. Altrimenti esso dichiara l'obbligo di decidere nei confronti dell'attore nel rispetto della concezione giuridica del tribunale".

L'azione di adempimento, a differenza del diritto tedesco, non è prevista in via generale dal nostro ordinamento. Solo in alcuni casi la legge consente al giudice

amministrativo di ordinare un facere all'amministrazione (art. 25, comma 6, della l. n. 241/1990, in tema di accesso, e art. 21-bis, comma 2, della l. n. 1034/1971, come inserito dall'art. 2 della l. n. 205/2000, in ambito di silenzio).

Non può quindi convenirsi con il tentativo di identificare il potere conferito al giudice amministrativo di disporre la reintegrazione in forma specifica con l'azione di adempimento nei confronti dell'amministrazione, consentendosi ad esso di sostituirsi a questa al fine di soddisfare la "pretesa di provvedimento" del ricorrente. Si tratta del tentativo di sollevare il privato dall'onere di esperire un duplice ricorso; prima di cognizione ordinaria e poi di esecuzione. L'esigenza è senza dubbio da perseguire in una riforma del processo amministrativo, ma, allo stato, il sistema normativo non ne consente la realizzazione.

In mancanza di espressa previsione non è permesso sostituirsi al legislatore, a prescindere da esigenze, da tutti condivisibili, connesse alla previsione, non solo in caso di silenzio e con il rito camerale, di un sistema che consenta sempre e subito al giudice di sostituirsi all'amministrazione, direttamente o tramite commissario, per far conseguire al ricorrente quel bene della vita per il quale agisce in giudizio. Tutto questo, anche se potrebbe portare ad una tutela veramente effettiva, non è stato previsto dalla l. n. 205/2000, e potrà essere realizzato solo a seguito di un nuovo intervento legislativo.

Per le stesse ragioni non è condivisibile, allo stato della normativa, quella tesi intermedia (Caringella) secondo cui, qualora il risarcimento del danno in forma specifica riguardi la lesione cagionata da attività autoritativa della pubblica amministrazione ed in caso di interessi legittimi, per le attività vincolate l'ordine del giudice potrebbe spingersi sino al contenuto dell'atto da adottare; mentre, per le attività meramente discrezionali, l'ordine non potrebbe che avere carattere procedimentale, ossia costringere l'amministrazione a riprendere il procedimento senza predeterminazione dell'esito, rimesso alla valutazione discrezionale dell'amministrazione. **La reintegrazione in forma specifica è rimedio di tipo risarcitorio, che esula anche da problematiche attinenti l'attività di conformazione dell'amministrazione alla statuizione contenuta nella sentenza del giudice; attività di momento successivo, e che risponde a presupposti diversi, tendenti comunque alla realizzazione della pretesa anche attraverso la sostituzione (da parte del commissario ad acta) all'amministrazione stessa.**

6. Alcune considerazioni in tema di pretesa diversità del giudizio amministrativo e di sussidiarietà della tutela risarcitoria.

L'elaborazione da parte della giurisprudenza amministrativa di un sistema differenziato ed autonomo, rispetto a quello della giurisdizione ordinaria in tema di responsabilità civile per danno ingiusto provocato al privato dall'illecito di altro privato, non appare tendenza da supportare. La responsabilità civile trova la sua regolamentazione nel diritto civile ed è stata sino a pochi anni fa "pascolo

esclusivo" del giudice ordinario; ed è in queste direzioni che deve indirizzarsi anche il giudice amministrativo.

Ciò che appare peculiare è, invece, la situazione conseguente all'annullamento di provvedimenti che incidono su interessi legittimi di tipo pretensivo; laddove il potere amministrativo deve riesercitarsi e, a meno che non sia stata accertata la fondatezza della pretesa, la domanda risarcitoria può essere valutata solo all'esito della riedizione del potere ed alla soddisfazione della pretesa sostanziale (come avviene, ad esempio, nel caso di annullamento giurisdizionale, per difetto di motivazione, di un diniego di concessione edilizia [8], o comunque di un diniego di atto di tipo autorizzatorio).

Altro punto è il seguente.

Si sostiene che l'interesse legittimo ha bisogno di una riparazione per equivalente solo quando la reintegrazione in forma specifica non gli può essere arrecata. E' ricorrente l'affermazione secondo cui nel giudizio amministrativo di annullamento la tutela del ricorrente è affidata in primo luogo agli effetti immediati e diretti dell'annullamento, di natura cassatoria, e, in via indiretta e mediata, agli effetti ulteriori conformativi del successivo esercizio del potere; tale insieme di effetti realizza una particolare forma di tutela ripristinatoria reale della posizione giuridica lesa. Così che il risarcimento del danno per equivalente in sede di giurisdizione generale di legittimità assume un ruolo successivo, sussidiario e residuale, cui si può ricorrere se ed in quanto il rimedio ripristinatorio non abbia potuto conseguire risultati satisfattivi [9].

Tutto ciò è vero nel senso in cui l'annullamento, la reintegrazione in forma specifica ed il risarcimento del danno per equivalente costituiscono tutti strumenti che tendono alla soddisfazione della pretesa per la quale si agisce in giudizio. Ma il risarcimento per equivalente ha veramente funzione residuale e sussidiaria? E se tale funzione sussiste, verso cosa si rapporta?

Premesso che annullamento giurisdizionale e reintegrazione in forma specifica sono istituti distinti e separati, che operano in campi diversi e presuppongono condizioni differenti, il risarcimento del danno consegue all'aver subito, a seguito dell'illegittimo esercizio della funzione pubblica, una lesione patrimonialmente apprezzabile. Così che, se ciò si è verificato, non basta la rimozione del provvedimento a ripristinare la situazione pregressa**. E' vero, invece, che una relazione di sussidiarietà si instaura tra reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente, essendo di regola la prima rimedio "principe" nell'ambito della tutela risarcitoria. Il che dà luogo a due distinte situazioni soggettive di credito, concorrenti, nel senso che la soddisfazione dell'una produce anche l'estinzione dell'altra, ma autonome. Il giudice, investito dell'istanza di risarcimento in una forma, non può disporre per l'altra, in forza del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato**.

Proprio per la detta relazione di sussidarietà, l'attribuzione al danneggiato del risarcimento per equivalente, invece della richiesta reintegrazione in forma specifica, non viola il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, in quanto il risarcimento per equivalente, che il giudice può disporre anche d'ufficio nell'esercizio del suo potere discrezionale, costituisce un minus rispetto alla reintegrazione in forma specifica; sicché la relativa richiesta è implicita nella domanda giudiziale di reintegrazione in forma specifica. Non è, invece, consentito al giudice, senza violare l'art. 112 c.p.c., nel caso in cui sia stato richiesto il risarcimento per equivalente, disporre la reintegrazione in forma specifica, non compresa, neppure per implicito, in quella domanda così proposta[10].

7. Conclusioni di sistema.

L'interesse concreto di chi agisce in giudizio è quasi sempre incentrato sul "bene della vita" preteso, più che sul ristoro economico. Anche se la chiave di volta è rappresentata dall'individuazione degli esatti confini entro cui circoscrivere il "bene della vita", dato che il giudizio non può concludersi con un risultato più vantaggioso rispetto a quanto chiesto dal ricorrente. Ma il ristoro compete solo se il processo si sia concluso con l'accertamento della spettanza del "bene della vita"; e se non vi è stato siffatto accertamento, non potrà esservi un problema di reintegrazione in forma specifica bensì solo di risarcimento per equivalente (spesso in misura minore, come nel caso della chance). Il riportare la reintegrazione in forma specifica nell'ambito dell'annullamento giurisdizionale, con una tendenza di assimilazione, significa solo che l'eliminazione dell'atto invalido dal mondo giuridico, con effetto retroattivo, ricostituisce la situazione precedente la sua emanazione, restituendo alla posizione lesa la sua condizione antecedente. Ma la reintegrazione in forma specifica attiene all'ambito risarcitorio e si aggiunge alla tutela annullatoria, presupponendo, oltre l'illegittimità del provvedimento, anche il danno risarcibile e tutti gli altri elementi essenziali alla responsabilità risarcitoria.

In presenza di interessi legittimi di tipo oppositivo, la reintegrazione in forma specifica manifesta tutte le sue potenzialità, dato che tende alla piena ricostituzione della situazione pregressa all'illegittimo esercizio della funzione, proprio perché c'è da reintegrare un patrimonio già preesistente. Così che, ad esempio, in caso di annullamento giurisdizionale di una concessione edilizia assentita al vicino in violazione delle norme sulle distanze, il giudice amministrativo, in accoglimento dell'ulteriore domanda di reintegrazione in forma specifica, potrà demandare al Comune l'adozione dei provvedimenti idonei, come la demolizione delle parti di edificio costruite in violazione delle norme stesse[11].

In ipotesi di interessi legittimi di tipo pretensivo, una volta accertata l'illegittimità dell'esercizio del potere, occorrerà la riedizione del potere da parte dell'amministrazione; essenziale per costituire una situazione patrimoniale. A meno che non sia stata acclarata dal giudice la fondatezza della pretesa; ma anche qui ci

sarà, in ipotesi di mancata esecuzione della statuizione del giudice, un problema di conformazione, da risolvere con il giudizio di ottemperanza.

In conclusione, la reintegrazione in forma specifica nel giudizio amministrativo:

a) va collocata, così come effettuato dal legislatore, nell'ambito del processo di cognizione e non in quello di esecuzione;

b) non costituisce una generale tutela di tipo ripristinatorio a fronte della lesione di interessi legittimi e non si identifica nello specifico ristoro dell'interesse leso a seguito del rinnovo della procedura da svolgersi per effetto della sentenza;

c) non deve essere confusa sempre con l'attribuzione di quel bene della vita a cui il ricorrente aspira;

d) non si identifica con l'azione di adempimento, inesistente a livello generale nel nostro ordinamento.

Non appena si sono incontrati, tra la reintegrazione in forma specifica ed il giudice amministrativo è stato un colpo di fulmine; ma se si tratta di infatuazione o di amore vero solo il tempo potrà dirlo. Intanto, la meditazione non può che aiutare a sedimentare il rapporto.

* Consigliere di Stato.

[1] Cass., sez. III, 16 dicembre 1988, n. 6856, in Giust. civ. Mass., 1988, fasc. 12.

[2] Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281, in Cons. Stato, 2001, I, 2676.

[3] Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in Cons. Stato, 2001, I, 1304.

[4] T.A.R. Lazio, sez. III ter, 13 febbraio 2003, n. 962, in Urbanistica e appalti, 2003, 957.

[5] Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, e 3 aprile 2003, n. 1716, in, rispettivamente, Cons. Stato, 2002, I, 1328 e Urbanistica e appalti, 2003, 928.

[6] Indicativa in tal senso è la sentenza del T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 27 febbraio 2002, n. 1108, in Trib. amm. reg., 2002, I, 65.

[7] Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, in www.giust.it, n. 6-2002.

[8] T.A.R. Abruzzo, Pescara, 8 maggio 2003, n. 507, in Foro amm.: TAR, 2003, 1711.

[9] TAR Campania, Napoli, sez. I, 19 settembre 2001, n. 4485, in Urbanistica e appalti, 2001, 1349.

10] Cass., sez. II, 18 gennaio 2002, n. 552, in Giust. civ. Mass., 2002, 94.

[11] In questo senso, T.A.R. Abruzzo, Pescara, 8 maggio 2003, n. 506, in Foro amm.: TAR, 2003, 1711. La tutela giurisdizionale dell'Ambiente

Stefano Gori 30 marzo 2016

Il Danno ambientale. Gli interessi super individuali: dagli interessi diffusi agli interessi collettivi

L'interesse all'ambiente rientra nelle situazioni giuridiche soggettive che assumono una dimensione meta individuale.

Gli interessi super individuali, però, almeno fino agli anni settanta del secolo scorso, non erano adeguatamente tutelati nel nostro ordinamento giuridico, tanto che era sentita l'opportunità di riconoscere una legittimazione ad agire a soggetti portatori di interessi che appartenessero ad una pluralità di persone (cfr. Romano – Tassone, voce Situazioni giuridiche soggettive, in Dizionario di diritto amministrativo, Milano, 2007, 727).

La dottrina e la giurisprudenza, quindi, hanno dovuto affrontare il problema della tutelabilità giurisdizionale di interessi appartenenti non ad una persona in posizione differenziata rispetto alla collettività ma, come detto, ad una pluralità di soggetti.

Il problema si è posto anche nel diritto amministrativo, considerato che gli unici interessi tradizionalmente tutelati in tale branca del diritto erano quelli individuali: diritto soggettivo ed interesse legittimo.

Si è ritenuto che l'unico modo per cercare di tutelare gli interessi super individuali, quindi anche l'interesse al bene ambiente, fosse quello di ricondurli (rectius: trasformarli) da interessi privi di un titolare (differente dalla collettività indistinta) in autentici interessi legittimi, riferibili ad un ente esponenziale abilitato a rappresentare l'interesse collettivo.

Pertanto si è reso necessario un processo di soggettivizzazione degli interessi diffusi in forza del quale sono nati gli interessi collettivi, comuni a più soggetti che si associano come categoria o gruppo omogeneo per realizzare i fini del gruppo stesso. A differenza degli interessi diffusi, gli interessi collettivi sono suscettibili di tutela giurisdizionale in quanto trovano una titolarità in enti esponenziali capaci di agire, che si distinguono tanto dalla comunità generale quanto dai singoli associati.

L'interesse collettivo è, quindi, un interesse differenziato in quanto fa capo ad un ente esponenziale di un gruppo che si distingue sia dalla collettività indifferenziata che dai singoli che ne fanno parte; ne consegue la legittimazione dell'ente esponenziale (e non dei singoli) in caso di lesione dell'interesse collettivo.

Oltre che differenziato, l'interesse collettivo è anche qualificato in quanto preso in considerazione, almeno indirettamente, dall'ordinamento giuridico. Proprio

l'esigenza che si tratti di un interesse qualificato e differenziato ha impegnato la dottrina e la giurisprudenza nell'individuare i requisiti necessari affinché gli enti esponenziali di un gruppo fossero legittimati a tutelare in giudizio gli interessi del gruppo stesso. Il problema si è posto non tanto per soggetti esponenziali che, per espressa disposizione normativa, sono preposti alla tutela di interessi appartenenti ad una determinata categoria di soggetti, ma ad enti esponenziali sorti in modo spontaneo, per effetto, quindi, di un'iniziativa di tipo negoziale.

È il caso dei Comitati sorti spontaneamente a tutela della salubrità ambientale in una determinata zona.

Nell'individuare i requisiti necessari per la legittimazione ad agire di tali enti è necessario procedere ad un percorso pretorio articolato in varie tappe.

In una prima fase si riteneva che il requisito della legittimazione ad agire fosse la personalità giuridica dell'ente statutariamente preposto alla cura ed alla tutela degli interessi superindividuali. Con la storica decisone del Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 19.10.1979 n.24 la giurisprudenza ha dato la prevalenza al requisito sostanziale dell'effettiva rappresentatività dell'ente rispetto all'interesse di cui si fa portatore. L'opzione per tale criterio ha indotto la giurisprudenza successiva ad impegnarsi per trovare gli indici sintomatici da cui desumere l'effettiva rappresentatività degli enti esponenziali di determinate categoria organizzate e consentire, conseguentemente, la tutela anche del bene ambiente.

Tre sono stati i parametri elaborati dalla giurisprudenza.

È, innanzitutto, necessario che l'ente esponenziale debba curare, in base alle previsioni statutarie, quel determinato bene/interesse. Inoltre, è necessario che l'ente esponenziale sia dotato di un assetto organizzativo stabile; requisito preteso onde evitare di riconoscere la legittimazione a soggetti di comodo, solo occasionalmente istituiti (Consiglio di Stato, sez. VI, 7 febbraio 1996, n.182).

È, altresì, indispensabile il criterio della vicinitas, in forza del quale l'ente esponenziale deve essere portatore di un interesse localizzato o almeno localizzabile in una determinata zona più o meno circoscritta (Consiglio Stato, sez. V, 19 novembre 1971, n.1135 e Consiglio di Stato 25 novembre 1988, n.745): deve cioè sussistere uno stabile collegamento tra l'aera in cui opera l'ente esponenziale e la zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume leso.

Giova, inoltre, ricordare che il criterio della vicinitas è stato utilizzato in giurisprudenza al diverso fine di riconoscere la legittimazione ad agire ad un singolo per la tutela di un interesse meta individuale, ma tuttavia riguardante anche la propria sfera individuale. Si è così utilizzato il criterio della vicinitas per riconoscere la legittimazione ad agire dei singoli per la tutela del bene ambiente, in particolare per agire avverso atti e comportamenti della P.A. lesivi degli interessi dei singoli unitamente agli interessi all'intera collettività che si trova nel territorio locale.

Il soggetto singolo, pertanto, potrà impugnare un provvedimento amministrativo pregiudizievole per l'ambiente in cui vive. Tale soggetto dovrà innanzitutto identificare il bene che dall'esercizio dei pubblici poteri potrebbe essere pregiudicato (il paesaggio, l'acqua, l'aria, il suolo, il proprio terreno) e secondariamente dovrà dimostrare che, rispetto a tale bene, si trova in una posizione differenziata che lo legittimi ad agire uti singulus.

Un esempio potrebbe essere l'impugnazione di un'autorizzazione ad una discarica da parte del proprietario del fondo ovvero da colui che vive e lavora in prossimità della discarica stessa.

La vicinitas, che legittima l'azione, consiste, quindi, nello stabile collegamento del ricorrente con l'ambiente in cui vive.

La tutela giurisdizionale e giustiziale in ambito amministrativo

Tale tipologia di tutela consiste nella possibilità di chiedere, da parte di enti esponenziali, l'annullamento di provvedimenti amministrativi illegittimi, adottati nell'ambito di procedimenti disciplinati da normative dettate a tutela dell'ambiente.

Il legislatore ha affrontato la questione più volte.

Il comma 5 dell'art. 18 e l'art.13 della legge 349 del 1986 avevano riconosciuto una apposita legittimazione ad agire in favore di enti a carattere nazionale individuati con apposito decreto ministeriale. Si riconosceva, quindi, in favore delle associazioni di protezione ambientale di carattere nazionale e di quelle presenti in almeno cinque regioni, individuate con decreto del Ministero dell'ambiente, la legittimazione ad intervenire nei giudizi per danno ambientale e la legittimazione a ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi.Le normative richiamate richiedevano naturalmente alcuni requisiti che dovevano necessariamente essere posseduti da tali associazioni per essere riconosciuti dal decreto del Ministero dell'ambiente.

Si trattava, infatti, di indici rilevatori dell'effettiva capacità della associazione di essere effettivamente rappresentativa dell'interesse diffuso alla tutela dell'ambiente.

Tali associazioni dovevano, quindi, avere una diffusione nazionale o in almeno cinque regioni, perseguire la finalità di tutela dell'ambiente e svolgere la propria attività in modo continuo.

Relativamente a tale disciplina si erano posti alcuni problemi interpretativi sui quali, per sintesi espositiva, non possiamo soffermarci.

Su tale disciplina il legislatore è intervenuto nuovamente con il d.lgs. 03.04.2006 n.152, noto come Testo unico dell'ambiente.

Il combinato disposto degli artt.309 e 310 di tale Testo unico conferisce alle associazioni di cui all'art.13 della legge 8 luglio 1986 n.349 soltanto il potere di

presentare al Ministero dell'ambiente denunce ed osservazioni riguardanti qualsiasi caso di danno ambientale ed il potere di chiedere allo stesso Ministero l'intervento statale a difesa dell'ambiente.

Soltanto alle regioni, alle province autonome ed agli enti locali, nonché alle persone fisiche o giuridiche pregiudicate dal danno ambientale è riconosciuta la legittimazione ad agire per l'annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni di cui alla sesta parte del decreto, nonché avverso il silenzio inadempimento del Ministero dell'ambiente e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del Ministero, delle misure di precauzione, di prevenzione e di contenimento del danno ambientale.

Da tale complesso normativo si ricava che alle associazioni indicate nell'art.13 della legge 349 del 1986 è assegnato soltanto il potere di presentare al Ministero dell'ambiente denunce ed osservazioni concernenti qualsiasi tipo di danno ambientale, ma è stato loro sottratto il potere di agire direttamente in giudizio che è stato, invece, riconosciuto soltanto ai soggetti indicati nel comma I dell'art. 309 (regioni, province autonome ecc.). In sostanza il Codice dell'ambiente pare avere arretrato la tutela rispetto ai meccanismi rimediali in precedenza predisposti dal legislatore in favore delle associazioni ambientalistiche.

Tuttavia il comma 5 dell'art.13 della legge 349/1986, non abrogato dal T.U. n.152/2006, prevede che le associazioni individuate in base all'art.13 della stessa legge possono intervenire nei giudizi aventi ad oggetto un danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento degli atti illegittimi.

Pertanto la Corte di Giustizia (sez. IV, 12.05.2011) ha confermato che, in forza del comma 5 dell'art.13 citato, anche le associazioni individuate in base all'art.13 della stessa legge possono ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento degli atti illegittimi in materia ambientale.

Il Testo unico citato, inoltre, ha predisposto anche un specifica tutela giustiziale.

Il comma 2 del citato art.310, infatti, introduce un'ipotesi di ricorso in opposizione, da depositarsi presso il Ministero dell'ambiente, avverso il provvedimento illegittimo.

Il comma 5 dello stesso art.310 conferma, inoltre, la facoltà dell'interessato di presentare ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi del d.P.R. 24 novembre 1971 n.1199.

La tutela giurisdizionale dinanzi al giudice ordinario

Per consentire tale tipo di tutela in materia ambientale si doveva necessariamente ricercare una posizione giuridica soggettiva differenziata (dall'interesse diffuso) e qualificata in capo ai singoli consociati.

Le Sezioni unite della Cassazione, con sentenza 9 marzo 1979 n.1463, hanno distinto i beni collettivi indivisibili dai beni collettivi divisibili.

Nei primi non sussistono posizioni differenziate in capo ai singoli, mentre nei secondi è ipotizzabile un loro godimento frazionato. In questo secondo caso, pertanto, sussisterebbe un diritto soggettivo autonomamente tutelabile in giudizio a fini risarcitori. Si tratterebbe del diritto alla salubrità ambientale che diviene giuridicamente rilevante qualora l'alterazione della integrità ambientale si ripercuota in modo negativo e diretto sulla salute dell'individuo (Cass. civ., sez. III, 25 settembre 1996, n.5650, nonché 3 febbraio 1998 n.1087).

Tale situazione giuridica soggettiva può essere tutelata innanzitutto con l'azione inibitoria prevista dall'art.844, norma posta a tutela del proprietario del fondo o del titolare di altro diritto reale di godimento in caso di immissioni nocive.

Parte della giurisprudenza ha ritenuto che tale rimedio sia invocabile da parte di chiunque sia esposto a pericolo di immissioni dannose per la propria salute, a prescindere dalla titolarità di un diritto reale di godimento (contra: Cass. civ., sez.II, 22 dicembre 1995 n.13069).

In seguito la Suprema Corte ha ritenuto che la tutela inibitoria prevista dall'art.844 fosse cumulabile con la tutela risarcitoria ex art.2043 c.c. (Cass. civ., sezioni unite, 06.09.2013, n.20571).

Su tale contesto normativo intervenne il legislatore.

La legge n.349 del 1986, che riconobbe la natura sostanzialmente unitaria del bene giuridico ambiente, introdusse essenzialmente quattro novità.

Innanzitutto, venne riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario per il contenzioso in tema di danno ambientale (art.18, comma 2). La Corte dei Conti conservò un ambito residuale di giurisdizione, limitato alle ipotesi in cui il danno fosse stato cagionato dal comportamento, doloso o colposo, di un funzionario pubblico.

Inoltre, l'illecito ambientale era configurato non come un illecito atipico, ma come illecito tipico consistente nella violazione di una legge o di un provvedimento amministrativo, posti a tutela del bene ambiente, dalla cui violazione derivava una lesione concreta e materiale. La legittimazione a richiedere il risarcimento del danno spettava poi allo Stato, quale ente esponenziale del bene ambiente; erano legittimati ad agire, a fini risarcitori, anche gli enti pubblici territoriali, sul cui territorio si trovassero i beni lesi dall'illecito.

Sussisteva, quindi, una legittimazione concorrente degli enti territoriali con lo Stato. Gli enti territoriali, pertanto, erano titolari di un autonomo diritto al risarcimento del danno ambientale, nella misura in cui il bene collettivo danneggiato si trovasse nel territorio degli stessi enti.

La legittimazione degli enti territoriali fu poi sancita a livello normativo dall'art.9, comma 3, d.lgs. 18 agosto 2000, n.267 (ora abrogato dal codice dell'ambiente).

Infine era previsto il potere della PA di ordinare, in via cautelare ed in caso di urgenza, la sospensione di quei lavori che avrebbero potuto danneggiare l'ambiente.

Su tale disciplina si è poi innestato il d.lgs. n.152 del 2006 (testo unico in materia ambientale) il quale ha introdotto numerose modifiche.

Innanzitutto viene data, con l'art.300, la definizione di danno ambientale come qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto ed indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima e vengono precisate quali sono dette risorse. L'ambiente, quindi, rappresenta un bene unitario ed immateriale composto da vari beni o valori, ma differenziato da questi.

Il danno ambientale, infatti, viene ristorato in considerazione del suo valore complessivo a prescindere dal valore patrimoniale delle singole componenti (Cass. civ., sezioni unite, 25 gennaio 1989, n.440).

La tematica del risarcimento del danno ambientale è, comunque, specificatamente disciplinata dall'art. 311 del Codice dell'ambiente, recentemente modificato dall'art.25 della legge 06 agosto 2013 n.97, attuativa di una direttiva comunitaria (non self executing). Tale disposto normativo attribuisce soltanto al Ministero dell'ambiente la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno ambientale, eventualmente anche in sede penale, in favore dello Stato. Tale risarcimento può avvenire o in forma specifica, attraverso la riduzione in pristino dello stato dei luoghi lesi dall'illecito, oppure per equivalente monetario, previa adozione di apposita ordinanza è ingiunzione, immediatamente esecutiva.

È proprio la disciplina di tale ordinanza (artt.313 e 314) ad essere stata modificata dalla novella della legge 06 agosto 2013 n.97.

La disciplina della tutela risarcitoria dell'ambiente, invece, è stata soltanto parzialmente incisa dalla legge 06 agosto 2013. Tale disposto normativo, infatti, modificando il secondo e terzo comma dell'art.311, ha previsto una specifica tutela nel caso in cui il danno ambientale sia stato cagionato da quegli operatori le cui attività siano elencate nell'allegato 5 della stessa legge oppure sia stato cagionato da qualsiasi soggetto per dolo o colpa grave. È previsto, in tali casi, che i soggetti responsabili siano obbligati alle specifiche misure di riparazione previste nell'allegato n.3 secondo i criteri ivi previsti.

Si è avuta, in questi casi, una tipizzazione delle modalità attuative della tutela in forma specifica.Soltanto qualora tali misure di riparazione siano state in tutto od in parte omesse, il Ministro dell'ambiente agisce nei confronti dell'obbligato per ottenere il pagamento delle somme corrispondenti al costo dell'attività necessaria per attuare le misure di riparazione tipizzate.

In tutti gli altri casi la normativa del codice dell'ambiente è rimasta immutata.

La procedura amministrativa dell'ordinanza/ingiunzione preclude l'azione risarcitoria in sede civile esperibile, in via alternativa, in sede giurisdizionale.

Resta naturalmente salva la facoltà, da parte del solo Ministero, di costituirsi parte civile nel procedimento penale, in qualità di persona offesa dal reato (art.315).

Con il Codice dell'ambiente si è, pertanto, attribuita la legittimazione a richiedere il risarcimento del danno soltanto al Ministero dell'ambiente.

Tale modifica legislativa è dovuta alla necessità di evitare la proliferazione delle iniziative giudiziarie per lo stesso evento lesivo e nei confronti dello stesso responsabile da parte di una pluralità di enti. Gli enti territoriali, quindi, possono agire soltanto per il risarcimento di danni diversi: i danni patrimoniali subiti da tali enti per le spese sostenute per il ripristino, la bonifica, la rimozione dei rifiuti oppure il danno da lucro cessante ove l'ente ne fornisca la prova oppure ancora il danno all'immagine subito dall'ente nel cui territorio si è verificato il danno ambientale. Il Codice dell'ambiente, come sopra anticipato, ha previsto un particolare riparto di giurisdizione in tema di danno ambientale.

Abbiamo, infatti, già anticipato che è prospettabile il ricorso alla ordinanza è ingiunzione, con la quale si impone al trasgressore il ripristino della situazione ambientale preesistente, a titolo di risarcimento del danno in forma specifica. Tale ordinanza è emessa sia nei confronti dei responsabili del fatto lesivo sia nei confronti di colui che ne ha tratto vantaggio.

Qualora il danno non sia risarcibile in forma specifica il Ministro, ingiunge, con ordinanza, ai predetti soggetti il pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno per equivalente monetario.

Avverso tale ordinanza l'art.316 prevede la possibilità per il trasgressore di ricorrere al T.a.r. in sede di giurisdizione esclusiva oppure di ricorrere al Presidente della Repubblica. Il Ministro dell'ambiente può, pertanto, scegliere tra due rimedi alternativi: l'azione civile (da esercitarsi anche in sede penale) innanzi al giudice ordinario o la adozione dell'ordinanza di cui all'art.313 del Codice.

L'adozione dell'ordinanza preclude la proposizione di un'azione risarcitoria del danno ambientale e se il giudizio pende si estingue.

La singolarità del disposto normativo citato sta nel fatto che la giurisdizione si sposta a seconda del tipo di tutela scelta.

Infatti, se il danno ambientale è accertato e quantificato con l'ordinanza ministeriale la giurisdizione, a seguito della impugnazione dell'ordinanza, è del G.A. Qualora, invece, il Ministero eserciti l'azione civile di risarcimento danni la giurisdizione potrebbe essere (dipenderà dal caso di specie) anche del G.O.

La questione della giurisdizione è stata, però, oggi disciplinata e, quindi, semplificata dall'art.133, comma I, lett. s) c.p.a., in base al quale rientrano nella giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti adottati in violazione delle norme in materia ambientale, nonché avverso il silenzio inadempimento del Ministro dell'ambiente, le controversie per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione delle misure di precauzione da parte del Ministero, nonché quelle inerenti le ordinanze ministeriali di ripristino e risarcimento del danno ambientale.

Il codice del processo amministrativo ha, quindi, sancito la giurisdizione esclusiva del G.A. in materia ambientale, evitando così che la giurisdizione, in materia ambientale, possa dipendere da una scelta ministeriale con evidente sacrificio del principio della certezza del diritto.

La responsabilità del funzionario agente

- Sistematica ed evoluzione delle responsabilita' nella p.a. -

Avv. Rosa Francaviglia, Dott.ssa. Elena Brandolini

***

Giuridicamente, responsabilità è un termine che può essere usato in plurime accezioni indicando sia la titolarità di un potere di fare che la soggezione ad un obbligo di adempiere , nonché l' imposizione di un dovere di rispondere delle proprie condotte. In questa sede rileva la nozione di responsabilità nell' ultima valenza indicata (cosiddetta " responsability" anglosassone). Pertanto, per responsabilità si intende l' insieme delle conseguenze derivanti da determinati comportamenti (S.CASSESE – 2001);controlli cosiddetti giustiziali a chiusura delle garanzie ordinamentali.

Riferimenti costituzionali sono dati dall' art. 28 Cost. (" I funzionari ed i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili , secondo le leggi

penali, civili ed amministrative , degli atti compiuti in violazione dei diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato ed agli enti pubblici "); dagli artt. 95 e 96 ,103 – 2° co., 113 Cost..

Il sistema delle responsabilità nella P.A. si articola in differenti tipologie : politica, civile , penale, amministrativa, amministrativo-patrimoniale, contabile, disciplinare e dirigenziale.

La responsabilità politica si ha quando un soggetto è munito di potere politico e seppure giuridicamente autonomo rispetto ad altri, deve rendere conto ad essi della gestione di tale potere, subendo la sanzione della privazione del potere stesso in caso di valutazione politica negativa del suo operato. Se nello Stato liberale ottocentesco detta responsabilità era del Governo nei confronti del Parlamento, nello Stato democratico pluriclasse il soggetto di riferimento diviene il corpo elettorale.

La responsabilità penale si integra quando un soggetto persona fisica dell' ordinamento compie atti criminosi assoggettabili a sanzioni detentive e/o pecuniarie a seguito di processo.

La responsabilità amministrativa si fonda, invece, sulla violazione di obblighi amministrativi cui segue l' irrogazione di una sanzione amministrativa. Essa va distinta dalla responsabilità amministrativa patrimoniale e da quella contabile sussunte sotto la responsabilità civile che, a sua volta, comprende anche la responsabilità civile verso terzi .

La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego contrattualizzato costituisce altra tematica di fondamentale importanza. Sul punto, si ritiene doveroso segnalare la recentissima sentenza della Consulta n° 186/2004 che ha dichiarato l' illegittimità costituzionale dell' art. 10, comma 3°, della Legge n° 97/2001 nella parte in cui prevede , per i fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore di detta legge, l' instaurazione dei procedimenti disciplinari entro 120 giorni dalla conclusione del procedimento penale con sentenza irrevocabile di condanna, anziché entro il termine di 90 giorni dalla comunicazione della sentenza all' amministrazione od all' ente competente per il procedimento disciplinare.

La responsabilità degli amministratori locali è una sottoarticolazione specifica presupponente la conoscenza dei principi generali in materia. Ovviamente, l' adeguata cognizione di meccanismi e tecniche di tutela in ambito responsabilità globalmente inteso è determinante per una corretta gestione della cosa pubblica.

Per quanto attiene il diritto civile, esistono tre forme di responsabilità: quella precontrattuale che attiene alla fase delle trattative antecedenti la stipula negoziale (artt. 1337-1338 c.c.); quella aquiliana od extracontrattuale fondata sul principio generalissimo di divieto di violazione del " neminem laedere "di cui all' art. 2043 c.c.

, secondo cui colui che ha commesso con colpa o dolo un qualunque fatto che arrechi un danno ingiusto ad altri ha l' obbligo di risarcirlo ed, infine, quella contrattuale che sanziona la violazione di un rapporto obbligatorio già esistente (artt. .1173 e segg. c.c.).

Parlare oggi di responsabilità civile della P.A. è assai più agevole rispetto al passato, in ragione della svolta epocale determinata dalla S.U. Cass. n° 500/1999. Difatti, l' esistenza dell' art. 28 Cost. e dell' intero substrato costituzionale e normativo fondanti il sistema delle responsabilità sia della P.A. che dei pubblici dipendenti aveva comunque dato luogo ad interminabili ed annosi dibattiti dottrinali e querelle giurisprudenziali in relazione a fattispecie per le quali si riteneva non potessero applicarsi i postulati della responsabilità civile ordinaria attesa la veste autoritativa della P.A..

Il progressivo superamento di concezioni restrittive su detta tematica si è fondato sostanzialmente sulla portata del precetto del " neminem laedere " inteso quale limite esterno alla discrezionalità della P.A.. In via generale, si ritiene che per l' attività materiale della P.A. occorra l' elemento soggettivo della imputabilità per dolo o per colpa, mentre per quella provvedimentale confluita nella adozione di atti amministrativi illegittimi, la colpa è ravvisabile di per sé nel violare la norma consapevolmente per il sol fatto di avere emanato l' atto senza che la P.A. possa invocare l' errore scusabile dei propri funzionari.

Se poi si verte in ipotesi di atti amministrativi informatici, la responsabilità è oggettiva o per fatto altrui.

La responsabilità aquiliana , nel sistema giuridico anteriore alla Costituzione, fu inizialmente negata per poi essere affermata ritenendo che la P.A. fosse responsabile per i soli danni cagionati dal compimento di atti di gestione ossia da quelli compiuti su un piano di parità con i privati. Per gli atti di imperio , invece, la P.A. si serbava irresponsabile , in quanto atti posti in essere nell' esercizio di potestà pubblicistiche per i quali la P.A. si pone come soggetto sovrano in posizione di supremazia rispetto agli altri soggetti ed agente nel generale interesse. Tuttavia, l' art. 4 della L.A.C. (Legge n° 2248/1865, All. E) , pur essendo una disposizione meramente procedurale, fu interpretata come disposizione regolatrice dell' illecito dei soggetti pubblici desumendone il principio per cui la P.A. è chiamata a rispondere degli atti illeciti posti in essere dai suoi dipendenti.

Sulla base di ciò, nacque la teoria della responsabilità degli enti pubblici (teoria organica) per cui si riteneva – sia a livello dottrinale che giurisprudenziale – che la P.A. fosse direttamente responsabile per i fatti illeciti dei propri dipendenti in virtù del rapporto organico che consentiva di ritenere l' azione del dipendente azione propria della stessa amministrazione (rapporto di immedesimazione organica). Unica

eccezione nel caso di illecito doloso del dipendente che comportava la rottura di detto rapporto trattandosi di azione determinata da un fine esclusivamente personale e contrastante con i fini istituzionali dell' Ente.

Con l' entrata in vigore della Costituzione ed, in particolare, dell' art. 28 Cost. , insorsero diverse teorie sulla natura della responsabilità della P.A. . Il dettato costituzionale, difatti, prevede che i funzionari ed i dipendenti dello Stato e degli Enti Pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili ed amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti. In tali casi, la responsabilità civile si estende allo Stato ed agli Enti Pubblici.

Secondo la teoria della responsabilità indiretta della P.A. (Casetta), l' art. 28 Cost. ha innovato il sistema preesistente sancendo una responsabilità diretta del dipendente per i fatti illeciti da lui compiuti ed una responsabilità solamente indiretta in capo alla P.A. , non essendo configurabile una duplice responsabilità diretta. Non avendo gli enti capacità di agire, operano per il tramite dei loro dipendenti e, perciò, alla P.A. non si applica la responsabilità diretta di cui all' art. 2043 c.c., bensì quella indiretta per " culpa in eligendo " od " in vigilando " di cui all' art. 2049 c.c..

Secondo l' Alessi , invece, esiste una duplice responsabilità della P.A.: diretta per i danni cagionati dai dipendenti nella esplicazione di funzioni dell' ente ed indiretta se i danni arrecati conseguono a fatti non riconducibili alla attività della amministrazione e, quindi, privi di quei requisiti che consentono la diretta imputazione all' ente stesso e, pertanto, imputabili solo in virtù del principio "ubi comoda ibi incomoda ".

Peraltro, la tesi maggioritaria e prevalente in dottrina (Sandulli,Virga,Quaranta) e giurisprudenza (ex plurimis: Cass. nn° 10803/2000 – 10950/2000 - 14484/2000), è quella della " Responsabilità diretta della P.A. " e dei suoi dipendenti e funzionari. In sostanza, secondo tale impostazione, l' art. 28 Cost. non avrebbe innovato al sistema essendo la responsabilità della P.A. per i danni compiuti dai propri dipendenti rimasta una responsabilità per fatto proprio e, quindi, una responsabilità diretta in base al principio di immedesimazione organica. Tuttavia, la disposizione costituzionale avrebbe aggiunto alla responsabilità diretta della P.A. quella diretta dei funzionari e dipendenti dello Stato e degli enti pubblici autori materiali dell' illecito. La P.A. non è ritenuta responsabile soltanto quando l' illecito commesso da un suo dipendente o funzionario sia stato posto in essere al di fuori della esplicazione della attività amministrativa nelle ipotesi di attività meramente personale ovvero di attività affetta da incompetenza assoluta o di attività dolosamente compiuta in violazione di norme proibitive ovvero se l' illecito è posto in essere da soggetti non annoverabili fra i suoi agenti (vedasi – ad esempio – l' esercizio privato di pubbliche funzioni : ad esempio il notaio).

Ulteriore orientamento (Assini) contesta la configurabilità di una duplice responsabilità diretta come sostenuto dalla tesi dominante. L' art. 28 Cost. avrebbe posto una distinzione per cui la P.A. è direttamente responsabile in forza della immedesimazione organica degli illeciti dei suoi dipendenti, mentre quest' ultimo è parimenti direttamente responsabile ma soltanto a livello processuale (litisconsorzio necessario).

Come è noto, sino alla svolta epocale della sentenza n° 500/1999 della S.C., si negava la risarcibilità degli interessi legittimi sulla scorta di una interpretazione consolidata dell' art. 2043 c.c., secondo la quale soltanto la lesione di diritti soggettivi configurava danno ingiusto (danno " contra ius ") e, di conseguenza, detto danno era ravvisabile esclusivamente nell' ipotesi di violazione di una situazione giuridica soggettiva avente la consistenza di un diritto soggettivo perfetto cagionato "non iure " (in carenza di cause di giustificazione).

Tale assunto veniva fondato dalla Cassazione anche da un punto di vista processuale dovuta al peculiare assetto del sistema di riparto della giurisdizione nei confronti degli atti della P.A. fra G.O. e G.A. , caratterizzato dalla attribuzione ai due giudici di diverse tecniche di tutela (il G.A. conosce degli interessi legittimi e, perciò, può solo annullare l' atto lesivo dell' interesse legittimo, ma non può pronunziare condanna al risarcimento del danno, mentre il G.O. può sì condannare al risarcimento del danno , ma non può conoscere degli interessi legittimi . Ciò nonostante, il dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi era stato progressivamente eroso dalla giurisprudenza e dalla dottrina ispirandosi al principio dell' atipicità dell' illecito (Alpa – Bessone) e mascherando in diritti soggettivi talune figure di interessi legittimi (quelli oppositivi che ex se presentano maggiori affinità con i diritti soggettivi essendo assimilabili a diritti soggettivi affievoliti), così pervenendo, di fatto, all' ampliamento della tutela risarcitoria.

Il chè significava che se un diritto soggettivo perfetto suscettibile di affievolimento degradava ad interesse legittimo oppositivo (ad esempio: il diritto di proprietà del privato per effetto del provvedimento espropriativo dei beni per pubblica utllità)ed il provvedimento in questione veniva annullato dal G.A. in quanto illegittimo, l' annullamento giudiziale ripristinava ex tunc la situazione pregressa di diritto soggettivo.

Ergo: il privato poteva adire il G.O. per il risarcimento dei danni ingiustamente subiti. Lo stesso dicasi se il diritto soggettivo era insorto per effetto di un provvedimento amministrativo ampliativo (autorizzazione, concessione ecc. : cd. Diritti in attesa di espansione). In tal caso, se interveniva un provvedimento caducatorio da parte della P.A. (ad es.: revoca od annullamento del provvedimento ampliativi) – oggetto di impugnativa innanzi al G.A. ed annullato perché illegittimo,

si sarebbe riespanso il diritto soggettivo del singolo con conseguente ammissibilità della sua pretesa risarcitoria.

Rimanevano privi di tutela risarcitoria gli interessi legittimi pretensivi. Caso classico era quello della cd. Aspettativa edilizia quale situazione di chi , proprietario di un fondo, chiede di poter edificare ed attende il rilascio della concessione (oggi permesso di costruire). La sua posizione si qualificava come interesse legittimo pretensivo e permaneva tale anche qualora l' eventuale provvedimento di diniego fosse stato annullato.

Proprio l' irrisarcibilità degli interessi pretesivi aveva indotto a ritenere sussistente un' area di immunità e di privilegio della P.A. non conforme ai tempi e ad ogni più elementare esigenza di giustizia. L' art. 13 della L. n° 142/1992 – di recepimento della direttiva ricorsi – ebbe il merito di introdurre nel nostro ordinamento la prima ipotesi normativizzata di risarcimento da lesione di interessi legittimi anche se la Cassazione la considerava una disposizione di carattere eccezionale: chi avesse subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture avrebbe potuto adire il G.O. ottenendo il risarcimento del danno subito previo annullamento dell' atto lesivo. .

Con la sentenza del 1999, invece, la Cassazione rivede il proprio orientamento,accordando per la prima volta tutela aquiliana agli interessi legittimi. Il postulato è il seguente: se la normativa sulla responsabilità aquiliana assolve la funzione di riparare il danno ingiusto che si profila per violazione di un interesse meritevole di tutela , non assume più alcun rilievo la qualificazione formale della posizione giuridica del danneggiato . Ne deriva che la lesione di un interesse legittimo al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse giuridicamente rilevante può essere fonte di responsabilità aquiliana .

La sentenza interviene a seguito della riforma di cui al D.Leg.vo n° 80/1998 che, ampliando il novero delle materie devolute alla giurisidizione esclusiva del G.A. ha esteso nelle materie dei servizi pubblici, urbanistica ed edilizia (artt. 33 e 34) il potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto (art. 35). A seguito, poi, della sentenza della Consulta n° 292/2000 (successiva – quindi – alla pronunzia della S.C.), il Legislatore, quasi contestualmente alla declaratoria di illegittimità costituzionale per eccesso di delega delle disposizioni succitate, trasfuse gli artt. 33, 34 e 35 nell' art. 7 della L. n° 205/2000 così estendendo all' intera giurisdizione amministrativa il potere risarcitorio del G. A. .

Con la recentissima sentenza della Corte Costituzionale n° 204/2004, è stato dichiarato parzialmente incostituzionale il riparto di giurisdizione delineato dalla L. n° 205/2000 (riparto fondato sulla attribuzione al G.A. di una serie di blocchi di materie a prescindere dalla natura delle situazioni soggettive in esse coinvolte).

In particolare, il Giudice delle leggi ha confermato la vigenza dell' art. 7 della L. n° 205/2000, nella parte in cui sostituisce l' art. 35 del D. Leg.vo n° 80/1998 affermando che " il ***potere riconosciuto al G.A. di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una " nuova " materia attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore , rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo) , da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della P.A.".*** Ma ha,altresì, dichiarato l' illegittimità costituzionale dell' art. 33 , comma 1° , del D. Leg.vo n° 80/1998 come sostituito dall' art. 7 succitato nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A. " tutte le controversie in materia di pubblici servizi ", nonché dell' art. 34 – comma 1° del medesimo decreto legislativo come novellato nel 2000, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisidizione esclusiva del G.A. le controversie aventi per oggetto " gli atti, i provvedimenti e i comportamenti " delle P.A. e dei soggetti alle stesse equiparati, in materia urbanistica ed edilizia.

Il chè significa che seppur è vero che il legislatore può attribuire al G.A. in sede di giurisdizione esclusiva anche la cognizione di diritti soggettivi in determinate materie, contrassegnate dalla presenza di una P.A. che agisce in veste autoritativa e caratterizzate da un intreccio particolarmente stretto fra diritti soggettivi ed interessi legittimi che ne consiglia l' attribuzione ad un unico giudice, è per l' altrettanto vero che è inammissibile l' estensione della giurisdizione esclusiva del G.A. in materie (come quella dei pubblici servizi) individuate a prescindere dalle situazioni soggettive in esse coinvolte , in base all' unico dato oggettivo del normale coinvolgimento in tali controversie di un generico pubblico interesse senza il coinvolgimento della P.A.-Autorità. Questa circostanza non è sufficiente a radicare la giurisdizione del G.A. che, altrimenti, assumerebbe le sembianze di Giudice della P.A. con violazione degli artt. 25 e 102, 2° co. Cost..

Perché possa ravvisarsi la responsabilità aquiliana della P.A. a seguito della condotta illecita dei suoi dipendenti occorre la presenza dei seguenti elementi: una condotta illecita attiva od omissiva, l' evento dannoso, il nesso causale fra condotta ed evento, l' antigiuridicità e l' elemento psicologico.

La condotta lesiva o si integra in un' azione (comportamento materiale del dipendente o compimento di un atto amministrativo illegittimo) ovvero in un' omissione. Per aversi responsabilità della P.A. detta condotta deve essere riferibile alla P.A., cioè deve essere stata compiuta da un dipendente o funzionario della P.A. nell' esercizio delle sue funzioni amministrative. Si ha così un nesso di occasionalità necessaria enucleabile tutte le volte in cui la condotta del dipendente , anche se non legata da un nesso di consequenzialità diretta, si presenti come strutturalmente connessa con l' attività di ufficio.

L' antigiuridicità deve caratterizzare la condotta del dipendente per far sorgere la responsabilità aquiliana in capo alla P.A. , cioè essere contra ius o contra un interesse legittimo qualificato . Il G.A. conosce anche di tutte le questioni relative all' eventuale risarcimento del danno , anche attraverso la reintegrazione in forma specifica , e degli altri diritti patrimoniali consequenziali. Inoltre, la condotta antigiuridica deve essere produttiva di danno quale menomazione della sfera giuridica del privato.

L' elemento psicologico – in passato – veniva negato dal Virga e dalla giurisprudenza che non consideravano applicabili dolo e colpa ai fini della risarcibilità, teoria non condivisa dall' orientamento prevalente (Sandulli) che riteneva necessari dolo o colpa . Per converso, si affermava che, ove si fosse trattato di attività provvedimentale, la colpa era connaturata alla illegittimità dell' atto ("culpa in re ipsa ").

Superando tale orientamento, la giurisprudenza, seguita alla sentenza n° 500/1999 S.U. S.C. , ha affermato, in riferimento alle ipotesi di emanazione di atti o provvedimenti della P.A. , che il Giudice deve effettuare un' indagine estesa alla valutazione della colpa, non del funzionario agente, ma della P.A. come apparato, che sarà configurabile laddove l' adozione e l' esecuzione dell' atto illegittimo (lesivo dell' interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione a cui l' esercizio di detta funzione deve ispirarsi e che il G.O. può valutare , essendo limiti esterni alla discrezionalità.

Stante le difficoltà di verifica dell' elemento soggettivo , il Consiglio di Stato è stato indotto ad avvalersi di una nozione di colpa parametrata alla violazione delle regole d' azione (Cons. Stato, Sez. VI, n° 6281/2001). Con riferimento al dolo da reato, la dottrina nega la riferibilità dell' atto alla P.A., mentre parte della giurisprudenza sostiene che – in ogni caso di illecito compiuto dal dipendente (quindi anche in ipotesi di reato), la P.A. è civilmente responsabile dei danni arrecati ai terzi.

Infine, si esige la ricorrenza del nesso causale . Una condotta può dirsi causa di un evento quando ne costituisce la " condicio sine qua non ", cioè in quanto senza di essa l' evento non si sarebbe verificato e quando l' evento, al momento della condotta, era prevedibile come verosimile conseguenza di essa (cosiddetta causalità adeguata). Sulla base dell' art. 2056, il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.. Ergo: sono risarcibili i soli danni che costituiscano conseguenza diretta ed immediata del fatto illecito. La giurisprudenza, dal canto suo, interpreta tale formula in senso lato, per cui anche i danni mediati indiretti sono risarcibili quando rientrano nella serie delle conseguenze normali del fatto , in virtù di un giudizio di probabile verificazione rapportato all' apprezzamento dell' uomo di ordinaria diligenza (Cass. n° 2009/1997).

Anteriormente alla sentenza del 1999, per le situazioni ritenute risarcibili dal G.O., la giurisprudenza esigeva costantemente la previa proposizione della azione di annullamento dell' atto illegittimo lesivo innanzi al G.A. e subordinava la proposizione della azione risarcitoria all' esito vittorioso del giudizio demolitorio in guisa tale da far riemergere dall' interesse legittimo il diritto soggettivo compresso illegittimamente.

Nella 500/1999, peraltro, la Cassazione ha affermato il principio per cui, rispetto alla azione risarcitoria promossa avanti la giurisdizione ordinaria contro la P.A. per il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo non è ravvisabile la pregiudiziale annullatoria avanti la giurisdizione amministrativa e, perciò, qualora l' illegittimità della azione amministrativa non sia stata preventivamente accertata e dichiarata dal G.A. , il G.O. potrà svolgere siffatto accertamento , costituendo tale illegittimità uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all' art. 2043 c.c..

Tale tesi, tuttavia, non ha fatto breccia nella giurisprudenza amministrativa (investita con la L. n° 205/2000 del compito di risolvere le controversie risarcitorie avverso la P.A. " in tutto il firmamento della giurisdizione amministrativa ") , la quale ha più volte ribadito che nei giudizi risarcitori innanzi al G.A. , il sindacato sulla legittimità dell' atto amministrativo non investe una questione pregiudiziale che l' organo giudicante possa conoscere "incidenter tantum" e senza valore di giudicato; al contrario, costituisce un elemento essenziale del " thema decidendum"; il G.A. , non operando nei suoi confronti il meccanismo proprio del G.O. della disapplicazione dell' atto illegittimo, non può disporre il risarcimento di un danno la cui ingiustizia egli stesso (od, eventualmente, altro Giudice competente) , non abbia previamente accertato.

L' Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n° 4/2003 ha consacrato la permanente operatività della cd. "Pregiudiziale annullatoria "; ribaditane l' esistenza, si vanifica – quindi – il superamento che di essa aveva fatto la Cassazione nel 1999 e tale tesi è stata condivisa , di recente, dalla stessa S.C. nella pronunzia n° 4538/2003 che ha ribaltato l' orientamento seguito nella sentenza n° 500/1999. La Cassazione ha asserito che la mancata rimozione dell' atto amministrativo, finanche illegittimo, impedisce di qualificare come ingiusto il danno patito dal privato. La giurisprudenza ordinaria, ante sentenza n° 500/1999 S.C. , aveva ricondotto la responsabilità della P.A. al modello dell' illecito aquiliano ex art. 2043 c.c. , invocabile in tutti i casi di violazione del generale dovere di " neminem laedere ", tesi condivisa dalla Cassazione nella pronunzia indicata.

Di recente, peraltro, la giurisprudenza amministrativa ha manifestato delle perplessità sulla idoneità del modello aquiliano ai fini della risarcibilità dei danni subiti dal privato. Il Consiglio di Stato (Sez. V n° 4239/2001) ha perciò aderito alla teoria del " contatto " mutuando la figura della responsabilità contrattuale da " contatto sociale

“ di cui alla sentenza della Cassazione n° 589/1999, la quale, nell’ affrontare la questione della responsabilità del medico dipendente da un ente ospedaliero per il danno cagionato ad un paziente a seguito della inesatta esecuzione della prestazione professionale, ha stabilito che il medico risponde a titolo di responsabilità “ contrattuale “ nel caso in cui eseguendo la propria prestazione professionale all’ interno di una struttura ospedaliera e, quindi, non contraendo direttamente con il paziente – entri in contatto conil paziente stesso instaurando in tal modo un rapporto contrattuale.

In sintesi: se la P.A. entra in contatto con un soggetto privato, come a seguito della attivazione di un procedimento amministrativo, si instaura fra le parti un rapporto da cui scaturiscono a carico di ambedue le parti reciproci doveri di correttezza e di buona fede; in particolare, a seguito del contatto procedimentale, tali doveri si traducono a carico del soggetto pubblico, in un preciso onere di diligenza che lo rende garante del corretto sviluppo procedimentale e della sua legittima conclusione a fronte del quale insorge in capo al privato un corrispondente affidamento meritevole di protezione. La violazione di tale onere da parte della P.A. è indice e sintomo della colpa della medesima. La successiva giurisprudenza ha evidenziato che il rapporto che si costituisce fra P.A. e privato integra una ipotesi qualificata di contatto sociale dal cui eventuale scorretto sviluppo deriva a carico dell’ amministrazione una responsabilità contrattuale, condizionata in varia misura dalla effettiva o possibile spettanza all’ interessato di quel bene della vita che risulti non conseguito a causa della illegittima condotta della P.A. (TAR Lombardia – Sez. III – n° 2135/2002).

L’ art. 1337 c.c. mira a tutelare la libertà negoziale dei soggetti in fase di trattative imponendo alle parti di comportarsi secondo buona fede in sede di formazione del contratto. In assenza di una specifica norma contraria, il divieto di agire slealmente codicistico era diretto sia ai privati che alle P.A.. Ciò nonostante per lungo tempo si ritenne che non era mai invocabile la responsabilità precontrattuale della P.A. in quanto essa non poteva compiere atti illeciti nel corso della sua attività e perché l’ indagine del G.O. al fine di accertare la responsabilità, sarebbe divenuto un sindacato giudiziale sulle modalità di esercizio da parte della P.A. dei propri poteri discrezionali.

A seguito di una travagliata evoluzione giurisprudenziale, le S.U. Cass. n° 1675/1961 ammisero per la prima volta che la P.A. rispondesse anche precontrattualmente, asserendo che il compito del giudice di merito non è quello di valutare se il soggetto amministrativo sia stato un corretto amministratore, bensì se sia stato un corretto contraente. Limite di tale pronunzia era quello di ritenere sussistente la “ culpa in contraendo” solo nei casi in cui la P.A. si spogli dei propri poteri pubblicistici ed operi come un qualunque altro soggetto privato (rapporti “ iure privatorum “). Per i contratti ad evidenza pubblica, invece, la giurisprudenza serbava il distinguo per cui la responsabilità poteva essere affermata solo dopo l’

aggiudicazione di una gara , perché esclusivamente in tale ipotesi il privato veniva ad essere considerato titolare di un vero e proprio diritto soggettivo. Nell' altro caso ossia dell' illecito commesso prima della aggiudicazione , la giurisprudenza era divisa fra chi (tesi minoritaria) riteneva anche in tale ipotesi la lesione di un vero e proprio diritto soggettivo del concorrente alla gara e ne faceva discendere la risarcibilità del danno a titolo di responsabilità precontrattuale e chi, invece (tesi dominante), sosteneva diversamente che, sino alla aggiudicazione, il partecipante alla gara fosse titolare esclusivamente di un interesse legittimo alla regolarità del procedimento , dunque di una posizione soggettiva sfornita di tutela risarcitoria .

Le ipotesi di responsabilità precontrattuale della P.A. maggiormente ricorrenti riguardano la materia dei pubblici appalti.

In sede di contrattualistica pubblica , occorre distinguere fra la fase procedimentale (articolata in scelta negoziale ed in scelta del contraente) e la fase negoziale (comprensiva della esecuzione e della gestione del contratto, il sistema dei controlli, del pagamento ed il regime dell' inadempimento delle obbligazioni assunte, della vigilanza, della teorica delle responsabilità civili, penali ed erariali, della tipologia contrattuale quale controllo sulle scelte future). La responsabilità contrattuale insorge a seguito della violazione delle prescrizioni codicistiche in materia negoziale (artt. 1173 e segg. c.c. e 1321 e segg. c.c.) e di quelle scaturenti dalla legislazione speciale, nonché dalla normativa comunitaria. Tuttavia, è evidente che nella materia dei pubblici appalti e della contrattualistica in genere, può prospettarsi qualsivoglia specie di responsabilità.

In un settore ad elevato rischio di collusioni criminali ed inciso da un contenzioso rilevante è un fatto che il potenziamento dei meccanismi direzionali, di vigilanza e di controllo non è da solo comunque sufficiente ad apprestare garanzie adeguate di correttezza e di trasparenza.

L' evidenza pubblica permea l' attività contrattuale della P.A. e fa sì che in tale materia le responsabilità siano spesso parallele e/o concorrenti e/o interferenti seppure derivanti da uno stesso fatto- evento dannoso e/o criminoso (P. Santoro – 2002).

E proprio nel settore della contrattualistica pubblica è emersa con estrema evidenza l' inidoneità del sistema giustiziale nazionale, incapace peraltro di gestire un contenzioso di proporzioni ingenti e soprattutto estremamente difficile. Eppure, se non fosse stato per i continui bacchettamenti e le reiterate sollecitazioni da parte dei Giudici (in primis, quelli amministrativi), non si sarebbero ottenuti neanche quei miglioramenti che, comunque, sono intervenuti nel settore dell' appalto di lavori pubblici, fermo restando che il settore acquisti e forniture di beni e di servizi permane ad alta criticità.

Essendo possibile che su uno stesso fatto materiale si innestino pluralità di illeciti tali da determinare una sorta di cumulo di antigiuridicità , ne consegue inevitabilmente che il pubblico funzionario od amministratore subisce un aggravio considerevole in punto possibili responsabilità. E la sentenza n° 500/1999 della S.C. non ha di certo alleviato il sistema di queste ultime , ma lo ha anzi incrementato . Tutto ciò in perfetta linea con l' estensione dell' area del danno risarcibile in sede civile(danno alla salute, danno biologico, danno esistenziale, danno da perdita di chance, danno da mobbing , danno estetico, danno alla vita di relazione, ecc. ecc.) e coi postulati della Legge n° 205/2000.

La responsabilità oggettiva si integra quando un certo evento dannoso viene posto a carico di un determinato soggetto a prescindere dalla esistenza di dolo o colpa dello stesso. Ciò presuppone una particolare relazione fra un soggetto e l' evento di danno che comporta l' accollo delle relative responsabilità a quella persona fisica oggettivamente (" culpa in vigilando " e " culpa in eligendo "). Le ipotesi codicistiche applicabili ai pubblici dipendenti concernono la responsabilità dei conducenti ex art. 2054 c.c. e la responsabilità dei maestri e precettori per i danni arrecati dai loro discenti di cui all' art. 2048 c.c. (pubblici insegnati che vanno esenti da conseguenze solo se dimostrano di aver fatto tutto il possibile per impedire la verificazione del fatto seppure senza riuscirvi) . In tali casi, risponde l' impiegato in solido con la P.A. . Se la P.A. ha risarcito il danno , potrà rivalersi nei confronti del dipendente in sede di responsabilità amministrativa per danno erariale.

AVV. ROSA FRANCAVIGLIA

MAGISTRATO DELLA CORTE DEI CONTI

DOTT.SSA. ELENA BRANDOLINI

MAGISTRATO DELLA CORTE DEI CONTI

Le agenzie

Il termine agenzia non presenta un carattere univoco sul piano organizzativo, non corrispondendo ad esso un modulo strutturale unitariamente profilato. Per chiarezza di esposizione può procedersi secondo un criterio cronologico. Figure di agenzia sono introdotte nella legislazione italiana dagli inizi degli anni '80, come riflesso (più o meno consapevole) di modelli organizzativi presenti in altri Paesi (Svezia, Stati Uniti e in particolare del Regno Unito, che a partire dagli anni '90 conosce l'esperienza delle Next) e nelle Comunità europee. Fra esse possono ricordarsi: le Agenzie regionali per l'impiego (art. 24 l. 28 febbraio 1987, n. 56, abrogato dall'art. 8, d.legisl. 19 dicembre 2002, n. 297), l'Agenzia spaziale italiana – ASI (art. 1 l. 30 maggio 1988, n. 186, e art. d.legisl. 4 giugno 2007, n. 128), l'Agenzia per la rappresentanza negoziale nelle pubbliche amministrazioni – ARAN (art. 50 d.legisl. 3 febbraio 1993, n. 29, e ora art. 46 d.legisl. n. 165/2001), l'Agenzia per i servizi

sanitari regionali – ASSR (art. 5 d.legisl. 30 giugno 1993, n. 266) e ora Agenzia nazionale per i servizi regionali (art. 2, co. 357, l. n. 244/2007), l'Agenzia per la protezione per l'ambiente – ANPA (d.l. 4 dicembre 1993, n. 496, soppressa dal d.legisl. n. 300/1999), l'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali (art. 76 l. 13 maggio 1997, n. 127, e ora art. 102 d.legisl. 18 agosto 2000, n. 267), l'Agenzia nazionale per la sicurezza del volo (art. 1 d.legisl. 25 febbraio 1999, n. 66) e l'Agenzia nazionale per le erogazioni in agricoltura – AGEA (art. 2 d.legisl. 27 maggio 1999, n. 165). Dette agenzie hanno tratti comuni – personalità giuridica di diritto pubblico e compiti, fondamentalmente, di carattere tecnico- ma da essi non consegue un regime unitario quanto ad organizzazione, rapporti con il Governo, contabilità, personale ecc.). Complessivamente considerate, rientrano nella composita categoria degli enti pubblici strumentali, non economici.

Il d.legisl. n. 300/1999 agli artt. 8 e 9 detta una disciplina generale dell'agenzia, declinata nelle singole figure previste dallo stesso decreto (e dal coevo n. 303), e al contempo consente all'art. 10 una disciplina derogatoria per le agenzie fiscali, che vengono normate agli artt. 57- 72, mentre non si occupa delle agenzie costituite in precedenza, che restano disciplinate dalle rispettive normative. Secondo la disciplina generale (o 'modello generale') l'agenzia, assume una connotazione precisa, presentandosi come una struttura destinata a svolgere attività <<a carattere tecnico-operativo di interesse nazionale>> e ad operare <<al servizio delle amministrazioni pubbliche, comprese quelle regionali e locali>>. In quanto chiamata a svolgere attività <<in atto esercitate da ministeri e enti pubblici>>, e coerentemente con la delega (art. 12, co. 1, lett. g, l. n. 59/1997), essa costituisce una modalità di riordino su base funzionale delle strutture centrali.

Dalla cifra funzionale è fatto discendere un peculiare assetto strutturale, in forza del principio di corrispondenza fra tipo di funzioni e forme organizzative. L'agenzia non è fornita di personalità giuridica, è sottoposta ai poteri di indirizzo e controllo del ministro di riferimento, ma gode di <<piena>> autonomia, che viene precisata con riguardo all'organizzazione, al bilancio, alla contabilità e al personale. In particolare l'ordinamento di ciascuna agenzia è retto da uno statuto emanato con regolamento governativo e da regolamenti interni adottati dall'agenzia e approvati dal ministro, e i rapporti con l'autorità di Governo sono definiti da apposita convenzione, da stipularsi fra il ministro e il direttore generale dell'agenzia, in cui sono specificati gli obiettivi affidati, i risultati attesi, i finanziamenti messi a disposizione e le modalità di verifica dell'attività.

L'agenzia dispone di organi di gestione (direttore generale, nominato secondo le modalità previste per i capi dei dipartimenti, e comitato direttivo che lo coadiuva) e di controllo interno (collegio dei revisori e organo preposto al controllo di gestione). In sintesi l'agenzia si presenta come struttura dell'amministrazione statale specificamente connotata sul piano funzionale e conseguentemente strutturale, che non entra a far parte dell'organizzazione ministeriale (cfr. art. 2, co. 2, e art. 3, co. 1,

d.legisl. n. 300), ma che ad essa strettamente si collega attraverso il ministro di riferimento.

Al modello generale degli artt. 8 e 9 d.legisl. n. 300 si rifanno, con talune varianti (natura dei compiti, personalità giuridica ecc.), 8 agenzie previste dallo stesso decreto e da quello n. 303, delle quali è attualmente operativa solo l'Agenzia industria e difesa – AID (art. 22, fornita di personalità giuridica), per le altre essendo stata disposta o l'abrogazione della norma istitutiva (artt. 31 e 32 relativi all'Agenzia per le normative e i controlli tecnici e all'Agenzia per la proprietà industriale, da parte del d.legisl. n. 34/2004; artt. 79-81 relativi all'Agenzia per la protezione civile, da parte del d.l. n. 343/2001; art. 10, co. 7-9, d.legisl. n. 303, relativo all'Agenzia per il servizio civile, da parte della l. 16 gennaio 2003, n. 3) o la trasformazione in altro organismo (Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici nazionali, disciplinata dagli artt. 38 s., da parte dell'art. 28 d.l. n. 112/2008) oppure nei regolamenti organizzativi dei ministeri di riferimento non essendosi provveduto alla loro costituzione e le loro funzioni risultando assegnate ad altri uffici (Agenzia dei trasporti terrestri e delle infrastrutture e Agenzia per la formazione e l'istruzione professionale di cui agli artt. 44 e 88).

Come consentito dall'art. 10 del d.legisl. n. 300, le quattro agenzie fiscali (delle entrate, delle dogane, del territorio, del demanio) sono sottoposte ad un regime derogatorio e sono rette da una disciplina comune, e ciascuna da norme specifiche (artt. 57-72). Al di là dei singoli profili derogatori (a partire dalla personalità giuridica di diritto pubblico e dalla natura delle attività esercitate), la loro previsione, assai più di quella delle agenzie del modello generale, rinvia a schemi 'non ministeriali' di organizzazione dell'amministrazione statale: essendo esse istituite <<per la gestione delle funzioni esercitate dai dipartimenti ... e di quelle connesse svolte da altri uffici del ministero>> (art. 57, co. 1), risultano destinate ad assorbire la generalità dei compiti gestionali in precedenza svolti dal ministero, realizzando al contempo una radicale distinzione sul piano organizzativo fra funzioni di indirizzo e controllo (in capo al Ministero) e gestione (in capo alle agenzie). Il d.legisl. 3 luglio 2003, n. 273 ha apportato variazioni al loro regime giuridico, in particolare trasformando quella del demanio in ente pubblico economico.

Successivamente ai d. legisl. nn. 300 e 303 il legislatore ha introdotto altre figure di agenzie.

Senza pretesa di completezza si ricordano anzitutto quelle nei cui atti istitutivi manca un riferimento alla disciplina generale degli artt. 8 e 9: l'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale-onlus (d.P.C. 26 settembre 2000, 21 marzo 2001, n. 329), l'Agenzia fiscale (art. 40 d.l. 1 ottobre 2007, n. 159), l'Agenzia nazionale per la sicurezza alimentare (art. 2, co. 356, l. n. 244/2007), l'Agenzia per la formazione dei dirigenti e dei dipendenti dell'amministrazione - Scuola nazionale della pubblica amministrazione (come trasformazione della Scuola superiore della

pubblica amministrazione da parte dell'art. 1, co. 580 s., l. n. 296/2006, peraltro abrogato dall'art. 26, co. 3, d.l. n. 112/2008) e l'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca – ANVUR (art. 2, co. 138 ss., d.l. n. 262/2006), le ultime due provviste di personalità giuridica di diritto pubblico.

Viceversa, per l'Agenzia italiana per il farmaco – AIF (art. 48 d.l. 30 settembre 2003, n. 269), l'Agenzia nazionale per i giovani (art. 5 d.l. 27 dicembre 2006, n. 297), l'Agenzia nazionale per lo sviluppo dell'autonomia scolastica (art. 1, co. 610, l. n. 296/2006) e per l'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie (art. 4 d.legisl. 10 agosto 2007, n. 162) è presente il riferimento agli artt. 8 e 9, ma non mancano peculiarità: la personalità giuridica (Agenzia italiana per il farmaco, Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie), la natura dei compiti (ad es., nel caso dell'Agenzia nazionale per i giovani, l'attuazione del programma comunitario <<Gioventù in azione>>), l'organizzazione (ad es., nel caso dell'Agenzia italiana per il farmaco un minor tasso di autonomia). Traendo le fila da quanto si è richiamato può dirsi che sotto l'etichetta 'agenzia' convivono varie entità: alcune, non fanno riferimento al modello degli artt. 8 e 9 del d.legisl. n. 300, altre che si rifanno a tale modello, ma in termini 'più o meno fedeli' quanto ad assenza di personalità giuridica, tipo di attività o organizzazione, altre ancora (le agenzie fiscali) si pongono in dichiarata deroga rispetto allo stesso modello (specie in rapporto alla personalità giuridica e al tipo di compiti).

Un comune denominatore non è rintracciabile né in dati formali (l'assenza della personalità giuridica in particolare) né in dati sostanziali (il carattere tecnico-operativo dell'attività). Quanto basta per escludere che sia configurabile una categoria giuridica unitaria dell'agenzia.

- Cassa depositi e prestiti: è stata trasformata in s.p.a. dall'art. 5 del d.l. n. 269/2003. Per effetto dell'art. 1, co. 79 della l. n. 266/2005 ha incorporato Infrastrutture S.p.a.

Altre vicende hanno interessato le seguenti amministrazioni autonome:

- Scuola superiore della pubblica amministrazione: è stata riordinata dall'art. 1 del d.legisl. 30 luglio 1999, n. 287, come <<istituzione di alta cultura e formazione ... dotata di autonomia organizzativa e contabile>> nell'ambito della Presidenza del Consiglio. L'art. 24, co. 1, della l. 18 giugno 2009, n. 69, ne ha previsto un ulteriore riordino (dopo la mancata trasformazione in agenzia) (v. supra4.1.);

- Scuola superiore dell'economia e delle finanze: nell'ambito dell'omonimo ministero (art. 4 d.P.R. n. 43/2008) presenta configurazione analoga a quella della precedente in base al d.m. 28 settembre 2001, n. 301, assunto ai sensi dell'art. 8 del d.legisl. 287/1999;

- Istituzioni scolastiche: la l. n. 59/1997 all'art. 21, ha previsto la loro autonomia e l'estensione della personalità giuridica agli istituti scolastici in precedenza privi, man

mano che fossero raggiunti i requisiti dimensionali da fissarsi con regolamento (v. d.P.R. 18 giugno 1998, n. 233, 8 marzo 1999, n. 275).

- Organismi nell'ambito del Ministero per i beni e le attività culturali: l'art. 15 del d.P.R. n. 233/2007, ha confermato la condizione di autonomia per una serie di <<Istituti centrali, nazionali e dotati di autonomia speciale>>, arricchendone il numero.

Agenzie fiscali

di Valeria Nucera - Diritto on line (2014)

Viene illustrata l'istituzione delle Agenzie fiscali nel quadro della riorganizzazione dell'Amministrazione finanziaria di cui al d.lgs. n. 300/1999, approfondendone la natura ed i profili organizzativi e funzionali nonché le conseguenze, soprattutto di ordine processuale, connesse alla loro entrata in funzione.

1. Le Agenzie fiscali nell'assetto organizzativo dell'Amministrazione finanziaria

Il d.lgs. 30.7.1999, n. 300 ha realizzato un complessivo riordino dell'Amministrazione finanziaria, con l'obiettivo di modernizzarla, superando le disfunzioni da tempo avvertite (cfr. Gallo, F., Come riorganizzare l'amministrazione finanziaria per la lotta all'evasione e l'assistenza ai contribuenti?, in Rass. trib., 1995, 885 ss.; Id., La modernizzazione dell'Amministrazione Finanziaria e le politiche di controllo e di accertamento, in Rass. trib., 1997, 685 ss.; La Rosa, S., Considerazioni sulla proposta di una «agenzia» per l'accertamento e sull'efficienza dell'amministrazione finanziaria, in Rass. trib., ivi, 1995, 2019 ss.; Lupi, R., L'agenzia delle entrate tra legalità e flessibilità, in Rass. trib., 1999, 1435 ss.; Id., La disciplina delle entrate, in Tratt. Cassese, Diritto amministrativo speciale, III, Milano, 2000, 1969 ss.).

La necessità di un simile rinnovamento si era posta già in occasione della riforma tributaria del 1973, nella consapevolezza che le novità introdotte esigevano un adeguamento dell'apparato chiamato a gestirle, per renderlo idoneo ad assolvere i nuovi compiti previsti dalla legge (Cassese, S., Il sistema amministrativo italiano, Bologna, 1983, 208).

All'epoca, però, non si pose mano all'assetto amministrativo, che rimase pressoché immutato per tutto il ventennio successivo. Il primo passo in senso riformista fu compiuto con la l. 29.10.1991, n. 358 che delineò un modello organizzativo di tipo piramidale, in cui gli uffici venivano articolati per funzioni. Tutta la struttura faceva capo al Ministero delle finanze, presso cui erano incardinati tre Dipartimenti di livello centrale, distinti in ragione della diversità di materia trattata (Dipartimento del territorio; Dipartimento delle dogane; Dipartimento delle entrate), che sovrintendevano alla gestione del sistema. In posizione decentrata, venivano istituite le Direzioni regionali delle entrate (afferenti al Dipartimento delle entrate) e le Direzioni compartimentali (afferenti agli altri due Dipartimenti), con competenza territoriale corrispondente alla circoscrizione regionale. Al livello periferico, s'introducevano gli uffici unici delle entrate (che sostituivano i precedenti uffici delle imposte dirette, dell'IVA e del registro) e gli uffici unici del territorio (che sostituivano i precedenti uffici tecnici erariali e le conservatorie).

Benché si trattasse di un disegno organico di riordino, teso a rendere più funzionale l'Amministrazione finanziaria, anche in considerazione della crescente importanza acquisita dalla questione fiscale e dalla lotta all'evasione, la l. n. 358/1991 non conseguì gli obiettivi attesi, complice la lentezza che caratterizzò la sua attuazione.

Per questa ragione, a soli sei anni di distanza, il legislatore ha previsto un nuovo intervento – questa volta nell'ambito di una riforma più ampia, relativa a tutta l'Amministrazione centrale – delineato nella l. delega 15.3.1997, n. 59 ed attuato con il d.lgs. n. 300/1999.

La novella ha segnato l'abbandono del tradizionale «modello ministeriale», fortemente burocratizzato e basato su uno stretto legame tra Ministero e struttura amministrativa, a favore di un modello incentrato sulla separazione tra politica e gestione amministrativa (cfr. D'Auria, G., La nuova geografia dei Ministeri, in Giorn. dir. amm., 2000, 17 ss.; Lupi, R., La riorganizzazione del Ministero delle finanze, ibidem, 25 ss.).

Il nuovo assetto dell'Amministrazione finanziaria prevede ora, da un lato, strutture al servizio diretto del Ministro-responsabile politico, con compiti di formulazione, sperimentazione e controllo delle politiche pubbliche; dall'altra, strutture molto professionalizzate, le Agenzie fiscali, con funzioni di tipo gestionale.

L'apparato viene complessivamente snellito, perché il Ministero delle finanze è accorpato a quello del tesoro e spogliato dei compiti di amministrazione attiva, demandati alle Agenzie fiscali. Queste, dal canto loro, sono disegnate come organismi tecnici specializzati, dotati di un elevato grado di autonomia e perciò più flessibili dei pregressi Dipartimenti di cui prendono il posto (cfr. Fiorentino, L.-Stancanelli, A., Le agenzie fiscali (articoli 57, 71-74), in Pajno, A.–Torchia, L., a

cura di, La Riforma del Governo. Commento ai decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione della presidenza del consiglio e dei ministeri, 2000, Bologna , 401 ss.; Stancanelli, A., Il Ministero delle finanze verso l'unificazione con il ministero del tesoro (articoli 56, 58-60), ibidem, 395 ss.).

Alla base di tale ristrutturazione v'è l'intento di potenziare l'efficienza della gestione amministrativa, passando da una logica di tipo burocratico ad una visione di stampo imprenditoriale, orientata alla semplificazione e al perseguimento di obiettivi di performance.

Non si tratta di una sorta di privatizzazione di funzioni pubbliche, ma di una nuova cultura gestionale e, con essa, di nuove forme di attuazione dei servizi di riferimento: le Agenzie fiscali sono pur sempre soggetti pubblici, anche se possono funzionare secondo regole organizzative più elastiche, tipiche del settore privato.

La riforma si svolge in parallelo al più generale processo di trasformazione dell'Amministrazione pubblica tout court, ma si sviluppa nel segno dell'autonomia di disciplina, in considerazione della specialità dell'Amministrazione finanziaria e del settore da essa «amministrato».

2. Inquadramento giuridico

2.1 Le deroghe al modello «agenzia»

Sebbene il modulo organizzativo «agenzia» fosse conosciuto in Italia già alla fine degli anni '80 del secolo scorso (cfr. Arena, G., Agenzia amministrativa, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1998, 1 ss.; Bassi, N., Agenzie nazionali edeuropee, in Enc.dir., Annali 2, II, Milano, 2008, 41 ss.; Soricelli, G., Le agenzie amministrative nel quadro dell'organizzazione dei pubblici poteri, Napoli, 2002; Vesperini, G., Le agenzie (articoli 8-10), in Pajno, A.–Torchia, L., a cura di, La Riforma, cit., 149 ss.), è il d.lgs. n. 300/1999 a dettarne, per la prima volta, una disciplina generale (artt. 8-10).

Non si tratta ancora, tuttavia, di un regime giuridico uniforme, sia perché sopravvivono le agenzie precedenti alla riforma, che restano soggette alle proprie normative particolari, sia perché lo stesso d.lgs. n. 300/1999 riconosce carattere speciale alle Agenzie fiscali, prevedendo per esse disposizioni ad hoc (Casini, L., Le agenzie amministrative, in Riv. trim. dir. pubbl., 2003, 393 ss.; Cipolla, G.M., Agenzie fiscali, in Dig. comm., Agg., III, Torino, 2007, 25 ss.; Merloni, F., Il nuovo modello di Agenzia nella riforma dei ministeri, in Dir. pubbl., 1999, 717 ss.).

L'art. 10 del menzionato Decreto, infatti, dispone che quest'ultime sono disciplinate dagli artt. 56 e ss. «anche in deroga agli articoli 8 e 9», ossia alle norme generali applicabili alle altre agenzie.

La medesima fonte legislativa, dunque, delinea un modello «ordinario» di agenzia, con regole comuni (artt. 8-9), e un modello «in deroga», valido solo per le Agenzie fiscali (artt. 56-72).

I tratti di differenziazione si apprezzano, innanzitutto, sul piano delle caratteristiche generali: mentre le agenzie sono definite come strutture di primo livello dell'organizzazione ministeriale (art. 12), al servizio di amministrazioni pubbliche, comprese quelle locali, considerabili quali uffici dirigenziali dotati di maggiore autonomia, le Agenzie fiscali sono soggetti con personalità giuridica di diritto pubblico (art. 61, co. 1), formalmente distinti dal Ministero. Ad esse sono demandate funzioni non solo di tipo tecnico-operativo, come accade per le altre agenzie, ma anche autoritative, con conseguente titolarità dei rapporti giuridici, poteri e competenze.

A ciò si aggiungono le specifiche disposizioni derogatorie previste per questi soggetti in materia di autonomia patrimoniale e di bilancio, statutaria, di personale e di rapporti con il Ministero. Quanto al primo profilo, l'art. 70, co. 1, prevede che il finanziamento delle Agenzie fiscali derivi, oltre che dai trasferimenti statali, come per le altre agenzie (art. 9, co. 4), anche dai corrispettivi per i servizi resi a soggetti pubblici o privati, nonché da altri proventi patrimoniali e di gestione. Le Agenzie fiscali, infatti, diversamente dalle altre, possono presentarsi sul mercato per erogare prestazioni a titolo oneroso e reperire così risorse proprie. La l. 23.12.2005, n. 266 ha rafforzato questa autonomia patrimoniale, stabilendo che esse provvedano all'autofinanziamento.

Altrettanto ampia è la loro autonomia di bilancio: mentre le agenzie possono esercitarla nei limiti del fondo stanziato in un'apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministero competente (art. 8, co. 4, lett. f), le Agenzie fiscali non soggiacciono a tale restrizione e, tra l'altro, redigono un bilancio proprio, che non confluisce in quello dell'amministrazione centrale.

Ulteriore profilo derogatorio è poi rappresentato dalla modalità di approvazione degli statuti.

Quelli delle agenzie «ordinarie» sono emanati con apposito regolamento governativo, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei ministri competenti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, e devono uniformarsi ai principi di cui all'art. 8, co. 4, d.lgs. n. 300/1999. Di contro, gli statuti delle Agenzie fiscali sono deliberati dai rispettivi comitati di gestione e sottoposti solo all'approvazione del Ministero dell'economia e finanze (art. 60, co. 2).

Anche sul piano della disciplina del personale, la posizione delle Agenzie fiscali è sui generis, perché per esse è contemplato un comparto di contrattazione ad hoc (art. 71, co. 1), distinto dal comparto ministeri, e l'emanazione di un regolamento apposito per garantire l'indipendenza e l'autonomia del personale (cfr., al riguardo, d.P.R. 16.1.2002, n. 18). Infine, il più intenso legame tra Agenzie fiscali e Ministero, ravvisabile tra l'altro nella possibilità di nominare un commissario straordinario, in sostituzione del Direttore, nei casi di risultati negativi della gestione o di gravi inosservanze agli obblighi di cui alla convenzione, contribuisce a distanziare tali

Agenzie dalle altre (art. 69). Per quest'ultime, infatti, nei casi indicati, si procede applicando al Direttore le disposizioni sulla responsabilità amministrativa dei dirigenti delle amministrazioni statali (d.lgs. 30.3.2001, n. 165). Dal complesso di deroghe fin qui descritte, che peraltro non esauriscono tutte quelle ravvisabili in base al dato normativo, si possono trarre due conclusioni: da un lato, che le Agenzie fiscali hanno carattere speciale e presentano una più marcata autonomia rispetto alle altre agenzie; dall'altro, che esse si collocano al di fuori del modello di agenzia creato dal d.lgs. n. 300/1999, con la conseguenza che la loro natura giuridica dev'essere ricostruita autonomamente, in base alle sole previsioni ad esse dedicate.

2.2 La natura giuridica

L'individuazione della natura delle Agenzie fiscali è questione controversa e condizionante. È controversa perché non vi sono indicazioni normative univoche sul punto, il che ha favorito l'emergere di differenti posizioni, soprattutto in dottrina. È condizionante perché, a seconda di come venga risolta, discendono conseguenze diverse sul piano sostanziale e processuale, come si vedrà nel proseguo.

Il punto nodale che occorre sciogliere è se questi soggetti siano ancora parte dell'Amministrazione statale, inquadrabili come organi del Ministero delle finanze, oppure si collochino in posizione di autonomia, rientrando nella (macro) categoria dell'ente pubblico. Si è consapevoli che possa apparire riduttivo qualificare le Agenzie fiscali partendo dalla «apriorististica contrapposizione tra enti pubblici e amministrazioni statali», atteso il recente processo di disaggregazione dell'organizzazione statale e la difficoltà di individuare una nozione unitaria di ente pubblico (cfr. Tabet, G., Spunti critici sulla natura delle Agenzie fiscali e sulla loro equiparazione alle Amministrazioni dello Stato, in Rass. trib., 2002, 817 ss.).

Tuttavia, si è dell'idea che quella contrapposizione continui a mantenere la sua valenza giuridica, ove si consideri che essa segna il discrimen per stabilire il regime applicabile ai soggetti coinvolti.

Provando a razionalizzare gli elementi giuridici a disposizione, la qualifica delle Agenzie fiscali come enti pubblici autonomi rispetto al Ministero sembra l'opzione da preferire. Depongono in tal senso la diversa posizione che la riforma assegna loro rispetto alle altre agenzie ivi previste (cfr. supra, § 2.1), l'ampia autonomia organizzativa che le caratterizza e, soprattutto, l'esplicito riconoscimento della personalità giuridica, che costituisce elemento di rottura del collegamento giuridico con l'apparato statale e, al contempo, tratto distintivo dell'ente pubblico (Cons. St., 28.6.2012, n. 3820).

È pur vero che può attribuirsi personalità giuridica anche ad un organo dell'amministrazione statale (Rossi, G., Enti pubblici, Bologna, 1991, 206), ma ciò implica che gli effetti giuridici dei relativi atti/attività si imputino, in tutto o in parte, anche all'amministrazione di riferimento.

Tale circostanza va esclusa nella fattispecie in esame, ove solo si consideri il tipo di trasferimento effettuato a favore delle Agenzie fiscali.

Ad esse è attribuita l'intera funzione di amministrazione relativa alle entrate, dogane, territorio e demanio, che quindi non può più essere riconosciuta, quanto alla titolarità, al Ministero e, quanto alla gestione, al Dipartimento. Detta funzione viene definitivamente sottratta alla struttura ministeriale, che non conserva nemmeno poteri sostitutivi o concorrenti in caso di inerzia delle Agenzie, né di autorizzazione preventiva o di ratifica successiva. Di contro, al Ministero sono state attribuite altre e diverse funzioni, a loro volta esclusive ed espressamente codificate (Nucera, V., Agenzie fiscali e processo tributario, in Rass. trib., 2003, 1562-1563; in giurisprudenza, cfr. Cons. St., 5.4.2006, n. 1789).

Sul piano positivo, il rilievo è confortato dalle norme che espressamente assegnano alle Agenzie fiscali la titolarità dei rapporti giuridici, poteri e competenze connesse con le funzioni attribuite (art. 57, d.lgs. n. 300/1999), fenomeno questo che mal si concilia con l'idea di una relazione organica tra i due enti, tale per cui l'attività dell'uno si imputa giuridicamente all'altro (Cass., S.U., 14.2.2006, n. 3116; Cass., S.U., 29.10.2007, n. 22641).

Con riferimento alle entrate fiscali, ciò porta a concludere che la potestà impositiva spetti, oggi, all'Agenzia delle Entrate, chiamata a svolgere, in luogo della precedente struttura ministeriale, l'intera sequenza delle attività concernenti l'attuazione dei tributi – dalla fase istruttoria a quella contenziosa – con il corredo dei poteri che vi si collegano (art. 62, d.lgs. n. 300/1999).

Il Ministero, per converso, rimane del tutto estraneo alla gestione del rapporto, pur essendo titolare dell'obbligazione d'imposta e, quindi, del relativo credito, come dimostrato dal fatto che le entrate acquisitive affluiscono al bilancio dello Stato, senza transitare in quello dell'Agenzia.

La scissione tra titolarità e gestione dell'obbligazione tributaria non deve stupire, essendo già presenti nel nostro ordinamento ipotesi di attribuzione a soggetti autonomi di potestà o funzioni prima spettanti allo Stato, che rimane titolare della posizione giuridica di diritto sostanziale (si pensi all'attività di riscossione esercitata mediante concessionari).

La posizione di terzietà delle Agenzie rispetto al Ministero deriva, poi, dal fatto che l'art. 70, d.lgs. n. 300/1999 prevede per esse la facoltà (e non invece l'obbligo) di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura di Stato ai sensi dell'art. 43, R.d.

30.10.1933, n. 1611, che è appunto norma sulla rappresentanza in giudizio degli enti pubblici diversi dalle amministrazioni statali.

Nella stessa prospettiva, si aggiunga che Agenzie fiscali e Ministero delle finanze possono stipulare la convenzione di programma e promuovere la partecipazione a (o la costituzione di) società e consorzi aventi ad oggetto la prestazione di servizi strumentali alle rispettive funzioni pubbliche (art. 59, co. 2, 3 e 5, d.lgs. n. 300/1999): il che presuppone, a monte, non solo la soggettività giuridica, ma anche l'autonomia delle Agenzie medesime, non essendo ipotizzabile che il Ministero stipuli convenzioni o costituisca società o consorzi con se stesso. Tirando le fila del discorso, si può concludere allora che la riforma abbia introdotto una figura soggettiva nuova, distinta e non incardinata nell'apparato ministeriale, benché ad essa collegata, il cui riferimento concettuale è offerto dalla categoria degli enti pubblici (Cons. St., 7.3.2013, n. 1405). Del resto, non è privo di significato che, con riguardo all'Agenzia del Demanio, sia lo stesso d.lgs. n. 300/1999 a parlare di ente pubblico economico, qualificazione questa che, sebbene volta a specificare il carattere economico dell'Agenzia indicata, indirettamente conferma la natura di ente pubblico anche di tutte le altre (Cass., 26.10.2006, n. 23005).

3. Articolazione e organizzazione

Il Capo II del d.lgs. n. 300/1999 costituisce la normativa quadro delle Agenzie fiscali: la Sezione I di detto Capo le istituisce e regola i loro rapporti con il Ministero; la Sezione II ne delinea l'organizzazione, le attribuzioni ed i principi di funzionamento.

Alla disciplina primaria si aggiungono, in posizione subordinata, gli statuti di ciascuna Agenzia, che specificano i fini istituzionali, le competenze degli organi ed i rapporti tra gli stessi; i regolamenti di contabilità, che si conformano, nel rispetto delle disposizioni generali in materia di contabilità pubblica, ai criteri civilistici; i regolamenti di amministrazione, che si occupano principalmente del personale e dell'articolazione centrale e periferica.

Il quadro delle fonti è completato dalle convenzioni triennali stipulate tra il Ministero ed il Direttore di ciascuna Agenzia fiscale, che stabiliscono, tra l'altro, gli obiettivi da raggiungere, le direttive ed i vincoli, le strategie, le risorse disponibili e le modalità di verifica dei risultati di gestione.

Nella impostazione originaria, la riforma prevedeva quattro Agenzie fiscali (Agenzia delle Entrate, delle Dogane, del Territorio e del Demanio), tutte con personalità giuridica di diritto pubblico, aventi natura non economica.

L'evoluzione successiva al 1999 ha in parte modificato tale impianto, prevedendo, da un lato, la trasformazione dell'Agenzia del Demanio in ente pubblico economico (art. 1, d.lgs. 3.7.2003, n. 173), dall'altro, l'incorporazione, a decorrere dal 1.12.2012, dell'Agenzia del Territorio in quella delle Entrate e l'incorporazione dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) nell'Agenzia delle

Dogane, che assume la nuova denominazione di Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (art. 23 quater, d.l. 6.7.2012, n. 95, conv. in l. 7.8. 2012, n. 135).

Entrambe le novità hanno inciso su profili generali, quali la denominazione, il numero e la distribuzione delle competenze degli enti in questione.In particolare, il primo intervento ha impresso carattere imprenditoriale all'Agenzia del Demanio, che adesso persegue i propri obiettivi con modalità organizzative e strumenti operativi di tipo privatistico, adottando criteri di economicità e di creazione di valore economico nella gestione del patrimonio immobiliare dello Stato.

Il secondo ha eliminato formalmente l'Agenzia del Territorio, oltre che l'AAMS, con conseguente ampliamento della struttura e delle attribuzioni dell'Agenzia delle Entrate e delle Dogane, giacché esse acquisiscono le funzioni degli enti incorporati, con le relative risorse umane, finanziarie e strumentali, compresi i rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, senza alcuna procedura di liquidazione, neppure giudiziale.

I tratti distintivi delle Agenzie fiscali sono rimasti, per il resto, quelli originari: si tratta di enti pubblici con propria autonomia statutaria, regolamentare, amministrativa, patrimoniale e contabile, che operano secondo principi di legalità, imparzialità e trasparenza e in base a criteri di efficienza, economicità ed efficacia nel perseguimento dei loro obiettivi (art. 61, d.lgs. n. 300/1999).

Ad esse sono demandate le funzioni un tempo esercitate dai Dipartimenti delle Entrate, delle Dogane, del Territorio e da altri uffici del Ministero, inoltre, le regioni e gli enti locali possono affidare loro la gestione delle proprie funzioni, definendone i limiti in apposite convenzioni (art. 57).

Mediante convenzione sono regolati anche i rapporti tra Agenzie fiscali e Ministero delle finanze: quest'atto negoziale è la conclusione di un procedimento a cascata, che vede nel documento di programmazione economico finanziaria le prime specificazioni degli obiettivi e dei vincoli della gestione; nel documento di indirizzo del Ministero, le linee guida, la determinazione delle grandezze finanziarie e dello scenario di politica fiscale, destinato a divenire esecutivo, per la gestione, con le singole convenzioni (sul loro significato, sia pur incidentalmente, C. cost., 28.7.2004, n. 288; si precisa che i rapporti tra Agenzia del Demanio e Ministero sono regolati da un contratto di servizio).

Accanto allo strumento convenzionale, nel quale si esprime il potere di indirizzo del Ministero, il rapporto con le Agenzie si sviluppa anche sul piano dell'attività di controllo. Questa viene esercitata essenzialmente sui risultati di gestione, pur nel rispetto dell'autonomia riconosciuta agli enti in discorso. A tale riguardo, si rammenta che il Ministero può nominare un commissario straordinario, in sostituzione del direttore, nei casi di risultati negativi della gestione o di gravi inosservanze agli obblighi di cui alla convenzione.

Quanto agli atti delle Agenzie, non è previsto un controllo ministeriale preventivo; solo le deliberazioni del Comitato di gestione relative agli statuti, ai regolamenti e agli atti di carattere generale sul funzionamento delle Agenzie medesime, sono trasmessi al Ministro, il quale può chiedere di sospenderne l'efficacia, sollecitando una nuova deliberazione (sui rapporti tra Agenzie fiscali e Ministero, si veda Stancanelli, A., Il Ministero, cit., 398 ss.).

Passando al profilo dell'assetto interno, gli organi delle Agenzie fiscali sono tre:

il Direttore generale che rappresenta e dirige l'Agenzia, emana gli atti che non siano attribuiti ad altri organi e sottopone alla valutazione del Comitato di gestione le scelte strategiche aziendali e le nomine dei dirigenti responsabili delle strutture al vertice centrale e periferico;

il Comitato di gestione (prima, Comitato direttivo) che delibera lo Statuto, i regolamenti e gli altri atti generali sul funzionamento dell'Agenzia, i bilanci di previsione e di rendicontazione, i piani aziendali e le spese. È composto da quattro membri più il Direttore e, solo per l'Agenzia delle Entrate, è integrato da due membri nominati su designazione della Conferenza Stato-città ed autonomie;

il Collegio dei revisori che esercita il controllo sull'amministrazione dell'Agenzia, sul rispetto della legge e dello Statuto, sulla tenuta della contabilità, sulla rispondenza del bilancio alle scritture contabili. È composto dal presidente, due membri effettivi e due supplenti iscritti nel registro dei revisori contabili.

Ciascuna Agenzia si articola, infine, in strutture centrali e periferiche, secondo una logica che si conforma alle esigenze della conduzione aziendale, favorendo il decentramento delle responsabilità operative e la semplificazione dei rapporti con i cittadini.

4. Attribuzioni

Le attribuzioni delle Agenzie fiscali sono indicate negli artt. 62-65, d.lgs. n. 300/1999 e specificate nei rispettivi statuti e atti interni.

L'Agenzia delle entrate si occupa della gestione amministrativa e operativa della fiscalità, svolgendo funzione di accertamento e riscossione dei tributi diretti e indiretti, nonché di ogni diritto o entrata precedentemente di competenza del Dipartimento delle entrate e curandone il relativo contenzioso. Il suo fine istituzionale è quello di perseguire il massimo grado di adempimento degli obblighi tributari e, per questo, presta assistenza ai contribuenti, cura le relazioni con essi, predispone controlli diretti a contrastare l'evasione fiscale.

Essa, inoltre, supporta l'attività del Ministero, delle altre Agenzie fiscali e degli enti e organi che esercitano funzioni in settori della fiscalità erariale e collabora con il sistema delle autonomie locali per la realizzazione del federalismo fiscale, potendo fornire servizi alle Regioni e agli altri enti locali per la gestione dei rispettivi tributi, stipulando convenzioni per la liquidazione, accertamento, riscossione e relativo contenzioso.

Particolarmente significativa è l'attività interpretativa, esplicata attraverso circolari che impartiscono indirizzi agli uffici per la corretta applicazione della legge, pur non vincolando i giudici ed i contribuenti (Cass., S.U., 2.11.2007, n. 23031).

La potestà normativa è espressamente riservata al Ministero, sebbene non possa tacersi la crescente tendenza del legislatore a demandare a «provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate» l'attuazione e talora l'integrazione delle fonti primarie. Ancorché aventi forma amministrativa, tali provvedimenti presentano contenuto ed efficacia precettiva, alla stregua degli atti normativi (secondari), nel cui novero andrebbero inclusi, quantomeno sul piano sostanziale (cfr., in argomento, Fransoni, G., Appunti a margine di alcuni "provvedimenti" attuativi emanati dall'Agenzia delle Entrate, in Rass. trib., 2001, 365 ss.; Nucera, V., I provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate ed i confini della normatività, in Riv. dir. trib., 2011, I, 961 ss.)

Le attribuzione dell'Agenzia delle Entrate, che costituisce senz'altro la principale delle Agenzie fiscali, sono state progressivamente ampliate, da ultimo, con il d.l. n. 95/2012, che ha trasferito a quest'ente le competenze prima spettanti all'Agenzia del Territorio e, segnatamente, la gestione dei servizi relativi al catasto e alle conservatorie dei registri immobiliari, con il compito di costituire l'anagrafe degli immobili presenti sul territorio nazionale, sviluppando l'integrazione tra i sistemi informativi relativi alla funzione fiscale ed alle trascrizioni immobiliari.

L'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli svolge attività di controllo, accertamento e verifica relativa alla circolazione delle merci e alla fiscalità interna connessa al commercio internazionale, a garanzia dell'osservanza della normativa comunitaria. Verifica e controlla scambi, produzione e consumo dei prodotti e delle risorse naturali soggetti ad accisa, provvedendo alla relativa riscossione, ed esercita azione di contrasto rispetto agli illeciti extratributari (quali i traffici illegali di droga, armi, beni del patrimonio culturale, etc.). A seguito dell'incorporazione dell'AAMS, l'Agenzia ne ha assunto le funzioni, divenendo competente, tra l'altro, nel settore del gioco, di cui vaglia la legalità e la regolarità del comportamento degli operatori.

L'Agenzia del Demanio è un ente pubblico economico, che opera pertanto in base ad una disciplina di tipo privatistico, assoggettata all'alta vigilanza del Ministero delle finanze, che ne detta gli indirizzi, stipulando a tal fine un contratto di servizio.

All'Agenzia spetta la gestione, razionalizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare statale, cioè dei beni immobili per usi governativi, patrimonio disponibile, demanio storico-artistico. Inoltre, si occupa delle attività di supporto alla gestione dei beni confiscati, il cui coordinamento è affidato all'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata istituita dalla l. 31.3.2010, n. 50.

5. Legittimazione e patrocinio processuale delle Agenzie fiscali

Il legislatore non si è occupato delle implicazioni processuali suscitate dall'istituzione delle Agenzie fiscali, a parte quanto laconicamente previsto nell'art. 72, d.lgs. n. 300/1999.

Questo difetto di coordinamento ha determinato un impatto problematico della riforma, soprattutto nell'ambito del contenzioso tributario, ove l'Amministrazione finanziaria è, di regola, coinvolta (per un inquadramento, cfr. Bruno, N.A., La legittimazione ad agire e la rappresentanza in giudizio delle agenzie fiscali, in Rass. trib., 2002, 1515 ss.; Buttus, S., L'istituzione delle agenzie fiscali: profili e problematiche di natura processuale, in Riv. dir. trib., 2001, I, 871 ss.; Cipolla G.M., Agenzie fiscali, cit., par. 5; Glendi, C., Legittimazione (attiva e passiva) e difesa in giudizio delle agenzie fiscali, in Corr. trib., 2001, 2958 ss.; Id., Anche gli uffici dell'Agenzia sono legittimati ad agire e difendersi in cassazione, in Corr. trib., 2006, 1099 ss.; Muleo, S., Il definitivo inquadramento delle Agenzie fiscali ai fini della legittimazione ad agire e processuale, in GT – Riv. giur. trib., 2006, 424 ss.; Nucera, V., Agenzie, cit., 1556 ss.; Russo, P.-Fransoni, G., La notifica degli atti di parte e della sentenza a seguito dell'istituzione delle Agenzie fiscali, in Riv. dir. trib., 2001, I, 895 ss.; Turchi, A., Note sull'individuazione del soggetto da considerare parte del giudizio tributario di cassazione, in Giur. it., 2004, 1 ss.).

Le principali questioni che si sono poste riguardano: a) l'individuazione del soggetto pubblico legittimato nel giudizio di merito e in quello di Cassazione; b) il destinatario della notifica della sentenza di secondo grado; c) il regime transitorio.

a)Fino all'1.1.2001, la qualità di parte nei processi tributari di merito spettava agli uffici locali del Ministero, ai quali era riconosciuta soggettività esterna, in deroga alla disciplina sulla rappresentanza e difesa delle Amministrazioni statali (R.d. n. 1611/1933).

Tale eccezione era limitata ai primi due gradi di giudizio, esauriti i quali, tornava ad operare il R.d. n. 1611/1933, con conseguente legittimazione del Ministero davanti alla Corte di Cassazione.

L'avvento delle Agenzie fiscali ha messo in crisi questo assetto, determinando la necessità di rintracciare nuove soluzioni, sia pure in via interpretativa, che tengano

conto della successione tra enti intervenuta. Con riferimento ai giudizi di merito, si ritiene che l'indicazione dell'ufficio locale del Ministero di cui agli artt. 10, 11 e 12 del d.lgs. 31.12.1992, n. 546 sia da leggere, adesso, come riferita all'ufficio dell'Agenzia, al quale va pertanto riconosciuta la legittimazione processuale. Ne dà conferma l'art. 20, d.P.R. 26.3.2001, n. 107, secondo cui «tutti i riferimenti ad uffici ... dei Dipartimenti contenuti in norme ... si intendono effettuati nei confronti ... delle competenti agenzie» (conformi le circolari dell'Agenzia delle Entrate, 30.7.2001, n. 21/E e dell'Agenzia del Territorio, 16.7.2002, n. 5/T).

Del resto, anche dopo la riforma permangono le ragioni di semplificazione alla base delle norme processuali del '92, fondate sulla specifica attitudine funzionale degli uffici locali che hanno svolto l'accertamento a difenderne in giudizio la fondatezza.

Più problematica è l'individuazione del soggetto pubblico legittimato ad agire e resistere nel giudizio di cassazione.

Sembra da escludere che esso possa ancora identificarsi nel Ministero, non più titolare delle funzioni di amministrazione attiva e che più non dispone delle strutture operative per svolgerle, entrambe trasferite alle Agenzie. D'altro canto, nemmeno trova applicazione la normativa in tema di rappresentanza e difesa delle Amministrazioni statali, visto che le Agenzie, per quanto sopra detto, non sono «Amministrazioni statali».

Si profilano, allora, due possibili opzioni: o si riconosce la legittimazione all'Agenzia centrale, in persona del suo Direttore; o la si attribuisce direttamente all'ufficio locale.

Quest'ultima soluzione ha il pregio di assicurare la semplificazione e l'economicità dei giudizi (anche) oltre la fase di merito, di uniformare la disciplina processuale in punto di legitimatio ad processum della pars publica e, sul piano pratico, di garantire al contribuente lo stesso interlocutore in ogni grado del contenzioso, sollevandolo dall'onere di identificare un soggetto diverso per quello di legittimità.

La sua giustificazione teorica poggia sul fatto che le norme del d.lgs. n. 546/1992 sulla soggettività esterna dell'ufficio hanno ormai perso il loro carattere di specialità – non operando più la disciplina generale di cui al R.d. n. 1161/1933 – e possono, quindi, essere applicate estensivamente: viene meno, infatti, la ratio che originariamente spiegava la diversa regolamentazione del giudizio di cassazione rispetto a quello di merito. Questa impostazione è condivisa dalla circolare n. 71/E del 2001 ed ha ricevuto, più di recente, l'avallo della giurisprudenza di legittimità, che pure inizialmente si era espressa per la legittimazione esclusiva dell'Agenzia centrale (cfr. Cass., 15.11.2002, n. 16122).

Nelle sentenze emesse dal 2006 in poi, la Corte ha affermato, con evidente sincretismo, che il ricorso per cassazione può essere proposto, indifferentemente, nei confronti dell'ufficio dell'Agenzia che ha emesso l'atto, presso la sua sede locale,

ovvero nei confronti dell'Agenzia centrale, presso la sede di Roma (Cass. n. 3116/2006; Cass., 9.4.2009, n. 8703; Cass., 22.12.2011, n. 28549). Solo qualora nel secondo grado di giudizio l'Agenzia si sia avvalsa del patrocinio dell'Avvocatura di Stato ai sensi dell'art. 12, co. 4, d.lgs. n. 546/1992, il ricorso dovrà essere notificato presso quest'ultima, secondo le ordinarie regole processuali (art. 170 c.p.c.).Quanto alla difesa tecnica in cassazione, si rammenta che le Agenzie fiscali hanno la possibilità di farsi assistere dall'Avvocatura di Stato, previa sottoscrizione di apposita convenzione (cfr. protocollo d'intesa del 21.3.2001, rinnovato il 14.5.2010), in presenza della quale non è necessaria una specifica procura (Cass., 20.3. 2013, n. 6952).

Il ricorso a tale patrocinio acquista rilevanza verso i terzi solo dopo la costituzione in giudizio dell'Avvocatura medesima; il che conferma la necessità di proporre il ricorso per cassazione nei confronti e presso l'Agenzia.

Tuttavia, nell'intento di sdrammatizzare le conseguenze degli eventuali errori di notifica dei contribuenti, la giurisprudenza ha precisato che l'esistenza della convenzione e la sua notorietà all'esterno costituisce motivo di legittimo affidamento per la controparte. Pertanto, la notifica del ricorso eseguita presso l'Avvocatura generale di Stato – malgrado questa non abbia assunto la difesa nella precedente fase di merito – non deve intendersi inesistente, ma nulla e sanabile con la costituzione in giudizio dell'Agenzia o, in difetto, con l'ordine di rinnovazione della notifica all'Agenzia, ex art. 291 c.p.c. (Cass. n. 22641/2007).

b) Un secondo ordine di problemi riguarda il destinatario della sentenza di secondo grado, ai fini della decorrenza del termine breve per impugnare.

In base all'art. 38, d.lgs. n. 546/1992, come autenticamente interpretato dall'art. 21, l. 13.5.1999, n. 133, tale notifica doveva essere effettuata presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato competente ai sensi dell'art. 11, co. 2, del R.d. n. 1611/1933, vista la mancanza di soggettività esterna dell'ufficio locale una volta terminato il secondo grado di merito.

Dopo la riforma questa norma non pare più suscettibile di applicazione: posto che le Agenzie non sono Amministrazioni statali e che difetta, quindi, il presupposto sostanziale per l'applicazione del R.d. n. 1611/1933, viene meno la giustificazione a che la notifica della sentenza di appello sia effettuata presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato (la Cassazione ritiene implicitamente abrogato l'art. 21, cfr. sentt. 1.7.2004, n. 12075 e 30.3.2007, n. 7882; contra, Russo, P.- Fransoni, G., La notifica, cit., 900 ss., secondo cui la norma sarebbe ancora applicabile).

Di conseguenza, a decorrere dall'1.1.2001, tale notifica sarà effettuata nei confronti e presso l'Agenzia, salvo che non sia già intervenuta l'Avvocatura nel secondo grado di giudizio, nel qual caso, si dovrà eseguire presso tale organo (Cass., 29.8.2007, n. 18227). Quanto poi a quale «agenzia» indirizzare la notifica, se a quella centrale o

all'ufficio periferico, la Cassazione ha precisato che essa può essere effettuata all'una o all'altra sede (Cass. n. 3116/2006).

c) Ulteriore profilo problematico attiene al regime applicabile ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della riforma.

Pare corretto inquadrare la fattispecie nella vicenda successoria di cui all'art. 111 c.p.c., ove si consideri che il Ministero delle finanze, sebbene confluito nel Ministero dell'economia e delle finanze, è rimasto ancora in vita, quindi, non può dirsi integrato il presupposto della successione a titolo universale ex art. 110 c.p.c., circoscritto, com'è noto, alle ipotesi del «venir meno» di una parte (l'orientamento è pacifico in giurisprudenza: cfr. Cass., S.U., 29.4.2003, n. 6633; Cass., 6.2.2007, n. 2608; contra, in dottrina, Buttus, S., L'introduzione, cit., 880).

La soluzione proposta, oltretutto, risulta coerente con l'assetto del d.lgs. n. 546/1992, il cui art. 40 esclude che l'estinzione della parte pubblica interrompa il processo, assicurando che esso giunga comunque al termine.

Fonti normative

D.lgs. 30.7.1999, n. 300 e s.m.i.

Bibliografia essenziale

Arena, G., Agenzia amministrativa, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1998, 1 ss.; Bassi, N., Agenzie nazionali edeuropee, in Enc.dir., Annali 2, II, Milano, 2008, 41 ss.; Bruno, N. A., La legittimazione ad agire e la rappresentanza in giudizio delle agenzie fiscali, in Rass. trib., 2002, 1515 ss.; Buttus, S., L'istituzione delle agenzie fiscali: profili e problematiche di natura processuale, in Riv. dir. trib., 2001, I, 871 ss.; Casini, L., Le Agenzie amministrative, in Riv. trim. dir. pubbl., 2003, 393 ss.; Cassese, S., Il sistema amministrativo italiano, Bologna, 1983; Cipolla, G. M., Agenzie fiscali, in Dig. comm., Agg., III, Torino, 2007, 25 ss.; D'Auria, G., La nuova geografia dei Ministeri, in Giornale dir. amm., 2000, 17 ss.; Fiorentino, L.– Stancanelli, A., Le agenzie fiscali (articoli 57, 71-74), in Pajno, A.-Torchia, L. (a cura di), La Riforma del Governo. Commento ai decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione della presidenza del consiglio e dei ministeri, 2000, Bologna, 401 ss.; Fransoni, G., Appunti a margine di alcuni "provvedimenti" attuativi emanati dall'Agenzia delle Entrate, in Rass. trib., 2001, 365 ss.; Gallo, F., Come riorganizzare l'amministrazione finanziaria per la lotta all'evasione e l'assistenza ai contribuenti?, in Rass. trib., 1995, 885 ss.; Gallo, F., La modernizzazione dell'Amministrazione Finanziaria e le politiche di controllo e di accertamento, in Rass. trib., 1997, 685 ss.; Glendi, C., Legittimazione (attiva e passiva) e difesa in giudizio delle agenzie fiscali, in Corr. trib., 2001, 2958 ss.; Glendi, C., Anche gli

uffici dell'Agenzia sono legittimati ad agire e difendersi in cassazione, in Corr. trib., 2006, 1099 ss.; La Rosa, S., Considerazioni sulla proposta di una «agenzia» per l'accertamento e sull'efficienza dell'amministrazione finanziaria, in Rass. trib., 1995, 2019 ss.; Lupi, R., L'agenzia delle entrate tra legalità e flessibilità, in Rass. trib., 1999, 1435 ss.; Lupi, R., La riorganizzazione del Ministero delle finanze, Giorn. dir. amm., 2000, 25 ss.; Lupi, R., La disciplina delle entrate, in Cassese, S., a cura di, Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, III, 2000, 1969 ss.; Merloni, F., Il nuovo modello di agenzia nella riforma dei ministeri, in Dir. pubbl., 1999, 717 ss.; Muleo, S., Il definitivo inquadramento delle Agenzie fiscali ai fini della legittimazione ad agire e processuale, in GT – Riv. giur. trib., 2006, 424 ss.; Nucera, V., Agenzie fiscali e processo tributario, in Rass. trib., 2003, 1556 ss.; Nucera, V., I provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate ed i confini della normatività, in Riv. dir. trib., 2011, I, 961 ss.; Rossi, G., Enti pubblici, Bologna, 1991; Russo, P.-Fransoni, G., La notifica degli atti di parte e della sentenza a seguito dell'istituzione delle Agenzie fiscali, in Riv. dir. trib., 2001, I, 895 ss.; Soricelli, G., Le agenzie amministrative nel quadro dell'organizzazione dei pubblici poteri, Napoli, 2002; Stancanelli, A., Il Ministero delle finanze verso l'unificazione con il ministero del tesoro (articoli 56, 58-60), in Pajno, A.-Torchia, L. (a cura di), La Riforma del Governo. Commento ai decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione della presidenza del consiglio e dei ministeri, 2000, Bologna, 395 ss.; Tabet, G., Spunti critici sulla natura delle Agenzie fiscali e sulla loro equiparazione alle Amministrazioni dello Stato, in Rass. trib., 2002, 817 ss.; Turchi, A., Note sull'individuazione del soggetto da considerare parte del giudizio tributario di cassazione, in Giur. it., 2004, 1 ss.; Vesperini, G., Le agenzie (articoli 8-10), in Pajno, A.-Torchia, L. (a cura di), La Riforma del Governo. Commento ai decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione della presidenza del consiglio e dei ministeri, 2000, Bologna, 145 ss.

LE AUTORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

1.1 Le autorità amministrative indipendenti: genesi ed inquadramento generale

Le Autorità indipendenti sono sorte in Italia in assenza di un disegno organico, in seguito a spinte eteronome e a difficoltà congiunturali.

Concretamente esse oggi sono: (i) la Banca d'Italia, (ii) la CONSOB, (iii) l'ISVAP, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCOM), (iv) l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, (v) il Garante per la protezione dei dati personali, (vi) l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e (vii) l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e (viii) la Commissione di garanzia per l'attuazione sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. In una prospettiva di e-government, sono ascrivibili alla categoria in esame anche AIPA - Autorità per l'informatica nella pubblica

amministrazione, il Garante del contribuente, ed i servizi messi a disposizione dei cittadini sul sito ufficiale dei Sondaggi Politici ed Elettorali.

La spontaneità che caratterizza la loro istituzione, oltre alla diversità dei settori di riferimento, costituisce uno dei motivi principali dell'eterogeneità di poteri e discipline che contraddistingue questi soggetti istituzionali. Appare comunque opportuno procedere a questo punto ad un tentativo di elaborazione di un modello per procedere ad una ricognizione consapevole del panorama istituzionale: operazione addirittura necessaria alla luce dell'art. 4 lett. d) della legge 21 luglio 2000 n. 205, disposizione che istituisce un processo amministrativo accelerato in materia di "provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti". Si rende dunque indispensabile, in assenza di una codificazione legislativa, giungere ad una nozione unitaria delle Autorità indipendenti, nella consapevolezza che sia imminente un'opera di razionalizzazione da parte della giurisprudenza amministrativa. Tale opera di razionalizzazione avrà probabilmente dei punti fermi nelle caratteristiche istituzionali che, sebbene siano il frutto di un'elaborazione di semplificazione ed astrazione, contraddistinguono in modi e misure diverse tutte le Autorità indipendenti.

La "separatezza dal Governo" è sicuramente il tratto distintivo di queste Autorità, non a caso definite indipendenti. Il Governo, in particolare,

non assume poteri di indirizzo e di controllo nei loro confronti, quand'anche - come nel caso delle Autorità cosiddette di prima generazione, tra cui la CONSOB - partecipi alla nomina dei componenti. Nonostante la previsione di competenze specialistiche va da sé che la neutralità non coincida con l'impermeabilità rispetto alle sollecitazioni di soggetti istituzionali. La legittimazione ex art. 97 della Costituzione garantirebbe tuttavia un appiglio costituzionale sostitutivo rispetto a quello della responsabilità ministeriale nei confronti del Parlamento: benché una dottrina minoritaria ritenga applicabile tale istituto, risulta evidente come ad un Governo impossibilitato ad emanare direttive ed indirizzi non possa essere imputata, neanche in eligendo o in vigilando, la responsabilità per l'attività delle Authorities. Sulla selezione degli strumenti di accountability, imprescindibili per non tramutare l'indipendenza in autoreferenzialità, è in atto un interessante dibattito: in particolare, si discute sull'eventualità che l'indipendenza sia tale anche rispetto al Parlamento ovvero sull'eventualità che le Authorities rispondano davanti alle Camere. L'affermazione della dipendenza dal Parlamento, infatti, consentirebbe di formalizzare la procedimentalizzazione dei rapporti con le Autorità nei regolamenti parlamentari e di introdurre l'unificazione delle relazioni con un'attività d'indirizzo intersettoriale da parte del Parlamento. Novità delicata, quest'ultima, in rapporto alla considerazione che tali soggetti istituzionali sono stati creati proprio per evitare la "tirannia della maggioranza" in società plurali e per bilanciare l'introduzione del sistema elettorale maggioritario e dello spoil system.

Le Autorità indipendenti sono istituite in settori specifici e sensibili come l'emissione monetaria, i mercati finanziari, contratti ed imprese assicurative, antitrust, scioperi nei servizi pubblici essenziali, energia e gas, telecomunicazioni, lavori pubblici, riservatezza. Si tratta dunque di settori che richiedono un'elevata specializzazione e la necessità di flessibile disponibilità e il Parlamento potrebbe dettare indirizzi, obiettivi e criteri, quantunque sia lo stesso adeguamento della normativa. Tanto che la "delega" del legislatore è stata efficacemente paragonata al trust.

Le Authorities si collocano inoltre fuori dal circuito rappresentativo, diretto o indiretto che sia. Non per questo, tuttavia, esse non possono definirsi democratiche, trovando la loro legittimazione nella procedura, nell'efficacia degli atti, nei controlli diffusi.

Caratteristica da molti sottolineata è la neutralità, non solo come indipendenza dal governo, ma anche come assenza di invasività della politica nelle regole del gioco del mercato: in particolare, esse segnano il superamento del modello della programmazione economica sancito dal comma terzo del l'art. 41 della Cost.

La neutralità non vuol dire, tuttavia, assenza di discrezionalità. Missione specifica delle Autorità che regolano e vigilano settori economici è poi l'affermazione del principio istituzionale del mercato: considerazione, questa, che giustifica l'impatto dirompente assunto dall'Unione Europea nel consolidamento delle stesse. E'in particolare Giuseppe Guarino a sottolineare come una simile "rivoluzione copernicana" sia imputabile all'affermazione del principio del mercato: il cittadino e l'impresa hanno assunto addirittura una posizione di preminenza rispetto allo Stato e proprio la necessità di tutelare l'impresa dall'ingerenza dello Stato, dal government, ha reso necessaria l'istituzione delle Autorità indipendenti, funzionali ad una governance di garanzia. Dello stesso avviso Merusi, secondo cui missione specifica delle Autorità indipendenti sarebbe quella di garantire il contraddittorio economico, paragonato molto efficacemente al litisconsorzio necessario, contro i fallimenti del governo e contro i fallimenti del mercato stesso.

A questo modello si sottrarrebbe solo il Garante per la protezione dei dati personali. La circostanza che questa sia l'ultima Authority ad essere funzionalizzata ad un interesse statale: ecco la necessità, attribuita alla nuova costituzione economica, di sottrarre determinati settori alle scelte statali e di attribuirle a soggetti neutrali.

Collegata alla prevalenza di tali organismi nei settori economici è la loro inerenza a politiche che, pur avendo effetti redistributivi indiretti, sono caratterizzate dalla finalità dell'efficienza. Secondo una parte della dottrina, infatti, le politiche allocative sono giocoforza condotte da istituzioni fondate sulla democrazia rappresentativa. Tale posizione, tuttavia, va inquadrata nel trade-off sussistente tra politiche sociali e politiche redistributive: altri autori sostengono, infatti, che quantunque oggi i servizi pubblici siano appannaggio delle istituzioni tradizionali e siano fondati sulla

fiscalizzazione, è ipotizzabile anche l'istituzione di Autorità indipendenti nel caso in cui simili servizi in futuro dovessero essere liberalizzati.

Ultima - e per alcuni autori decisiva - caratteristica istituzionale delle Autorità indipendenti è l'inquadramento delle stesse in un'ottica europea: molte Autorità indipendenti italiane sono sorte in virtù dell'attuazione di direttive comunitarie, mentre quelle della cosiddetta prima generazione – la Banca d'Italia soprattutto, ma anche la CONSOB dopo l'istituzione del CESR - sono ormai inserite in reti europee più o meno radicate e talvolta hanno assunto i connotati dell'indipendenza in vista degli assestamenti comunitari. Particolarmente interessante, a riguardo, è la posizione del Merusi, il quale riscontra come tutte le Autorità indipendenti oggi sussistenti in Italia - con l'unica eccezione della Commissione di garanzia per l'attuazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali - derivino la loro funzione dalla normativa comunitaria o, in ogni caso, si collochino "negli interstizi" della disciplina dell'Unione Europea, tanto da far ritenere che la "copertura" di determinati settori con Autorità indipendenti risulti addirittura costituzionalmente necessitata ex articolo 11 della Costituzione. Le Autorità regolative, in sostanza, si caratterizzerebbero come una riedizione, su scala europea, degli enti autarchici istituiti dalla legge Rattazzi: come questi ultimi, sarebbero funzionalmente promanazione dell'istituzione centrale (per gli enti autarchici lo Stato, per le Autorità l'Unione Europea), mentre organizzativamente sarebbero autonome. Dunque, il legislatore nazionale potrebbe incidere solo sulle strutture organizzative: una prospettiva che, secondo Merusi, de jure condendo potrebbe addirittura essere superata, qualora anche in altri settori sensibili si dovesse seguire il modello del Sistema Europeo delle Banche Centrali. Per ciò che concerne la funzione monetaria, infatti, le banche nazionali sono derubricate a meri organi della Banca Centrale Europea.

1.2 Le principali attività delle Autorità. In particolare: funzioni amministrative, contenziose e normative.

E' ormai assodato in dottrina che le funzioni attribuite alle Autorità indipendenti non siano sussumibili all'interno di un'unica categoria. Anzi, carattere distintivo del loro modo di essere è di costituire una sorta di deroga al principio classico della separazione dei poteri, di essere cioè titolari di funzioni che si sovrappongono di volta in volta al potere legislativo, esecutivo e giudiziario.

Per un verso, infatti, le Autorità sono titolari di poteri amministrativi in senso proprio (per esempio, il rilascio di titoli autorizzativi, l'irrogazione di sanzioni, l'adozione di provvedimenti di tipo ordinatorio), in passato attribuiti ad apparati amministrativi di tipo tradizionale (in special modo i ministeri); per altro verso ancora, alle Autorità vengono attribuite funzioni arbitrali e contenziose (o semicontenziose) anche nel tentativo di creare filtri all'accesso alla giurisdizione a scopi deflattivi.

Esaminando il fenomeno in una prospettiva generale, è necessario dunque evitare semplificazioni e assolutizzazioni posto che a ciascuna di tali Autorità è spesso attribuita la titolarità di molteplici attività tra loro diverse.

Se così è, anche l'applicazione delle garanzie del contraddittorio si atteggia in modo diversificato a seconda del tipo di funzione e della struttura delle relazioni giuridiche nelle quali si inserisce il potere delle Autorità.

a) Le funzioni Amministrative. Un primo tipo di funzioni ha carattere amministrativo in senso proprio riferendosi a relazioni a dimensione essenzialmente bilaterale e verticale, simile a quella tipica dei rapporti nei quali vi è un soggetto pubblico titolare di un potere (discrezionale o vincolato) ed un soggetto privato posto in una situazione di soggezione (quest'ultimo inteso come titolare di un interesse legittimo di tipo oppositivo). In questo senso, si è soliti affermare che le Autorità Amministrative indipendenti, nello svolgimento della loro funzione tutoria, svolgono un potere di controllo nel senso più ampio del termine, ovvero un'azione diretta non soltanto alla verifica delle attività svolte da altri soggetti, ma anche dal loro indirizzo.

All'attività di controllo così intesa, si riconnettono tre categorie di poteri generalmente attribuiti alle amministrazioni indipendenti dalla legislazione di settore: poteri di ispezione o indagine e quelli sanzionatori.

Quanto ai primi, essi consistono nella possibilità di chiedere notizie e informazioni, di convocare persone interessate alle attività controllate, di esaminare atti e documenti. In particolare, penetranti poteri di indagine verso le imprese e le società controllate, sono attribuiti all'ISVAP, alla CONSOB o all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Per quanto concerne in special modo il settore del credito e delle società di investimento, particolari poteri ispettivi sono attribuiti, dal T.U. finanziario alla Consob e alla Banca d'Italia: la normativa prevede infatti il potere di chiedere ai soggetti sottoposti alla loro vigilanza la comunicazione di dati e notizie e la trasmissione di atti e documenti con le modalità e i termini da esse stabiliti (art. 8, comma 1 del T.U. Finanziario).

La CONSOB può effettuare altresì ispezioni presso gli intermediari comunitari e extracomunitari operanti in Italia, nell'ambito delle competenze attribuite dal legislatore comunitario al paese ospitante. La Banca d'Italia invece, ha la possibilità di svolgere ispezioni nelle imprese comunitarie ed extracomunitarie solo se vi siano accordi di reciprocità con le Autorità del Paese d'origine.

Per quanto concerne invece i poteri sanzionatori d'ufficio, essi sono attribuiti alla competenza delle Autorità e modellati sulla falsariga della legge 24 novembre 1981 n. 689, in tutto o in parte richiamata dalle leggi istitutive delle singole Autorità e dai regolamenti da esse adottati.38 Si pensi ancora ai poteri ordinatori o di diffida che

spesso possono essere esercitati in correlazione ai poteri sanzionatori in senso proprio.

In questo tipo di procedimenti, il contraddittorio assume principalmente una dimensione verticale e, sul piano funzionale, ha come scopo di assicurare al massimo grado la garanzia di difesa del soggetto nella cui sfera giuridica ricadono gli effetti dei provvedimenti emanati dall'Autorità. Le garanzie previste dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, come già osservato, sono state rafforzate in alcune leggi istitutive delle Autorità e nei regolamenti da esse adottati, per esempio, introducendo il principio del contraddittorio orale, in larga misura estraneo alla nostra tradizione amministrativa.

Poiché peraltro i procedimenti di questo tipo sono aperti alla partecipazione di altri soggetti (in particolare i denuncianti, concorrenti o consumatori), emerge anche la dimensione orizzontale del principio del contraddittorio e sul piano funzionale quella collaborativa.

b) le funzioni contenziose. Un secondo tipo di funzioni attribuite alle Autorità ha natura essenzialmente giustiziale ed è correlato a situazioni giuridiche di tipo bilaterale orizzontale intercorrenti tra soggetti privati, rispetto alle quali il ruolo delle Autorità è quello di arbitro posto in posizione equidistante rispetto agli interessi coinvolti. Emerge in questo senso il ruolo neutrale o, per così dire "paragiurisdizionale" delle Autorità, i cui poteri, secondo alcuni autori, non presuppongono una vera e propria ponderazione di interessi pubblici e privati, e sarebbero dunque privi del carattere della discrezionalità vera e propria.

Esempio di questo tipo di funzione è la disciplina delle controversie in tema di interconnessione e di accesso alle infrastrutture di telecomunicazione attribuite alla competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in relazione alle quali l'Autorità è tenuta ad attivarsi se richiesta dalle parti, ma può anche intervenire d'ufficio

La disciplina regolamentare adottata dall'Autorità per questo tipo di controversie, e più in generale per il tentativo obbligatorio di conciliazione, contiene disposizioni procedurali che ricalcano, finanche nella terminologia (udienza di comparizione delle parti, udienza di discussione, termini liberi, ecc.), quelle previste per i procedimenti giurisdizionali civili volte a garantire il principio di eguaglianza delle parti.

Molti autori hanno messo in evidenza come la cosiddetta natura "paragiurisdizionale" delle autorità, debba essere riconosciuta, più che all'organo in quanto tale, a solo alcune funzioni svolte dalle Autorità amministrative indipendenti. La neutralità di talune funzioni spiega anche perché molte Autorità abbiano adottato spontaneamente una struttura di redazione dei propri provvedimenti diversa da quella usualmente seguita dalle amministrazioni di tipo tradizionale.

Quasi sulla falsariga dei provvedimenti giurisdizionali, le decisioni delle Autorità contengono spesso ampie premesse in fatto, che danno conto dell'istruttoria svolta e

delle posizioni espresse dalle parti, e motivazioni articolate che superano di gran lunga lo standard minimo della sufficienza della motivazione ritenuto necessario dalla giurisprudenza amministrativa, che - com'è noto - spesso si accontenta di argomentazioni assai succinte. Mi pare utile sottolineare questo aspetto, ulteriore spia di un orientamento volto ad una amministrazione per fini, di impronta anglosassone, rispetto all'ortodossia procedurale e giurisdizionale della tradizione italiana e continentale.

Come correttamente ha precisato la giurisprudenza amministrativa, la tesi della paragiurisdizionalità non giustifica invece l'applicazione automatica ai procedimenti innanzi alle Autorità delle disposizioni del codice di procedura civile.

Essa ha chiarito per esempio che l'organo che assume la decisione, a differenza di quanto accade nel caso dei collegi giudiziari, non è un collegio perfetto e dunque può deliberare e procedere alle audizioni anche se non sono presenti tutti i suoi componenti46, che non sussiste un obbligo di astensione analogo a quello gravante sui magistrati ordinari; che l'Autorità può richiedere la consulenza tecnica non soltanto a un singolo professionista, come previsto dal codice di procedura civile, ma anche ad una società di consulenza; che nei procedimenti antitrust i mezzi istruttori attribuiti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato non possono essere integrati, in assenza di un rinvio legislativo espresso, con quelli previsti dal codice di procedura civile

c) le funzioni normative. L'attribuzione di funzioni normative costituisce l'aspetto più significativo dell'indipendenza delle Autorità Amministrative indipendenti, traducendosi nel riconoscimento della possibilità di determinare direttamente le modalità di espletamento dell'attività di regolazione e controllo dei settori alla cui salvaguardia le stesse sono preposte. Il potere regolamentare delle Autorità viene esplicato, da un lato attraverso l'emanazione di regolamenti aventi ad oggetto la propria autoorganizzazione, quanto, soprattutto, attraverso regolamenti intesi più propriamente a disciplinare all'esterno i singoli ambiti di operatività. Dall'attenta disamina delle singole leggi istitutive emerge tuttavia con evidenza che anche nell'attribuire tale potere regolamentare, il legislatore ha proceduto in assenza di un disegno unitario.

In conseguenza di ciò non solo le differenti Autorità non vantano gli stessi poteri ma addirittura talvolta risulta estremamente difficile ricondurre siffatte prerogative nelle tradizionali categorie. E ciò in ragione della particolare flessibilità che possono assumere i poteri in esame: non è infrequente che poteri provvedimentali siano utilizzati a fini regolamentari o poteri regolamentari producano gli effetti di provvedimenti singoli e concreti od ancora che poteri paragiurisdizionali assolvano la funzione di indirizzo e direzione tipica dell'attività normativa. In proposito parte della dottrina parla di utilizzo dei poteri in modo trasversale, altra invece di attività ibride con funzioni diverse mirate a favorire il raggiungimento degli obiettivi con un

variegato ventaglio di soluzioni. Dunque, è bene precisare sin dall'inizio, che non tutte le autorità amministrative indipendenti dispongono di un vero e proprio potere normativo secondario: al riguardo è stato evidenziato che la potestà regolamentare spetterebbe a quella tipologia di poteri neutrali di nuova generazione denominati "autorità di controllo di settore", cui sono conferiti significativi poteri di disciplina destinati a trovare esplicazione attraverso atti normativi e atti amministrativi generali. (ad es. Autorità di regolazione dei servizi pubblici), laddove invece, altre autorità si limitano ad assumere esclusivamente l'iniziativa dell'atto regolamentare, ovvero ad esprimere un "parere" nella sequenza procedimentale finalizzata all'emanazione dell'atto normativo che formalmente assume e mantiene carattere governativo.

1.3 Le principali autorità ammnistrative indipendenti.

BANCA D'ITALIA E E-GOVERNMENT (www.bancaditalia.it) La Banca d'Italia è la banca centrale della Repubblica italiana. Dal 1998 è parte integrante del Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC).

Le origini storiche e l'evoluzione normativa. La Banca d'Italia venne istituita con la legge n. 449 del 10 agosto 1893, dalla fusione di quattro banche: la Banca Nazionale del Regno d'Italia, la Banca Nazionale Toscana, la Banca Toscana di Credito e dalla liquidazione della Banca Romana. Con una serie complessa di fusioni fra queste banche, si formò quella che sarebbe diventata l'attuale Banca d'Italia. Artefici dell'operazione furono alcune famiglie di banchieri, soci storici: Bombrini, Diavolo, Bastogi, Balduino. Nel 1926 la Banca d'Italia ottenne l'esclusiva sull'emissione della moneta(veniva così abrogato il Regio Decreto del 28 Aprile 1910, n. 204, che aveva confermato la prerogativa anche al Banco di Napoli ed al Banco di Sicilia).

Nel 1928 la Banca venne riorganizzata. Al Direttore Generale venne affiancato un Governatore, dotato di poteri maggiori.

La Banca d'Italia è stata una società per azioni fino al 1936. In quell'anno venne convertita in Istituto di diritto pubblico dall'articolo 3 della legge bancaria del 1936 (ovvero il regio decreto-legge 12 marzo 1936, n. 375, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 marzo 1938, n. 141, e successive modificazioni e integrazioni). Le venne assegnato il compito di vigilare sulle banche italiane ed ottenne la conferma del potere di emissione della moneta. Nel 1948 venne conferito al Governatore il compito di regolare l'offerta di moneta e decidere il tasso di sconto, in base al D.P.R. n. 482 del 19 aprile (art. 25, comma 4°).

Una legge del 1992 (la n.82 del 7 febbraio), proposta dall'allora Ministro del Tesoro Guido Carli, chiarì che la decisione sul tasso di sconto era di competenza esclusiva del Governatore e non doveva essere più concordata di concerto con il Ministro del Tesoro (il precedente decreto del Presidente della Repubblica, venne così modificato in relazione alla nuova legge con il DPR del 18 luglio).

I recenti interventi normativi sono stati indirizzati a rendere più trasparente la composizione e l'operato dell'authority. Il 13 giugno 1999 il Senato della Repubblica, nel corso della XIII Legislatura discusse il disegno di legge N. 4083 "Norme sulla proprietà della Banca d'Italia e sui criteri di nomina del Consiglio superiore della Banca d'Italia". Tale disegno di legge voleva far acquisire dallo Stato tutte le azioni dell'istituto, ma non venne mai approvato. La Legge 268 del 28 Dicembre 2005, nell'ambito di varie misure a tutela del risparmio, introdusse per la prima volta un termine al mandato del governatore e dei membri del direttorio, e dispose che entro il 2008 le quote di partecipazione a Bankitalia attualmente in mano a imprese private passassero allo Stato. È sempre in base a tale provvedimento che fu stabilito il mandato seiennale del governatore, rinnovabile una sola volta. Il 28 dicembre 2005 venne altresì pubblicata nella gazzetta ufficiale la legge n.262 atta a ri-trasferire, entro il 2008, le quote di partecipazione a Bankitalia attualmente in mano a imprese private, allo Stato ed agli enti pubblici.

ll 31 maggio 2006 Mario Draghi, nuovo Governatore nominato il 29 dicembre 2005, ha presentato le sue prime Considerazioni finali all'Assemblea dei Partecipanti. In esse ha ricordato la complessità del campo d'azione di ogni Banca centrale moderna. Tale campo d'azione è, da alcuni anni, divenuto più vasto per le Banche centrali che partecipano all'Eurosistema. Esso spazia dal disegno della politica monetaria comune a quello dei sistemi di pagamento: decisioni e assetti istituzionali devono adattarsi alle esigenze di una progredita, ma diversificata, area economica. La Banca d'Italia è inoltre inserita attivamente in un contesto internazionale più ampio, sia per i principi guida della vigilanza sia per analisi e iniziative legate alla stabilità finanziaria.

Il 16 dicembre 2006 è stato cambiato l'art. 3 dello Statuto di Bankitalia. Il nuovo statuto è firmato dal Presidente del Consiglio, dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano e dal Ministro dell'economia.

Le principali funzioni della Banca d'Italia sono dirette ad assicurare la stabilità monetaria e la stabilità finanziaria, requisiti indispensabili per un duraturo sviluppo dell'economia. La Banca concorre alle decisioni della politica monetaria unica nell'area dell'euro e svolge gli altri compiti che le sono attribuiti come banca centrale componente dell'Eurosistema. Può effettuare operazioni in cambi conformemente alle norme fissate dall'Eurosistema. Gestisce le riserve valutarie proprie; gestisce, inoltre, una quota-parte di quelle della BCE per conto di quest'ultima. È responsabile della produzione delle banconote in euro, in base alla quota definita nell'ambito dell'Eurosistema, della gestione della circolazione e dell'azione di contrasto alla contraffazione.

L'Istituto promuove il regolare funzionamento del sistema dei pagamenti attraverso la gestione diretta dei principali circuiti ed esercitando poteri di indirizzo, regolamentazione e controllo propri della funzione di sorveglianza. Tale attività, unitamente all'azione di supervisione sui mercati, mira più in generale a contribuire

alla stabilità del sistema finanziario e a favorire l'efficacia della politica monetaria. La Banca espleta servizi per conto dello Stato quale gestore dei compiti di tesoreria, per gli incassi e pagamenti del settore pubblico, nel comparto del debito pubblico, nell'attività di contrasto dell'usura. Al fine di rendere più efficace l'espletamento dei compiti di politica monetaria e delle altre funzioni istituzionali, la Banca d'Italia svolge una intensa attività di analisi e ricerca in campo economico-finanziario e giuridico.

Come Autorità di Vigilanza, l'Istituto persegue la sana e prudente gestione degli intermediari, la stabilità complessiva e l'efficienza del sistema finanziario, nonché l'osservanza delle disposizioni che disciplinano la materia da parte dei soggetti vigilati.

La Banca d'Italia è l'autorità nazionale competente nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico (Single Supervisory Mechanism, SSM) sulle banche.

In qualità di Autorità nazionale di risoluzione delle crisi, la Banca svolge compiti di istruttoria e operativi nell'ambito del Meccanismo di risoluzione unico europeo delle banche in crisi con l'obiettivo di preservare la stabilità finanziaria dell'area dell'euro.

L'attività della Banca d'Italia comprende numerosi impegni internazionali che interessano le funzioni di central banking e, in particolare, i profili di stabilità finanziaria.

Presso la Banca d'Italia è istituita l'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia (UIF) che, in una posizione di specifica autonomia, esercita funzioni di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

Organi e funzioni dell’istituto.

Oltre al Governatore e al Direttore Generale, la Banca d’Italia svolge le sue molteplici funzioni per il tramite di alcuni organi collegiali. L'assemblea dei partecipanti:1) elegge il Consiglio Superiore della Banca d'Italia; 2) approva il bilancio dell'istituto; 3) esprime parere consuntivo al Presidente del Consiglio sulla nomina del Governatore; 4) non ha diritto di veto sulla nomina del Governatore e dei membri del Direttorio. Assieme all’assemblea opera il Consiglio Superiore (13 membri) che nomina i membri del Direttorio, partecipa al processo di nomina del Governatore, svolge funzioni amministrative e, di norma, non interviene in merito all'attività di vigilanza, all'operato dei servizi e delle filiali.

Le attività di vigilanza e regolazione dell'offerta di moneta sono competenza decisionale dei membri del Direttorio e del Governatore. Dal 2007 è in atto un piano di riorganizzazione territoriale e funzionale della Banca d’Italia al fine di rendere più efficace l’intervento istituzionale nel settore del risparmio, sulla scia dell’indirizzo proveniente dall’Eurosistema.

Funzioni della Banca d'Italia. La Banca d'Italia svolge varie funzioni:

• concorre a determinare le decisioni di politica monetaria per l'intera area dell'Euro nel Consiglio Direttivo della Banca Centrale Europea intervenendo anche sul mercato dei cambi.

• esercita l'attività di vigilanza sulle banche, sugli intermediari finanziari di maggiori dimensioni ex art. 107 del Testo Unico Bancario (d.lgs. n. 385/1993), sugli IMEL (Istituti di Moneta Elettronica) e, d'intesa con la CONSOB, sugli intermediari non bancari (SIM, SICAV e SGR), emanando regolamenti, impartendo istruzioni e assumendo provvedimenti nei confronti degli intermediari finanziari;

• supervisiona i mercati monetari e finanziari (in particolare sul MTS - mercato all'ingrosso dei Titoli di Stato - e sul MID - mercato dei fondi interbancari) e i depositari centrali (Monte Titoli per i titoli pubblici e privati diversi dagli strumenti derivati e la Cassa di Compensazione e Garanzia,cd. cleraing house, per gli strumenti derivati.

• attua, ai sensi dell'art. 146 del Testo Unico Bancario, la sorveglianza sul sistema dei pagamenti;

• partecipa alle attività dei principali organismi finanziari internazionali, tra i quali il Fondo Monetario Internazionale (FMI), la Banca dei Regolamenti Internazionali (BRI) e la Banca Mondiale

• offre consulenze analitiche e informative sullo stato dell'economia agli organi costituzionali in materia di politica economica e finanziaria, anche attraverso la Relazione annuale del Governatore che si tiene in occasione dell'Assemblea dei Partecipanti al capitale entro il 31 maggio di ogni anno.

Inoltre, le filiali della Banca d'Italia svolgono la funzione di Tesoreria Provinciale dello Stato. Questo incarico, ai sensi della legge n. 104/91, è regolato da apposita convenzione tacitamente rinnovata di 20 anni in 20 anni, salvo disdetta di una delle parti da notificarsi all'altra parte almeno 5 anni prima della scandenza fissata nel 2010. Dal 1999, la Banca d'Italia svolge altresì, tramite la Succursale di Roma sita in Via dei Mille, la funzione di Tesoreria Centrale.

I partecipanti al capitale della Banca d'Italia. Lo Statuto della Banca Centrale all'art. 3 specifica le tipologie giuridiche dei soggetti che possono detenere quote del capitale sociale. Prima della revisione del 12 dicembre 2006, lo stesso articolo indicava che il pacchetto di controllo deve essere detenuto da soggetti pubblici.

ll capitale della Banca d'Italia è oggi di 7.500.000.000 euro rappresentato da quote nominative di partecipazione il cui valore nominale, determinato per legge, è di euro 25.000 ciascuna. Le quote di partecipazione possono appartenere a: banche e imprese di assicurazione e riassicurazione aventi sede legale e amministrazione centrale in Italia; fondazioni di cui all'articolo 27 del d.lgs. n. 153 del 17 maggio 1999; enti ed

istituti di previdenza e assicurazione aventi sede legale in Italia e fondi pensione istituiti ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 252 del 5 dicembre 2005.

La legge n. 5 del 2014 ha riformato il capitale della Banca con l'obiettivo, tra gli altri, di ampliare la platea dei partecipanti, stabilendo un limite massimo del 3 per cento alla quota detenibile da ciascuno di essi. Per le quote possedute in eccesso non spetta il diritto di voto e i relativi dividendi - salvo il riconosciuto periodo transitorio che scadrà alla fine del 2016 - sono imputati alle riserve statutarie della Banca. Le assemblee dei partecipanti sono ordinarie e straordinarie. Le assemblee straordinarie deliberano sulle modificazioni dello Statuto; le assemblee ordinarie deliberano su ogni altra materia indicata dallo Statuto.

L'assemblea ordinaria annuale si riunisce non più tardi del 31 marzo, per deliberare sull'approvazione del bilancio, sul riparto dell'utile netto e, ove occorra, sulla nomina dei sindaci e del Presidente del Collegio sindacale. Inoltre, entro il 31 maggio di ogni anno la Banca d'Italia produce una relazione sugli andamenti economici e finanziari, oggetto, in una riunione pubblica non limitata ai Partecipanti, di Considerazioni da parte del Governatore.

L'art. 38 dello Statuto si occupa della distribuzione degli utili. Il Consiglio superiore, su proposta del Direttorio e sentito il Collegio sindacale, delibera il piano di ripartizione dell'utile netto e la presentazione della proposta di destinazione dell'utile netto all'assemblea per l'approvazione. L'utile netto è destinato:

- alla riserva ordinaria, fino alla misura massima del 20 per cento
- ai partecipanti, che risultino titolari delle quote al termine del quarantesimo giorno precedente alla data dell'assemblea in prima convocazione, fino alla misura massima del 6 per cento del capitale
- alla riserva straordinaria e a eventuali fondi speciali, fino alla misura massima del 20 per cento
- allo Stato, per l'ammontare residuo.

Dematerializzazione delle quote di partecipazione al capitale della Banca d'Italia

Il Consiglio superiore ha avviato il processo di dematerializzazione delle quote di partecipazione al capitale della Banca, deliberandone l'immissione nella gestione accentrata in regime di dematerializzazione presso la Monte Titoli Spa con efficacia dal 18 gennaio 2016 (Gazzetta Ufficiale Parte Seconda n. 19 del 15.10.2015). I certificati cartacei rappresentativi delle quote hanno cessato di essere validi dalla data della dematerializzazione.

Il 18 gennaio 2016, presso la Banca d'Italia, sono stati aperti conti titoli intestati a ciascun partecipante nei quali sono state registrate le rispettive quote sulla base delle risultanze del registro dei partecipanti alla data del 2 gennaio 2016.

Il rapporto di custodia delle quote dematerializzate e gli adempimenti connessi con i trasferimenti delle stesse sono disciplinati da un contratto di deposito titoli. Le attività relative al regolamento delle operazioni di trasferimento delle quote e le connesse comunicazioni con la Banca d'Italia sono specificate in una Guida operativa dedicata. Gli adempimenti connessi con la dematerializzazione delle quote sono stati esplicitati in una Comunicazione ai Partecipanti.

Riacquisto da parte della Banca d'Italia di quote proprie dai market makers Alla fine del primo quadrimestre del 2016 risultano realizzate vendite di quote di capitale, possedute dai partecipanti in eccesso rispetto al limite del 3 per cento, per un valore nominale di circa un miliardo di euro; rimangono da collocare quote per un valore nominale di circa 4 miliardi. Il completamento dell'operazione di ridistribuzione del capitale sarebbe favorito dallo sviluppo di un mercato secondario delle quote. Per agevolarlo è prevista la creazione di uno specifico segmento di mercato dell'e-MID dedicato alle contrattazioni sulle quote, su cui opereranno market makers che si impegneranno a vendere e acquistare quote della Banca entro determinati ammontari. Il rischio che i market makers, se essi stessi partecipanti al capitale della Banca d'Italia, si trovino a eccedere il limite del 3 per cento per operazioni connesse con quella loro funzione può ridurre l'efficacia del market making e la liquidità del mercato secondario delle quote. Tenendo conto di ciò, in conformità con la legge, la Banca d'Italia ha deciso di rendersi disponibile ad acquistare temporaneamente dai market makers attivi sull'e-MID quote in eccesso al limite di partecipazione del 3 per cento che questi dovessero trovarsi a detenere a causa degli acquisti fatti nello svolgimento di tale funzione. Questo meccanismo non riguarda pertanto la riallocazione iniziale delle quote da effettuare entro la fine del 2016.

Le quote eventualmente acquisite dalla Banca d'Italia saranno successivamente rivendute a investitori, diversi dal market maker cedente, in grado di acquistarle senza che la loro partecipazione superi il limite del 3 per cento del capitale. Gli acquisti da parte della Banca d'Italia non potranno superare i 500 milioni all'anno in valore nominale e saranno effettuati a un prezzo uguale o inferiore al valore nominale. La successiva vendita avverrà entro 12 mesi dall'acquisto e sarà curata dagli stessi market makers cedenti; trascorso tale termine, la Banca provvederà autonomamente a vendere le quote nel più breve tempo possibile. Lo schema è configurato in modo che in ogni caso il patrimonio della Banca d'Italia non subisca perdite. Alle operazioni sarà garantita idonea pubblicità e, come prescritto dalla legge, su di esse la Banca d'Italia riferirà annualmente alle Camere.

Lo schema generale di tali operazioni di acquisto di quote di capitale proprio è stato approvato dal Consiglio superiore nella seduta del 28 aprile 2016, dopo aver ricevuto il parere favorevole del Collegio sindacale.

FINALITA' E STRUTTURA DELLA BANCA D'ITALIA

Come gli enti pubblici, la Banca Centrale persegue fini di pubblica utilità e gode del rapporto di sovraordinazione degli enti statali sui soggetti privati, fra i quali vige invece un rapporto di equiordinazione (secondo il diritto privato). Questo status rende le decisioni dell'istituto vincolanti per le banche private, e nel contempo afferma che le attività di vigilanza e la regolazione dell'offerta di moneta avvengono nell'interesse economico generale, che può differire da quello dei soci proprietari.

Lo status giuridico di ente pubblico esclude la possibilità di fallimento della Banca d'Italia e, tramite il suo intervento nei casi di crisi, la possibilità di fallimento delle banche private, garantendo la stabilità dell'intero sistema bancario italiano.

La struttura organizzativa della Banca d'Italia riflette le tre dimensioni in cui opera l'Istituto: internazionale, nazionale e locale. L'Amministrazione Centrale elabora e attua gli indirizzi strategici, gestionali e operativi. L'organizzazione territoriale della Banca d'Italia si articola in Filiali insediate nei capoluoghi regionali e in alcuni capoluoghi di provincia. Le Filiali curano il servizio di tesoreria dello Stato; svolgono compiti in materia di vigilanza bancaria e finanziaria, circolazione monetaria e sistema dei pagamenti; sono impegnate in attività di analisi economica e di rilevazione statistica a livello locale.

La Banca è presente all'estero con Delegazioni nelle città di Londra, New York e Tokyo e con funzionari distaccati con la qualifica di Addetti finanziari presso alcune rappresentanze diplomatiche.

L'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia (UIF), che esercita funzioni di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, ha una posizione di specifica autonomia. La Banca d'Italia è impegnata nell'adeguamento dei propri assetti organizzativi, con lo scopo di accrescere la qualità, l'economicità e l'efficienza dei servizi offerti al Paese, in sintonia con le trasformazioni della realtà economica e finanziaria e con le potenzialità offerte dall'innovazione tecnologica.

La Banca d'Italia mantiene sei delegazioni all'estero, a Bruxelles, Francoforte, Londra, New York, Parigi e Tokio. Queste delegazioni curano i contatti con gli organismi internazionali e le istituzioni finanziarie locali.

La Banca d'Italia gestisce a Perugia la Scuola di Automazione per Dirigenti Bancari (SADiBa). Oltre ad ospitare corsi, è anche sede di incontri, conferenze e dibattiti, di livello sia nazionale che internazionale, su temi economici e finanziari.

La Banca d'Italia e il cittadino. È principio fondamentale che la banca centrale, a cui sono assegnate finalità d'interesse pubblico, renda conto del proprio operato

seguendo i criteri di trasparenza previsti dalla legislazione e curando, in generale, la diffusione di dati e notizie di carattere economico-finanziario inerenti alla propria attività.

I servizi offerti al cittadino riguardano i campi:

• della tutela del risparmio;

• della tutela della trasparenza delle condizioni contrattuali;

• del diritto di accesso e procedimenti amministrativi della Banca

d'Italia;

• sul contrasto dell'abusivismo bancario e finanziario. Vigilanza;

• sulle contraffazioni di banconote e monete;

• sul signoraggio;

• sull'usura

• in materia di esposti degli utenti dei servizi bancari e finanziari.

Di particolare interesse sul sito la sezione "Diritto di accesso e procedimenti amministrativi della Banca d'Italia" in cui sono disponibili i testi dei vigenti Regolamenti emanati dalla Banca d'Italia, ai sensi della legge 7.8.1990, n.241, in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi. Inoltre è previsto uno spazio destinato ad accogliere le comunicazioni di avvio del procedimento (esclusi quelli di vigilanza in materia finanziaria e bancaria) trasmesse via Internet dall'Istituto a una pluralità di soggetti.

Le pubblicazioni presenti sul sito sono liberamente scaricabili. Ove non diversamente indicato, una copia cartacea dei singoli documenti può essere richiesta alla Biblioteca "Paolo Baffi". Nei limiti della disponibilità, le richieste sono soddisfatte gratuitamente.

Tramite contatto e-mail (all'indirizzo richieste.pubblicazioni@bancaditalia.it) può essere domandato l'invio delle relazioni annuali, delle relazione che la Banca d'Italia, periodicamente, manda al Parlamento e al Governo, le pubblicazioni economiche, quelle sulla vigilanza, le pubblicazioni statistiche sull'attività dell'Istituto. Sono altresì reperibili i Quaderni di ricerca giuridica, le pubblicazioni storiche, i rapporti annuali e tutte le informazioni inerenti tematiche d'interesse dell'intervento dell'Ente nella sua qualità di regolatore del mercato.

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

(AGCM) www.agcm.it

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nota anche come Autorità Antitrust, è una "Autorità indipendente" istituita dalla legge n. 287 del 10 ottobre 1990 ("Norme per la tutela della concorrenza e del mercato"). L'Autorità va ricompresa tra le "Autorità Indipendenti", che svolgono la propria attività e prendono decisioni in piena autonomia rispetto al potere esecutivo. All'indipendenza dell'Autorità contribuiscono, tra l'altro, le modalità di nomina e i requisiti del Presidente e dei Componenti, i quali sono nominati congiuntamente dai Presidenti di Camera e Senato e non possono essere confermati nella carica alla scadenza dei sette anni. In particolare, il Presidente viene scelto tra persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto alte cariche istituzionali; i quattro Componenti sono scelti tra persone di notoria indipendenza da individuarsi tra magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti o della Corte di Cassazione, professori universitari ordinari e personalità di alta e riconosciuta professionalità provenienti da settori economici.

L'Autorità è finanziata con uno stanziamento annuale in un apposito capitolo dello stato di previsione del Ministero delle Attività Produttive. Per il 2007 esso ammonta a 21,560 milioni di euro. Con la Legge Finanziaria del 2006, inoltre, è stata introdotta, dal 1 gennaio, una forma di parziale autofinanziamento, commisurato alla copertura dei costi relativi al controllo delle operazioni di concentrazione (art. 10, comma 7-bis, della legge 287/90). La sede unica dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato è a Roma.

L'esigenza di un comportamento particolarmente rigoroso, avvertita fin dalla sua costituzione, ha condotto l'Autorità all'approvazione, nell'agosto 1995, di un codice etico a cui devono attenersi tutti gli appartenenti ad essa.

Questo codice è parte integrante del contratto che regola il rapporto con i dipendenti e fornisce direttive in merito al corretto svolgimento dei compiti affidati e ai rapporti con il pubblico. Riguardo al primo aspetto, costituiscono requisiti indispensabili l'imparzialità, la riservatezza, la correttezza nei rapporti con soggetti interessati a qualunque titolo all'attività svolta dall'Autorità. Il codice non afferma solo principi generali, ma fornisce anche disposizioni pratiche su tutta una serie di questioni: dal conflitto di interessi ("il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività dell'Autorità che possano coinvolgere, direttamente o indirettamente, interessi finanziari o non finanziari propri o di parenti entro il quarto grado o conviventi") all'invio di regali ("il dipendente non accetta, neanche in occasione di festività, per sé o per altri, regali o altre utilità aventi valore economico da soggetti in qualsiasi modo interessati dall'attività dell'Autorità, ad eccezione di regali d'uso di modico valore"). Le funzioni di vigilanza sull'applicazione del codice etico sono assegnate ad un magistrato, che è nominato dalla stessa Autorità per sette anni e non può essere riconfermato.

Le funzioni istituzionali. L'Autorità ha il compito di applicare la legge n. 287 del 1990 vigilando:

a) sulle intese restrittive della concorrenza,

b) sugli abusi di posizione dominante

c) sulle operazioni di concentrazione che comportano la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante in modo tale da eliminare o ridurre in misura sostanziale e duratura la concorrenza.

L'Autorità ha anche il compito di applicare le norme contenute nel Titolo III del decreto legislativo n. 206 del 2005 (Codice del Consumo) in materia di pratiche commerciali e nel decreto legislativo 145/2007, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa a tutela delle imprese nei loro rapporti commerciali.

È attribuito, infine, all'Autorità il compito di vigilare sui conflitti di interessi affinché i titolari di cariche di governo, nell'esercizio delle loro funzioni, si dedichino esclusivamente alla cura degli interessi pubblici e si astengano dal porre in essere atti e dal partecipare a deliberazioni collegiali in situazione di conflitto di interessi.

A questi compiti si aggiungono l'attività di segnalazione al Parlamento e al Governo e l'esercizio dell'attività consultiva. Introducendo una normativa antitrust nazionale il legislatore ha voluto, tra l'altro, dare attuazione all'articolo 41 della Costituzione, che riconosce espressamente la libertà di iniziativa economica privata, e adeguare il nostro ordinamento a quello comunitario.

I principali obiettivi sono: a) assicurare le condizioni generali per la libertà di impresa, che consentano agli operatori economici di poter accedere al mercato e di competere con pari opportunità; b) tutelare i consumatori, favorendo il contenimento dei prezzi e i miglioramenti della qualità dei prodotti che derivano dal libero gioco della concorrenza.

Per ogni caso o segnalazione, il Presidente nomina un relatore tra i componenti dell'Autorità. Sulla base degli elementi raccolti dalle Direzioni L'articolo 11, comma 2, della Legge n. 57/01, modificando l'articolo 9 della legge n.192/98, attribuisce all'Autorità la facoltà di intervenire in materia di abuso di dipendenza economica. Cfr. Legge 20 Luglio 2004, n. 215, articolo 1.

L’autorità e il cittadino. Esistono diversi momenti in cui l'attività dell'Autorità è resa pubblica. Innanzitutto viene pubblicato un Bollettino settimanale, disponibile sul sito internet dell'Autorità (www.acm.it), che riporta le decisioni adottate riguardanti intese, abusi di posizione dominante, concentrazioni, indagini conoscitive su settori, segnalazioni e decisioni in materia di pubblicità ingannevole e comparativa. Entro il 30 aprile di ogni anno, inoltre, l'Autorità presenta al Presidente del Consiglio dei Ministri (che la trasmette al Parlamento) la Relazione annuale sull'attività svolta nell'anno precedente. Successivamente ha luogo la presentazione al pubblico della Relazione. In questa occasione il Presidente illustra gli orientamenti seguiti dall'Autorità nelle proprie decisioni. Due volte l'anno l'Autorità deve presentare una

relazione al Parlamento sullo stato delle attività di controllo e vigilanza di cui alla legge 215/2004 sui conflitti di interessi. I documenti sono reperibili sempre all'indirizzo telematico dell'autority.

Nelle pagine web è disponibile il testo integrale di tutte le decisioni adottate dall'Autorità fin dalla sua istituzione, opportunamente classificate (per fattispecie giuridica, data, mercato rilevante, ecc.). Inoltre, il sito è stato dotato di un motore di ricerca, che consente l'interrogazione a testo libero di tutti i documenti ivi contenuti. Gli archivi vengono aggiornati settimanalmente, contestualmente alla pubblicazione delle decisioni sul Bollettino dell'Autorità e all'aggiornamento della base informativa interna dell'Autorità (limitatamente alla sua parte pubblica); lo stesso Bollettino è reso disponibile nel sito.

Attualmente è possibile rivolgersi all'Autorità per acquisire documenti relativi all'attività conclusa (provvedimenti, rapporti, relazioni annuali, ecc.) nonché informazioni di interesse generale (normativa rilevante, comunicati stampa, ecc.). Non possono invece essere oggetto di divulgazione notizie sui procedimenti in corso, nonché quanto altro coperto dal segreto d'ufficio a norma dell'articolo 12 del decreto del Presidente della Repubblica n. 217/98. Al fine di tutelare il diritto alla riservatezza di coloro che sono oggetto dei provvedimenti dell'Autorità in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, e di garantire, nello stesso tempo, la massima trasparenza e conoscenza dell'operato dell'Autorità, i dati identificativi delle parti diffusi via internet restano individuabili dai motori di ricerca esistenti per la durata di tre anni. Trascorso questo periodo, essi sono trasferiti in un'apposita sezione del sito internet dell'Autorità non accessibile dai motori di ricerca esterni, ma restano consultabili da chi accede al sito stesso.

CONSOB (www.consob.it)

La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), istituita con la legge 7 giugno 1974, n. 216, è un'autorità amministrativa indipendente, dotata di personalità giuridica e piena autonomia con la legge 281 del 1985, la cui attività è rivolta alla tutela degli investitori, all'efficienza, alla trasparenza e allo sviluppo del mercato mobiliare italiano.

Le origini storiche e l'evoluzione normativa. Prima dell'istituzione della Consob era il Ministero del Tesoro (un organo non indipendente, ma facente parte integrante del Potere esecutivo) ad espletare le funzioni oggi attribuite all'authority.

Nelle previsioni della legge istitutiva, la Consob si configurava prevalentemente come un organo di vigilanza sulle società quotate in borsa e sui fondi mobiliari. Con la legge 77 del 1983 l'ente ampliò notevolmente l'ambito del suo intervento, esercitando un pieno controllo su tutte le operazioni riguardanti il risparmio pubblico. Ulteriori poteri di vigilanza furono conferiti nel 1991, in relazione alle società di intermediazione mobiliare (sim) e al contrasto del fenomeno dell'insider trading.

Organi e funzioni dell'istituto. La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa è composta da cinque membri nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio previa deliberazione del Consiglio stesso, i quali restano in carica cinque anni e sono rinnovabili una sola volta. Uno dei membri svolge le funzioni di Presidente.

Al fine di svolgere compiutamente i suoi compiti istituzionali, la Commissione si avvale di un vasto apparato burocratico servente di quasi cinquecento fra impiegati e funzionari, divisi fra la sede principale di Roma e la sede operativa di Milano.

L'attività della Consob ha come obiettivi la tutela degli investitori e l'efficienza, la trasparenza e lo sviluppo del mercato mobiliare.

Le sue funzioni si sono progressivamente sviluppate nel tempo in relazione sia all'esigenza di estendere l'ambito della tutela del risparmio che al progressivo evolversi del mercato finanziario e della legislazione in materia. Le funzioni della Consob, estese a tutti gli aspetti rilevanti per l'efficiente tutela del risparmio, riguardano i prodotti oggetto degli investimenti e i relativi emittenti, gli intermediari dei quali i risparmiatori si avvalgono per effettuare tali investimenti e i mercati nei quali essi vengono realizzati. Il controllo sui prodotti finanziari (azioni, obbligazioni, titoli di stato, quote di fondi comuni di investimento ecc.) si realizza assicurando ai risparmiatori tutte le informazioni necessarie per effettuare e gestire i propri investimenti in modo consapevole (controllo di trasparenza). Il controllo sugli intermediari si realizza con l'emanazione di norme dirette a proteggere l'investitore da comportamenti scorretti che possano danneggiarlo (controllo di correttezza).

Il controllo sui mercati si realizza assicurando: la massima efficienza delle contrattazioni, per consentire all'investitore di negoziare agevolmente i prodotti finanziari; la qualità dei prezzi, che devono riflettere le effettive componenti del mercato; l'efficienza e la certezza delle modalità di esecuzione dei contratti conclusi.

In relazione alle attribuzioni stabilite dalla legge, la Consob:

• regolamenta la prestazione dei servizi di investimento, gli obblighi informativi delle società quotate e le offerte al pubblico di strumenti finanziari;

• autorizza la pubblicazione dei prospetti informativi relativi ad offerte pubbliche di vendita e dei documenti d'offerta concernenti offerte pubbliche di acquisto; l'esercizio dei mercati regolamentati; le iscrizioni agli Albi di settore;

• vigila sulle società di gestione dei mercati e sulla trasparenza e l'ordinato svolgimento delle negoziazioni, nonché sulla trasparenza e correttezza dei comportamenti degli intermediari e dei promotori finanziari;

• sanziona i soggetti vigilati, direttamente o formulando una proposta al Ministero dell'Economia e delle Finanze;

• controlla le informazioni fornite al mercato dalle società quotate e da chi promuove offerte al pubblico di strumenti finanziari, nonché le informazioni contenute nei documenti contabili delle società quotate;

• accerta eventuali andamenti anomali delle contrattazioni su titoli quotati e compie ogni altro atto di verifica di violazioni delle norme in materia di abuso di informazioni privilegiate (insider trading) e di aggiotaggio su strumenti finanziari.

Nell'ambito dei suoi compiti istituzionali, la Consob collabora e coopera con il Ministero dell'Economia e delle Finanze (trasmettendo al Ministro, entro il 31 marzo di ciascun anno, una relazione sull'attività svolta, sulle questioni in corso e sugli indirizzi e le linee programmatiche; comunicando al Ministro gli atti e gli eventi di maggior rilievo che riguardano l'attività istituzionale e comunicandogli gli atti di natura regolamentare adottati dalla Commissione; proponendo al Ministro l'adozione di provvedimenti sanzionatori nei confronti di esponenti aziandali dei soggetti vigilati; esprimendo il proprio parere tecnico sulle disposizioni regolamentari per la cui adozione è competente il Ministero - requisiti di onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali degli intermediari, dei promotori finanziari, ecc.-.); con la Banca d'Italia, la Covip, l'Isvap, l'UIC (scambiando le informazioni necessarie per lo svolgimento della rispettiva attività di vigilanza sugli intermediari; esprimendo intese o pareri sui provvedimenti in materia di intermediazione di competenza della Banca d'Italia, della Covip e dell'Isvap); con tutte le altre Amministrazioni pubbliche, nei limiti consentiti dal segreto d'ufficio.

La Commissione intrattiene altresì rapporti di collaborazione con le associazioni rappresentative di categorie professionali, delle cui osservazioni e valutazioni tiene conto nello svolgimento dei propri compiti. Fattivo anche il rapporto istituzionale con la Guardia di Finanza della quale la Consob si avvale per lo svolgimento di indagini e di accertamenti strumentali alla realizzazione dei compiti istituzionali. Infine, esiste un canale di comunicazione privilegiato con l'Autorità giudiziaria, alla quale la Commissione è tenuta a segnalare i fatti accertati nello svolgimento della propria attività, quando essi possono assumere rilevanza penale.

A livello comunitario la Consob partecipa attivamente ai lavori che si svolgono in seno all'Unione Europea per la elaborazione del diritto comunitario relativo ai valori mobiliari. Presta la necessaria collaborazione alle Autorità competenti degli Stati Membri dell'U.E. nelle materie coperte dalla normativa comunitaria. La direttiva sui servizi d'investimento estende la cooperazione anche alle altre Autorità di vigilanza del settore finanziario (bancarie e assicurative).

La Consob partecipa al CESR (Committee of European Securities Regulators), istituito nel giugno 2001 dalla Commissione Europea con il compito di approfondire materie di interesse comune ai Paesi membri dell'Unione e di altri stati dello Spazio Comune Europeo. I membri del CESR hanno sottoscritto un "Multilateral

Memorandum of Understanding" per lo scambio di informazioni reciproche e di cooperazione amministrativa fra le Autorità.

Nell'ambito di organismi internazionali, la Consob è membro dell'IOSCO (International Organization of Securities Commissions) di cui fanno parte attualmente le Autorità di controllo dei mercati mobiliari di circa 90 Paesi. La Consob partecipa, inoltre, ai lavori che si tengono presso altre organizzazioni internazionali che svolgono la loro attività in materia di servizi finanziari, quali l'OCSE e la WTO .

La Consob e il cittadino. La Commissione comunica le proprie iniziative e mette a disposizione della cittadinanza una pluralità di servizi attraverso il suo sito internet, all'indirizzo www.consob.it.

Oltre a rendere trasparente la sua composizione e il suo finanziamento, l'authority pubblica tutte le fonti normative inerenti la sua organizzazione ed il suo funzionamento(ivi compreso il materiale normativo sulla gestione delle risorse umane, sull'amministrazione interna e sulle regole di contabilità).

Nel sito uno spazio specifico è dedicato agli impegni internazionali ed agli accordi di cooperazione.

Tra il materiale normativo sono reperibili anche leggi e regolamenti, adottati anche da autorità differenti dalla Commissione, che la stessa ha contribuito a rendere pubblici, poiché inerenti alle materie in cui essa esercita i propri compiti istituzionali.

Apposite sezioni sono offerte ai soggetti interessati alla fruizione delle informazioni in rete. Essi sono suddivisi in tre categorie: quella dei risparmiatori, degli operatori (intermediari, società di revisione, promotori finanziari, emittenti, organizzatori di SSo) e giornalisti.

AGCOM (www.agcom.it)

Le origini storiche e l'evoluzione normativa. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) è stata istituita in Italia con la legge 31 luglio 1997, n. 249 (c.d. Legge Maccanico). L'organismo creato con tale legge ha in sostanza ereditato le funzioni che erano attribuite all'ex "Garante per la radiodiffusione e l'editoria".

Al pari delle altre autorità previste dall'ordinamento italiano, l'Agcom risponde del proprio operato al Parlamento, che ne ha stabilito i poteri, definito lo statuto ed eletto i componenti.

Nell'opinione della dottrina l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è un'autorità "convergente". La definizione fa riferimento alla scelta del legislatore italiano di attribuire a un unico organismo funzioni di regolamentazione e vigilanza nei settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e dell'editoria. Si tratta di una scelta giustificata dai profondi cambiamenti determinati dall'avvento della tecnologia digitale, che attenua, fino ad annullarle, le differenze fra i diversi mezzi, diventati

veicolo di contenuti – immagini, voce, dati – sempre più interattivi. Telefono, televisione e computer sono destinati a integrarsi, a convergere sulla medesima piattaforma tecnologica, ampliando in tal modo la gamma dei servizi disponibili.

Organi e funzioni dell'istituto. Gli organi dell'autorità sono il Presidente, la Commissione per le infrastrutture e le reti, la Commissione per i servizi e i prodotti ed il Consiglio (composto dal Presidente più i commissari). Ciascuna Commissione è organo collegiale, costituito dal Presidente e da quattro Commissari. Il Consiglio è costituito dal Presidente e da tutti i Commissari.

In considerazione del fatto che i suoi otto commissari sono eletti per metà dalla Camera dei deputati e per metà dal Senato della Repubblica, e il presidente è proposto direttamente dal Presidente del Consiglio (come stabilito dalla Legge Maccanico, che prevede altresì che le investiture definitive vengano date dal Presidente della Repubblica), una parte autorevole della dottrina continua a qualificare l'Agcom come una autorità semi-indipendente.

L'Agcom è innanzitutto un'autorità di garanzia: la legge istitutiva affida all'Autorità il duplice compito di assicurare la corretta competizione Le garanzie riguardano: gli operatori, attraverso: l'attuazione della liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni, con le attività di regolamentazione e vigilanza e di risoluzione delle controversie; la razionalizzazione delle risorse nel settore dell'audiovisivo;

L'Autorità svolge una funzione attiva di controllo dell'intero mercato delle comunicazioni, i cui attori devono conformarsi in primis ai principi dell'art. 21 della Costituzione: pluralismo e promozione della concorrenza, garanzia di un'informazione imparziale, completa, obiettiva e di qualità. Ha inoltre competenze in materia tariffaria, di qualità, controllo degli operatori del mercato. Ha poteri regolamentari, distribuiti tra Consiglio e Commissioni.

Il decreto Bersani (art.14) ha integrato significativamente i poteri dell'autorità, che in passato poteva intervenire soltanto a posteriori dell'illecito. Senza dover condurre la fase di indagine conoscitiva approfondita, l'autorità, se ritiene che sussista un rischio alla concorrenza, può intervenire con misure volte a correggere tale distorsione. Le misure devono indicare una validità per un periodo di tempo limitato, che però è rinnovabile indefinitamente; inoltre, l'autorità ha piena discrezionalità nell'individuare i casi che necessitano di un intervento urgente. L'intervento a priori chiude il procedimento per l'illecito. Se l'impresa è inadempiente agli obblighi, l'autorità può riaprire il procedimento a carico e sanzionare con una multa fino al 10% del fatturato. Analoghi poteri sono previsti dal diritto comunitario per l'antitrust europeo. Più specificamente, l'authority ha poteri amministrativi e consultivi:

• controllo di posizioni dominanti (Consiglio);

• promozione di accordi transfrontalieri e tra operatori, piani di assegnazione delle frequenze, proposte sulla normativa riferita ai servizi minimi all'utenza (Commissione per le infrastrutture e le

reti);

• promozione dello sviluppo tecnologico e dell'offerta

Come l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, anche quest'Autorità presenta una relazione annuale al Presidente del Consiglio dei Ministri.

L'AGCOM e il cittadino. L'autorità per le garanzie nelle comunicazioni mette a disposizione dell'utente una notevole quantità di servizi, tramite l'accesso al suo sito ufficiale reperibile all'indirizzo www.agcom.it. Sul sito è pubblicata una banca dati normativa su tutte le fonti nazionali sull'istituzione dell'autorità (Legge 31 luglio 1997 n° 249, Istituzione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo), la normativa sulla parità d'accesso ai mezzi d'informazione durante le campagne elettorali e referendarie (L. 22 febbraio 2000, n. 28), oltre, ovviamente, al Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259).

Un'ampia sezione è dedicata all'informazione sulle attività dell'Autorità, su cui è possibile reperire tutte le pubblicazioni ufficiali di comunicazione con gli organi istituzionali (così ad esempio la Relazione Annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro e le Audizioni parlamentari) e con le parti sociali (alla voce "Consultazioni pubbliche").

L'AGCOM mette a disposizione dell'utente, in tempo reale, tutte le comunicazioni e le precisazioni inerenti alle iniziative operative; gli studi, le ricerche ed i progetti; oltre ad un'ampia sezione dedicata agli eventi ed alle opportunità di lavoro presso l'Autorità.

All'internauta è consentito non solo apprendere presupposti, competenze ed iniziative dell'Autorità, ma anche interagire con la stessa, attraverso – ad esempio – la segnalazione di eventuali, presunte violazioni della normativa sul conflitto d'interessi o sulla parità di accesso ai mezzi diinformazione

Con la delibera 217/01/CONS del 24 maggio 2001, l'Autorità ha adottato, ai sensi dell'art. 1, comma 9, della legge 31 luglio 1997, n. 249, il regolamento concernente l'accesso ai documenti formati o stabilmente detenuti dall'Autorità. Il regolamento è stato recentemente modificato con la delibera 335/03/CONS, del 24 settembre 2003. Chiunque abbia un interesse personale e concreto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti può esercitare il diritto di accesso ai documenti detenuti dall'Autorità inviando una richiesta scritta e motivata. Il responsabile del procedimento provvede entro trenta giorni e ne

Una buona parte della comunicazione istituzionale tra la comunità e l'AGCOM è consentita attraverso il servizio telematico sui sondaggi. La regolamentazione in materia di sondaggi emanata dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6 lett. b) n. 12 della legge 249/97 (la disciplina regolamentare in materia è contenuta nelle delibere n. 153/02/CSP e n. 237/03/CSP) è messa a disposizione degli utenti.

Questi possono anche fruire di una "Guida ai servizi di telefonia fissa" per la comprensione dei diritti dell'utente dei servizi telefonici forniti dagli operatori e accessibili dal cosiddetto telefono fisso, comprendendo con ciò: i servizi di chiamata locale, nazionale, internazionale, ma anche il servizio di trasmissione dati (fax), e di collegamento ad Internet. Assolutamente utile anche l'apparato informativo per la "Trasparenza delle tariffe telefoniche", la pubblicazione del "Contenzioso tra operatori e utenti" (che mette a disposizione un'ingente quantità di norme e formulari) e la possibilità di effettuare on-line denunce e segnalazioni in materia di telecomunicazioni.

Tramite il sito, l'Autorità cura un costante dialogo col cittadino, anche grazie alle audizioni periodiche e le rilevazioni sulla soddisfazione degli utenti finali e dei consumatori.

Per agevolare l'informazione sulle operazioni di transizione al digitale l'AGCOM ha istituito una sezione speciale detta "registro degli operatori di comunicazione", riservata esclusivamente alle infrastrutture di diffusione operanti sul territorio nazionale. Con essa l'Autorità dispone di uno strumento preciso, ma soprattutto aggiornato, di valutazione e classificazione degli impianti presenti sul territorio, che consente di conoscerne con esattezza le caratteristiche per pianificare gli interventi nel settore. Tale attività di censimento soddisfa i principi di trasparenza e pubblicità.

Tra le altre informazioni utili, la sezione dedicata ai procedimenti sanzionatori ed al contenzioso.

L'Illecito concorrenziale. Rapporti fra le Autorità indipendenti

La convivenza fra Autorità di settore – preposte, in via esclusiva, ad uno specifico settore economico (Agcom, Banca d'Italia, Consob) – e Autorità trasversali – dotate di competenze non limitate oggettualmente a singoli comparti, in quanto istituite a tutela di specifici interessi pubblici di portata generale (Agcm) – ha dato da tempo luogo a interferenze fra le rispettive attribuzioni. In specie, il problema si è posto con riguardo al riparto di competenze nel settore dei servizi finanziari (tra Agcm e Consob); nel settore del credito (tra Agcm e Banca d'Italia); infine, nel settore delle comunicazioni elettroniche (Agcm e Agcom). Si tratta di profili problematici sui quali l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è ripetutamente intervenuta nel corso del 2012, nel tentativo di risolvere i potenziali conflitti di attribuzioni ricostruendo i

rapporti tra la normativa generale in tema di pratiche commerciali scorrette e le regolamentazioni di settore.

Non poche difficoltà si sono registrate a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 2.8.2007, n. 146, di attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, che, sostituendo gli artt. da 18 a 27, d.lgs. 6.9.2005, n. 206 (Codice del consumo), ha individuato l'Agcom quale autorità competente per l'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

La nuova disciplina riguarda le pratiche commerciali tra professionisti e consumatori, intese come «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori»; impone ai professionisti obblighi di completezza e non ingannevolezza nelle informazioni fornite ai consumatori e di piena correttezza delle condotte poste in essere nei loro confronti.

L'art. 27, co. 1, del Codice del consumo (come sostituito dall'art. 1, co. 1, del richiamato d.lgs. n. 146/2007), dedicato alla tutela amministrativa e giurisdizionale, individua l'Autorità garante della concorrenza e del mercato quale autorità competente all'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette; dispone, in specie, che «l'Autorità garante della concorrenza e del mercato … esercita le attribuzioni disciplinate dal presente articolo …, vale a dire: inibisce la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti; dispone la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette, anche richiedendo informazioni; dispone che il professionista provi l'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale; vieta la diffusione o la continuazione della pratica commerciale scorretta, anche con opportuni mezzi di pubblicità; dispone l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie e interdittive».

1.1 Il quadro normativo

Giova ricostruire più nel dettaglio il quadro normativo di riferimento.

L'art. 3 della direttiva 29/2005/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, dopo aver delineato, al par. 1, il proprio campo generale di applicazione (pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori, come stabilite all'art. 5, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto), chiarisce, al par. 4, che le altre norme comunitarie che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali prevalgono e si applicano a tali aspetti specifici solo a condizione di un contrasto con le disposizioni della direttiva stessa. Dispone, in particolare, il citato art. 3, par. 4, della direttiva 29/2005/CE, che «in caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti

specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici». Inoltre, al considerando 10 della richiamata direttiva 29/2005/CE si precisa che la stessa «si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore».

Nell'ordinamento interno, il citato art. 3, par. 4, della direttiva 29/2005/CE è stato trasposto nell'art. 19, co. 3, d.lgs. 6.9.2005, n. 206 (Codice del consumo), ai sensi del quale «in caso di contrasto le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici».

Due le indicazioni desumibili, quindi, dai richiamati riferimenti normativi sovranazionali e nazionali:

a) da un lato, il riferimento al criterio della specialità in forza del quale le disposizioni dettate dal Codice del consumo in tema di accertamento e repressione delle pratiche commerciali sleali recedono allorché sussistano nelle discipline di settore norme contrastanti volte a disciplinare aspetti specifici;

b) dall'altro, e al contempo, l'attitudine della disciplina generale dettata a tutela del consumatore a trovare applicazione, anche allorché le discipline di settore intervengano a regolamentare aspetti specifici, con riguardo ad altri elementi.

2. La focalizzazione

Si è posta così la questione relativa ai rapporti tra la disciplina generale di cui al Codice del consumo e le discipline di settore che possono incidere su aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette.

In specie, il problema è emerso con riguardo:

a) al settore dei servizi finanziari, in relazione al quale è venuta in rilievo la necessità di definire gli ambiti di competenza rispettivamente propri dell'Agcm e della Consob;

b) al settore del credito, con conseguente necessità di delimitare le competenze dell'Agcm e della Banca d'Italia;

c) infine, al settore delle comunicazioni elettroniche, in merito alla delimitazione delle competenze spettanti all'Agcm e alla Agcom.

Si tratta di profili problematici sui quali l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è ripetutamente intervenuta nel corso del 2012.

La questione non attiene certo alla sola risoluzione dei potenziali conflitti di competenze tra differenti Autorità, ma ancor prima alla ricostruzione dei rapporti tra la normativa generale in tema di pratiche commerciali scorrette e le regolamentazioni di settore.

2.1 I rapporti tra la disciplina generale e la disciplina del settore dei servizi finanziari

Con specifico riferimento al settore dei servizi finanziari, si pone la necessità di verificare l'ambito di applicazione della disciplina generale del Codice del consumo, e la conseguente competenza dell'Agcm ad intervenire circa pratiche commerciali scorrette poste in essere dai professionisti che operano nei servizi finanziari (emittenti, intermediari, ecc.). Il problema si pone perché, a garanzia della correttezza delle informazioni al pubblico e della trasparenza e correttezza dei comportamenti dei relativi operatori, è dettata una disciplina legislativa di settore (d.lgs. 24.2.1998, n. 58 e successive modificazioni, recante il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria) per la cui applicazione è competente la Consob, sia per quanto concerne gli emittenti (parte IV del t.u.f.), sia per quanto concerne gli intermediari finanziari (parte II del t.u.f.). Per l'esercizio dei compiti di vigilanza, alla Consob sono attribuiti poteri regolamentari, informativi, ispettivi e sanzionatori.

Al riguardo, Cons. St., sez. I, 3.12.2008, n. 3999, – ritenuta la necessità di fare applicazione, nella soluzione del problema, del principio di specialità – ha sostenuto che lo stesso principio va disancorato «dal riferimento prevalentemente soggettivo (cioè al tipo di operatore interessato o di soggetto tutelato)» e calibrato piuttosto «sull'oggetto dell'intervento e sull'interesse generale perseguito attraverso l'intervento stesso». Secondo il Consiglio di Stato, in particolare, nel fare applicazione della specialità – e sempre che la stessa non incontri "limiti intrinseci" (riscontrabili nei casi di "specialità reciproca", sussidiarietà o "reciproco assorbimento") o "estrinseci" (ricorrenti quando il conflitto è espressamente risolto da una norma di legge) – occorre avere riguardo «al tipo di comportamento e soprattutto alla situazione contestuale verso cui l'intervento correttivo o sanzionatorio è diretto; più che al tipo di operatore coinvolto si deve aver riguardo alla materia su cui i due possibili interventi vanno ad incidere, vale a dire – laddove esista un contesto distinto i cui operatori agiscono secondo regole e pratiche di sistema – al settore su cui l'intervento va ad essere dispiegato». Pare quindi che, alla stregua della ricostruzione svolta nel precedente richiamato, nell'applicare il criterio della specialità, la comparazione debba riguardare – almeno quando esista «un contesto distinto i cui operatori agiscono secondo regole e pratiche di sistema» – non già le singole fattispecie di illecito previste dalla normativa generale e da quella di settore (e nelle quali il fatto contestato all'operatore appare prima facie riconducibile) – ma i «settori su cui l'intervento correttivo o sanzionatorio va ad essere dispiegato». Ed invero, la stessa prima sezione conclude osservando che «è la caratteristica distinta

del settore finanziario a identificare … le ragioni della specialità. Non pare infatti dubitabile che il settore finanziario rappresenti, per le sue caratteristiche, le sue pratiche, la sua ragione e le sue stesse norme un contesto di sistema, distinto rispetto al mercato in generale, come è facilmente riscontrabile in termini giuridici con il suo ordinamento di settore, specifico a quello del mercato in generale, di cui le disposizioni sopra richiamate sono indice. La conclusione nel caso in esame pare dunque essere – conformemente a quanto prospetta l'AGCM – che la normativa di ordine speciale del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 prevale, anche ai fini della identificazione dell'Autorità competente ad intervenire, sulla normativa di ordine generale di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206».

2.2 I rapporti tra la disciplina generale e la disciplina del settore dei servizi bancari

Ci si è chiesti ancora se, allorché la vicenda attenga all'esercizio del credito, sia competente ad emettere l'atto sanzionatorio della pratica commerciale scorretta l'Agcm ovvero la Banca d'Italia ai sensi del d.lgs. 1.9.1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), il quale istituisce un complesso sistema di controllo e sanzionatorio per l'appunto affidato alla Banca d'Italia: esito, questo, cui sarebbe consentito pervenire assumendo la natura "speciale" della normativa di cui al d.lgs. n. 385/1993 rispetto al d.lgs. 6.9.2005, n. 206 (Codice del consumo), di cui resterebbe esclusa quindi l'applicabilità. Sul punto, è intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con sentenza 11.5.2012, n. 14. Nel caso sottoposto all'esame del giudice amministrativo, la parte ricorrente aveva contestato la competenza dell'Antitrust a sanzionare pratiche commerciali scorrette sul rilievo che, trattandosi di condotte poste in essere in relazione all'acquisto di prodotti finanziari, sussisterebbe invece la competenza della Banca d'Italia ai sensi del d.lgs. 1.9.1993, n. 385. Ha premesso l'Alto Consesso che in presenza di due norme, astrattamente applicabili alla medesima fattispecie, il ricorso al principio di specialità non richiede necessariamente come presupposto una situazione di contrasto fra le due, essendo invece sufficiente una difformità di disciplina tale da rendere illogica la sovrapposizione delle due regole e invece logica l'applicazione di quella, fra le due, che presenti elementi di specificità, atteso che la disciplina generale va intesa come livello minimo di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione; con la precisazione per cui l'applicazione della lex specialis è possibile solo laddove si riscontrino effettivi elementi di specificità in relazione al settore di riferimento, in mancanza dei quali la lex generalis è suscettibile di "riespandersi", al fine di colmare la lacuna riscontrata nell'ordinamento di settore.

Nel caso di specie, quanto al rapporto fra la disciplina generale in materia di pratiche commerciali scorrette – contenuta nel Codice del consumo e ricadente nella competenza dell'Antitrust – e quella specifica relativa alle condotte poste in essere in relazione all'acquisto di prodotti finanziari – dettata dal t.u. delle leggi in materia

bancaria e creditizia approvato con d.lgs. n. 385/1993 e affidata alla competenza della Banca d'Italia – l'Adunanza plenaria ha osservato che il citato testo unico bancario, mirando al corretto e trasparente funzionamento del mercato, non contiene specifiche disposizioni volte alla tutela del consumatore, oggetto invece della disciplina contenuta nel Codice del consumo. I giudici amministrativi hanno quindi concluso per la sussistenza della competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato – e non quella della Banca d'Italia – a disporre una sanzione nei confronti di una società operante nel settore finanziario che abbia posto in essere pratiche ritenute scorrette nell'ambito di operazioni di finanziamento finalizzate all'acquisto di prodotti in vendita presso esercizi commerciali.

2.3 I rapporti tra la disciplina generale e la disciplina del settore delle comunicazioni elettroniche

Infine, ci si è chiesti se la presenza di un'articolata normativa di ordine speciale (Codice delle comunicazioni elettroniche), con relativi poteri sanzionatori in capo ad Agcom, escluda, in ossequio al principio di specialità, la contemporanea applicazione, da parte dell'Agcm, della disciplina generale relativa alle pratiche commerciali scorrette. Invero, l'Agcom esercita, tra l'altro, funzioni a tutela dell'utenza, disciplinate da numerose disposizioni del Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al d.lgs. 1.8.2003, n. 259, attuate poi dalla delibera n. 664/06/CONS in materia di contratti di utenza a distanza. Tali specifiche previsioni sarebbero destinate, pertanto, a prevalere sulle disposizioni del Codice del consumo, posto che la direttiva comunitaria 2005/29/CE (recepita dal predetto Codice) sancisce espressamente la prevalenza delle disposizioni speciali dettate da altre normative a tutela dell'utenza.

Sulla questione è intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenze 11.5.2012, nn. 11, 12, 13, 15 e 16. L'Alto Consesso premette che, sul piano sanzionatorio, il principio di specialità, che nell'ordinamento nazionale vigente ha portata generale, come desumibile dagli artt. 15 c.p. e 9, l. 24.11.1981, n. 689, non consente la contemporanea applicazione di due diverse norme disciplinanti la medesima fattispecie, ma implica la necessaria applicazione solo di quella che, fra le due, possegga tutti gli elementi dell'altra, ma ad essi aggiunga un ulteriore elemento, che la rende specifica. Ciò è quanto si desume dall'utilizzo dei termini «conflict» o «conflit» presenti, rispettivamente, nei testi inglese e francese della citata direttiva 2005/29/CE, i quali andrebbero tradotti, più che come "contrasto", come "diversità di disciplina" poiché la voluntas legis è quella di «evitare una sovrapposizione di discipline di diversa fonte e portata»2.

Ciò chiarito, il giudice amministrativo afferma che spetta all'Agcom, e non all'Agcm, la competenza a sanzionare le violazioni delle prescrizioni dettate dal Codice delle comunicazioni elettroniche in materia di attività anticoncorrenziale da parte dei gestori degli impianti di telecomunicazioni, attesa la presenza di requisiti di

specificità nella disciplina codicistica, rispetto a quella generale contenuta nel Codice del consumo, nonché la sua esaustività e completezza. Peraltro, l'Alto Consesso non ha condiviso la tesi secondo cui la competenza ad individuare la disciplina ex ante non esaurisce la disciplina di settore, lasciando spazi per interventi ex post ad opera dell'Antitrust, sulla base del modello del "caso per caso". Ed invero, la necessità di garantire la coerenza logico-sistematica dell'azione repressiva esige che ad essa provveda un'unica Autorità, senza distinzioni fondate su una contrapposizione – inaccettabile sul piano pratico prima ancora che su quello teorico – fra una disciplina ex ante, affidata alla competenza di un'Autorità, e una presunta disciplina ex post, affidata ad un'altra Autorità, la cui competenza si amplierebbe o si restringerebbe a seconda della maggiore o minore estensione della disciplina dettata dall'autorità di settore. In tal modo – sostengono i giudici della plenaria – si evita di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti, con possibili conclusioni anche differenti tra le due Autorità (come in pratica è a volte avvenuto). Inoltre, si consente che si dettino indirizzi univoci al mercato, che altrimenti verrebbe a trovarsi in una situazione di possibile disorientamento, con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti/consumatori e sui costi che questi ultimi sono chiamati a pagare. Sottolinea in conclusione l'Adunanza plenaria che l'applicazione del principio di specialità vale solo ai fini della normativa a tutela degli utenti, e non anche per quella antitrust, con la conseguenza che le competenze di Agcm e Agcom, in tale ultimo settore, sono completamente indipendenti.

3. I profili problematici. La non condivisa logica della complementarietà

Illustrate le posizioni emerse, è opportuno considerare che la logica della complementarietà – non condivisa dalla plenaria – oltre a non apparire affatto priva di addentellati di diritto positivo, risponde a precise e non trascurabili esigenze sostanziali.

Sul fronte normativo, il citato art. 19, co. 3, d.lgs. 6.9.2005, n. 206 (Codice del consumo), dispone che «in caso di contrasto le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici»: salvo, pertanto, che per gli specifici aspetti delle pratiche commerciali scorrette disciplinati in modo contrastante dalle normative di settore, andrebbe garantita l'operatività della generale disciplina a tutela del consumatore con l'applicazione, quindi, delle comuni fattispecie di illecito (pratiche scorrette, ingannevoli o aggressive) disciplinate dagli art. da 18 a 27 del Codice del consumo, non relative a settori specifici ma al rapporto tra consumatore e professionista in quanto tali.

La logica della complementarietà delle discipline, del resto, appare idonea ad evitare vuoti di tutela del consumatore, potendosi altrimenti lasciare senza sanzione comportamenti pure rivolti a suo danno, prevenendosi, altresì, il rischio che la

normativa generale di tutela del consumatore quale parte negoziale debole venga limitata, se non vanificata, da plurime norme settoriali speciali. Si consideri che i citati artt. 3, par. 4, della direttiva 29/2005/CE, e 19, co. 3, d.lgs. 6.9.2005, n. 206 (Codice del consumo), dispongono che la disciplina generale recede solo a fronte di norme di settore che regolamentino «aspetti specifici delle pratiche commerciali» e nei limiti in cui vengano in rilievo tali «aspetti specifici», dovendo per tutti gli altri profili riespandersi l'operatività delle comuni fattispecie di illecito succitate. Due le esigenze sottese a tale regolamentazione – europea e nazionale – dei criteri di riparto delle competenze e di risoluzione di eventuali ipotesi di concorso di norme:

a) da un lato, quella di evitare che, a fronte dello stesso fatto, già sanzionato dalla disciplina di settore con la previsione di una fattispecie speciale, possano essere addebitati all'operatore più illeciti e comminate più sanzioni;

b) dall'altro, quello di limitare il carattere recessivo della generale disciplina a tutela del consumatore alle sole ipotesi in cui le regolamentazioni di settore prevedano fattispecie corrispondenti a quelle delineate dalla disciplina generale, ancorché rispetto a queste speciali (per specificazione o per aggiunta), sì da stemperare il rischio che la definizione dei problemi di concorso tra discipline possa risolversi in una complessiva deminutio della tutela approntata in favore del consumatore ed una impunità di comportamenti pregiudizievoli, punibili alla stregua degli artt. da 18 a 27 del Codice del consumo, ma non sussumibili, tuttavia, in alcuna delle ipotesi di illecito di settore.

Ebbene, le esposte esigenze suggeriscono un'applicazione del criterio normativo della specialità non dissimile da quella prevalsa negli ultimi anni nella giurisprudenza penale in sede di interpretazione dell'art. 15 c.p.4, volta cioè a porre a raffronto le fattispecie astratte di illecito amministrativo rispettivamente delineate dalla disciplina generale a tutela del consumatore e da quelle di settore, concludendo per l'applicazione di quest'ultima solo se la stessa possa dirsi speciale rispetto a quella contemplata dalla normativa generale.

Allorché non sia dato riscontrare tale relazione di specialità appare problematico escludere l'applicazione della disciplina generale: ne risulterebbero compromesse le esposte esigenze, in specie quella relativa alla pienezza ed effettività della tutela del consumatore. Esigenza, quest'ultima, che deve indurre a considerare con problematicità l'approccio interpretativo secondo cui il criterio di specialità va applicato ponendo a raffronto non le singole fattispecie, ma i «settori su cui l'intervento correttivo o sanzionatorio va ad essere dispiegato»: evidente, invero, il rischio sotteso a tale impostazione, ossia quello che si finisca per ritenere speciale l'intera disciplina di settore, con conseguente esclusione di qualsiasi margine di operatività della disciplina generale dettata a tutela del consumatore, ancorché, in ipotesi, solo nelle fattispecie sanzionatorie da quest'ultima delineate (e non in quelle contemplate dalla regolamentazione di settore) sia riconducibile il fatto che in

concreto si intenda contestare all'operatore. Si consideri, del resto, che proprio con l'intento di stemperare i rischi di oscillazioni che si annidano nella identificazione del bene giuridico presidiato con la incriminazione delle fattispecie, la più recente e prevalente giurisprudenza penale esclude che, nel definire la natura apparente o effettiva del concorso di norme penali, abbia rilievo la diversità o l'identità delle oggettività giuridiche protette dalle disposizione in concorso, affidando quindi al solo riscontro della sussistenza di una relazione strutturale di specialità tra le fattispecie che vengono in considerazione la soluzione del problema di concorso: tanto in omaggio ad un'esigenza di certezza e determinatezza che viene in rilievo anche nel settore qui in esame.

ISVAP (www.isvap.it)

L'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private e di Interesse Collettivo (ISVAP) è un'Autorità amministrativa indipendente, dotata di piena autonomia, operante per garantire la stabilità del mercato assicurativo, nonché la trasparenza dei prodotti offerti, nell'interesse degli assicurati e della collettività.

Le origini storiche e l'evoluzione normativa. L'Istituto è un ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico ed è stato istituito con legge 12 agosto 1982, n. 576, per l'esercizio di funzioni di vigilanza nei confronti delle imprese di assicurazione e riassicurazione nonché di tutti gli altri soggetti sottoposti alla disciplina sulle assicurazioni private, compresi gli agenti e i mediatori di assicurazione. L'ISVAP svolge le sue funzioni sulla base delle linee di politica assicurativa determinate dal Governo. Oltre alle funzioni già indicate nella legge istitutiva del 1982, negli anni novanta l'ISVAP si è vista riconoscere poteri sempre crescenti, fino all'art. 2 del decreto legislativo 13 ottobre 1998, n. 373, con cui sono state attribuite all'autorità tutte le funzioni in materia assicurativa che prima erano di competenza del Ministero dello sviluppo economico e del CIPE (rendendola così un'autorità veramente indipendente dal Governo).

Nell'estrema sintesi, ad oggi l'Istituto:

• controlla la gestione tecnica, finanziaria, patrimoniale e contabile delle imprese di assicurazione

• vigila sull'osservanza delle leggi e dei regolamenti in materia assicurativa da parte delle imprese e degli agenti

• rileva i dati di mercato necessari per la formazione delle tariffe e delle condizioni di polizza

• fornisce al Ministro dell'Industria una relazione annuale sulla politica assicurativa, un parere settoriale, proposte di risanamento presentate dalle società assicurative

• collabora con le altre autorità indipendenti, per assicurare il corretto esercizio delle rispettive funzioni

• partecipa alla determinazione dell'indirizzo amministrativo del settore (L. 9 gennaio 1991, n. 20)

• autorizza l'esercizio dell'attività assicurativa (art. 4, d.P.R. 18 aprile 1994, n. 385)

• assicura la trasparenza dell'offerta agli utenti (L. 5 marzo 2001, n. 57)

• raccoglie i reclami presentati nei confronti delle imprese assicurative, li censisce in un registro dei reclami (circ. Isvap 518/D, 21/11/2003), agevola la corretta esecuzione dei contratti assicurativi e facilita la soluzione delle questioni che gli vengono sottoposte intervenendo nei confronti dei soggetti vigilati con provvedimenti e sanzioni.

L'esercizio della vigilanza da parte dell'ISVAP ha per scopo la sana e prudente gestione delle imprese di assicurazione e di riassicurazione e la trasparenza e la correttezza dei comportamenti delle imprese e degli altri soggetti controllati, avendo riguardo alla stabilità, all'efficienza, alla competitività ed al buon funzionamento del sistema assicurativo, alla tutela degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative, all'informazione ed alla protezione dei consumatori.

L'ISVAP esercita le funzioni di vigilanza nei confronti:

• delle imprese che esercitano nel territorio della Repubblica italiana attività di assicurazione e riassicurazione;

• dei gruppi assicurativi e dei conglomerati finanziari nei quali tali imprese sono incluse, in conformità alla specifica normativa ad essi applicabile (c.d. vigilanza "supplementare");

• degli intermediari di assicurazione e di riassicurazione, dei periti e di ogni altro operatore del mercato assicurativo;

• dei soggetti che in qualunque forma svolgono funzioni parzialmente comprese nel ciclo operativo delle imprese di assicurazione o di riassicurazione, limitatamente ai profili assicurativi e riassicurativi.

L'Autorità svolge le funzioni di vigilanza sul settore assicurativo mediante l'esercizio di poteri di natura autorizzatoria, prescrittiva, accertativa, cautelare e repressiva nonché attraverso l'adozione di ogni regolamento necessario per la sana e prudente gestione delle imprese o per la trasparenza e la correttezza dei comportamenti dei soggetti vigilati. Le norme sulla vigilanza, contenute in molteplici disposizioni di settore, sono ora riunite nel Codice delle Assicurazioni di cui al decreto legislativo settembre 2005, n. 209

In particolare, l'ISVAP provvede ad autorizzare le imprese all'esercizio dell'attività assicurativa e/o riassicurativa nei vari rami e all'estensione rispetto a quelli già autorizzati nonché a svolgere tutte le attività connesse con il rilascio di tali autorizzazioni, verificando nel tempo la sussistenza delle previste condizioni di

esercizio, nonché ad autorizzare le operazioni di fusione, scissione e trasferimento di portafoglio e le operazioni infragruppo. Dette competenze vengono esercitate, attraverso il controllo sulla gestione tecnica, finanziaria, patrimoniale e contabile, nei confronti delle imprese assicurative nazionali ed estere (rappresentanze di imprese con sede legale in un Paese non appartenente all'Unione Europea) e riassicurative ad essa sottoposte. La vigilanza a fini di stabilità sulle imprese con sede legale in uno Stato membro dell'Unione Europea, che esercitano attività assicurativa in Italia in regime di stabilimento o di libera prestazione di servizi, spetta all'autorità dello Stato membro d'origine (c.d. home country control).

Per l'esercizio delle proprie funzioni, l'ISVAP ha, tra l'altro, la facoltà di richiedere ai soggetti vigilati la comunicazione, anche periodica, di dati e notizie, disporre nei loro confronti ispezioni e indagini specifiche, anche avvalendosi della collaborazione della Guardia di Finanza; convocare i componenti degli organi amministrativi e di controllo, i direttori generali delle imprese di assicurazione e riassicurazione, i legali rappresentanti della società di revisione, l'attuario revisore, l'attuario incaricato per i rami vita e l'attuario incaricato per il ramo r.c. auto. Può inoltre ordinare la convocazione dell'assemblea, degli organi amministrativi e di controllo delle imprese nonché procedere direttamente alla convocazione quando questi non vi abbiano ottemperato.

L'ISVAP effettua le attività necessarie per promuovere un appropriato grado di protezione di assicurati e danneggiati. In particolare, nel caso in cui l'impresa violi le norme che è tenuta a rispettare o adotti comportamenti che potrebbero pregiudicare la sua stabilità, l'ISVAP può adottare misure correttive, repressive e sanzionatorie o proporne l'adozione da parte del Ministro delle attività produttive.

L'ISVAP effettua altresì le attività necessarie per sviluppare la conoscenza del mercato assicurativo, comprese le indagini statistiche ed economiche e la raccolta di elementi per l'elaborazione delle linee di politica assicurativa determinate dal Governo. Svolge inoltre attività consultiva di segnalazione e proposta nei confronti del Parlamento e del Governo nell'ambito delle competenze per la regolazione e la vigilanza sul settore assicurativo.

Nell'esercizio delle funzioni che gli sono demandate, l'ISVAP promuove tutte le forme di collaborazione ritenute necessarie con le altre autorità di vigilanza finanziarie e con gli Organi di controllo assicurativi degli altri Paesi dell'Unione Europea.

L'ISVAP, entro il 31 maggio di ogni anno, presenta al Presidente del Consiglio dei Ministri, per la trasmissione al Parlamento, una relazione sull'attività svolta. I regolamenti, le raccomandazioni interpretative ed i provvedimenti riguardanti i soggetti vigilati sono pubblicati sul Bollettino mensile e disponibili sul sito Internet dell'ISVAP.

La legge assegna all'ISVAP una rilevante missione di tutela del consumatore, con particolare riguardo alla trasparenza nei rapporti tra imprese e assicurati e l'informazione al consumatore; in particolare, l'ISVAP disciplina l'informazione preliminare ed in corso di contratto che deve essere messa a disposizione del contraente e stabilisce le regole di comportamento che le imprese e gli intermediari sono tenuti ad osservare nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti di assicurazione, e ne verifica il puntale adempimento. Dette competenze vengono esercitate dall'ISVAP nei confronti di tutte le imprese operanti sul mercato italiano, comprese quelle aventi sede legale in un altro Paese dell'Unione Europea e operanti in Italia in regime di stabilimento o di libera prestazione dei servizi. Al medesimo fine, l'ISVAP ha introdotto una specifica procedura per la gestione dei reclami presentati dell'utenza, che prevede il preventivo invio degli stessi ad una apposita struttura istituita presso ogni impresa, riservandosi ogni potere di intervento nei casi di insoddisfacente esito dei contatti avviati nonché di verifica delle eventuali violazioni di leggi e regolamenti.

Organi e funzioni dell'istituto. Sono organi dell'ISVAP il Presidente, che esercita anche le funzioni di direttore generale, e il Consiglio, costituito da sei componenti oltre al Presidente.

L'ISVAP e il cittadino. L'autorità mette a disposizione dei cittadini utenti e degli operatori del settore numerosi servizi telematici, attraverso il suo sito ufficiale all'indirizzo www.isvap.it.

Per l'utente privato l'Autorità ha organizzato l'impianto informativo in "sezioni" [1) "Incidenti stradali con controparti estere"; 2) "Italian Information Center"; 3) "Come presentare un reclamo"; 4) "Quesiti frequenti"; 5) "Raccomandazioni utili per acquistare una polizza in internet"; 6) "Guida pratica alle Assicurazioni"; 7) "RC Auto"; 8) "Rete FIN-Net"], ove il cittadino è in grado di ritrovare tutte le indicazioni necessarie per interagire con gli organi istituzionali preposti all'intervento nel settore delle assicurazioni, la normativa di riferimento e la modulistica.

Molto più strutturata la parte dedicata alle Imprese e agli Intermediari. In queste "sezioni" (Assunzioni di Partecipazioni; Registro Unico degli Intermediari assicurativi e riassicurativi; Elenco degli Intermediari della Unione Europea; Banca Dati Sinistri R.C.Auto; Guida Istanze; Imprese in Liquidazione; Modifiche Statutarie; Ruolo dei Periti assicurativi; Albo Imprese), tutte liberamente consultabili, l'ISVAp soddisfa le esigenze di trasparenza e di pubblicità dell'attività come prima indicate.

Assai utile per l'utente, sia singolo, sia organizzato in forma di impresa, è l'ampia sezione dedicata alla "Normativa di riferimento". Qui si possono scaricare tutti i provvedimenti resi dall'Autorità nella sua attività di vigilanza e controllo, e le circolari dispositive.

Di pubblica consultazione sono anche gli esiti della fase pubblica di consultazione a cui l'ISVAP ricorre per la produzione dei suoi provvedimenti; le c.d. "lettere al mercato" e tutta la normativa europea, i protocolli e le convenzioni, i regolamenti.

L'Istituto mette a disposizione dell'utente anche numerosi documenti di rilevazione statistica della sua attività ed ovviamente tutti i Bollettini ufficiali, che costituiscono la fonte primaria di informazione poi sintetizzata nella Relazione istituzionale annuale.

GARANTE PRIVACY (www.garanteprivacy.it)

Il Garante per la protezione dei dati personali è un'autorità indipendente istituita dalla legge sulla privacy (legge 31 dicembre 1996 n. 675) per assicurare la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali ed il rispetto della dignità nel trattamento dei dati personali.

Gli organi del Garante. L'Autorità in commento è un organo collegiale, composto da quattro membri eletti dal Parlamento, i quali rimangono in carica per un mandato di quattro anni rinnovabile.

L'Ufficio del Garante, al quale sovrintende il Segretario generale, è articolato, oltre che in alcune unità temporanee, in dipartimenti e servizi: la Segreteria generale; l'Ufficio di segreteria; l'Ufficio per le relazioni con il pubblico; l'Ufficio archivio e protocollo e la Segreteria di sicurezza. I dipartimenti sono: il Dipartimento realtà economiche e produttive; il Dipartimento libertà pubbliche e sanità; il Dipartimento comunicazioni e reti telematiche; il Dipartimento risorse umane; il Dipartimento amministrazione e contabilità; il Dipartimento contratti e risorse finanziarie, il Dipartimento attività ispettive e sanzioni; il Dipartimento registro dei trattamenti Dipartimento risorse tecnologiche. L'Autorità fruisce anche di appositi uffici detti "Servizi" (Servizio di segreteria del collegio; Servizio relazioni istituzionali; Servizio relazioni comunitarie e internazionali; Servizio relazioni con i mezzi di informazione; Servizio studi e documentazione).

I compiti istituzionali del Garante. L'attività del Garante, iniziata nel 1997, ha riguardato ogni settore della vita sociale economica e culturale del Paese in cui si sia manifestata l'esigenza della protezione dei dati personali.

Sotto tale aspetto, speciale interesse hanno rivestito i provvedimenti adottati in materia di attività delle pubbliche amministrazioni, sanità, lavoro, credito ed assicurazioni, giornalismo, telecomunicazioni, videosorveglianza, marketing.

I compiti del Garante erano originariamente specificati nell'art. 31 della legge 675/1996:

• il controllo della conformità dei trattamenti di dati personali a leggi e regolamenti e la segnalazione ai titolari o ai responsabili dei trattamenti delle modifiche da adottare per conseguire tale conformità;

• l’esame delle segnalazioni e dei reclami degli interessati, nonché dei ricorsi presentati ai sensi dell’art. 29 della legge;

• l’adozione dei provvedimenti previsti dalla normativa in materia tra cui, in particolare, le autorizzazioni generali per il trattamento dei dati sensibili;

• la promozione, nell’ambito delle categorie interessate, della sottoscrizione dei codici di deontologia e di buona condotta;

• il divieto, in tutto od in parte, ovvero il blocco del trattamento di dati personali quando per la loro natura, oppure per le modalità o gli effetti di tale trattamento, vi sia il rischio concreto di un rilevante pregiudizio per l’interessato;

• la segnalazione al Governo dei provvedimenti normativi di settore, la cui adozione si manifesti opportuna, e la formulazione dei pareri richiesti dal Presidente del Consiglio o da ciascun ministro in ordine ai regolamenti ed agli atti amministrativi inerenti alla materia della protezione dei dati personali;

• la predisposizione di una relazione annuale sull’attività svolta e sullo stato di attuazione della legge e la sua trasmissione al Parlamento e al Governo;

• la partecipazione alle attività comunitarie ed internazionali di settore, quale componente delle autorità comuni di controllo previste da convenzioni internazionali (Europol, Schengen, Sistema informativo doganale);

• il controllo, anche a richiesta degli interessati, sui trattamenti dei dati personali effettuati da forze di polizia e dai servizi di informazione e di sicurezza;

• l’indicazione degli accorgimenti da adottare nell’uso dei dati "semisensibili" (cd. prior checking, introdotto dal d.lg. n. 467/2001).

Attualmente le funzioni istituzionali dell’amministrazione indipendente in tema di tutela della riservatezza sono elencati nel Decreto

legislativo n. 196 del 2003, ormai noto come Codice sulla Privacy. Tra le funzioni principali (cfr. art. 154 D.Lgs. 196/2003) rientrano quelli di:

• controllare che i trattamenti siano effettuati nel rispetto delle norme di legge

• ricevere ed esaminare i reclami e le segnalazioni e provvedere sui ricorsi presentati dagli interessati

• vietare anche d'ufficio i trattamenti illeciti o non corretti ed eventualmente disporne il blocco

• promuovere la sottoscrizione di codici di deontologia e buona condotta di determinati settori

• segnalare al Governo e al Parlamento l'opportunità di provvedimenti normativi richiesti dall'evoluzione del settore

• esprimere pareri nei casi previsti

• curare la conoscenza tra il pubblico della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali e delle relative finalità e in materia di misure di sicurezza dei dati

• denunciare i fatti configurabili come reati perseguibili d'ufficio conosciuti nell'esercizio delle sue funzioni

• tenere il registro dei trattamenti

• predisporre una relazione annuale sull'attività svolta da presentare al Governo e al Parlamento

• essere consultato da Governo o Ministri quando questi predispongono norme che incidono sulla materia

• cooperare con le altre Autorità Indipendenti

AUTORITA' ENERGIA ELETTRICA E GAS

(www.autorita.energia.it)

Origini storiche ed evoluzione normativa. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas è un'autorità indipendente che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di un mercato concorrenziale nel settore energetico, in seguito alla sua privatizzazione. L'Autorità è un istituto nato in seguito alla decisione dell'Unione Europea di liberalizzare il settore dell'energia, sostituendo di fatto i monopoli presenti nella maggior parte dei Paesi aderenti alla Comunità. In seguito alle direttive comunitarie in materia di apertura dei mercati energetici, recepite in Italia con decreti legislativi, l'Autorità venne istituita con la legge n. 481 del 14 novembre 1995 ("Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità"). Essa svolge le sue attività dal 23 aprile 1997.

L'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio nel quadro degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo e dal Parlamento e tenuto conto delle normative dell'Unione europea in materia. Il Governo indica all'Autorità le esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità che corrispondono agli interessi generali del Paese, attraverso il Documento di programmazione economico-finanziaria,.

Per l'emanazione dei propri provvedimenti l'Autorità si basa sia su procedure disciplinate da propri regolamenti sia su regolamenti emanati con decreto del Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, in particolare per le procedure relative agli interessi individuali e quelle relative alla conciliazione e l'arbitrato. Nel caso di adozione di atti normativi o con carattere generale, l'Autorità apre un procedimento in cui designa un funzionario responsabile per gli adempimenti necessari e, fra i propri componenti, un relatore con

il compito di illustrare gli esiti dell'attività preparatoria e una proposta di decisione. Il procedimento fissa il termine entro il quale è possibile fare pervenire osservazioni scritte e, ove necessario, le eventuali procedure di consultazione dei soggetti interessati e delle formazioni associative.

Nel caso di reclami, istanze, segnalazioni o altri elementi raccolti dagli uffici dai quali emergano gli estremi di un possibile intervento di competenza dell'Autorità finalizzato all'adozione di provvedimenti a carattere individuale l'Autorità opera attenendosi ai criteri del procedimento definiti dal DPR n° 244/01. Questi definiscono le modalità e i termini di avvio del procedimento, lo svolgimento delle attività istruttorie, le eventuali perizie, consulenze e audizioni, le condizioni della chiusura del procedimento e la deliberazione del provvedimento.

Nell'adozione dei principali provvedimenti con carattere generale l'Autorità segue criteri di trasparenza. Viene dato ampio spazio alla consultazione con i soggetti esercenti e le associazioni rappresentative di interessi (associazioni dei consumatori, associazioni ambientaliste, associazioni sindacali delle imprese e dei lavoratori) attraverso la diffusione di documenti e la raccolta di osservazioni scritte eventualmente discusse nel corso di audizioni collettive e individuali che precedono l'emanazione dei provvedimenti.

La legge istitutiva prevede la convocazione di audizioni periodiche con le formazioni associative. Tali audizioni sono disciplinate da uno specifico regolamento che permette alle associazioni di portare all'attenzione dell'Autorità questioni particolari e urgenti proponendone l'inserimento nell'ordine del giorno.

In base alla legge istitutiva l'Autorità pubblica i principali atti e provvedimenti in un Bollettino. Gli atti e i provvedimenti con carattere generale vengono pubblicati anche nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e sul sito Internet.

Gli organi e le funzioni. L'Autorità è un organo collegiale costituito dal Presidente e da quattro membri(1). I cinque componenti l'Autorità sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro delle attività produttive. Le designazioni effettuate dal Governo sono sottoposte al parere vincolante, espresso a maggioranza qualificata (due terzi dei componenti), dalle Commissioni parlamentari competenti . I componenti sono scelti fra persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore. Gli incarichi durano sette anni e non sono rinnovabili. A tutela dell'indipendenza dell'Autorità è fatto esplicito divieto ai suoi componenti di intrattenere rapporti di consulenza o collaborazione e di avere interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nei settori di competenza; il divieto si estende anche ai quattro anni successivi alla cessazione dell'incarico.

L'Autorità, secondo la legge istitutiva del 1995, ha essenzialmente la funzione di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di

pubblica utilità, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori. Per perseguire l'obiettivo di assicurare un assetto concorrenziale del mercato, l'Autorità ha i seguenti poteri:

• formula osservazioni e proposte da trasmettere al Governo e al Parlamento (potere consultivo)

• ha potere normativo (regolamentare)

• determina le tariffe

• assicura la pubblicità e la trasparenza delle condizioni di servizio

• assicura condizioni di eguaglianza nell'accesso alle reti energetiche

• ha poteri di controllo di qualità e di vigilanza nei confronti dei fornitori dei servizi

• valuta reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti o dai consumatori

I poteri di regolazione settoriale fanno riferimento alla determinazione delle tariffe, dei livelli di qualità dei servizi e delle condizioni tecnicoeconomiche di accesso e interconnessione alle reti, in servizi in cui il mercato non sarebbe in grado di garantire l'interesse di utenti e consumatori a causa di vincoli tecnici, legali o altre restrizioni che limitano il normale funzionamento dei meccanismi concorrenziali.

L'Autorità formula osservazioni e proposte da trasmettere al Governo e al Parlamento, presenta annualmente al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei ministri una relazione sullo stato dei servizi e sull'attività svolta.

Come già detto, l'Autorità disciplina autonomamente i procedimenti volti all'adozione dei propri provvedimenti di interesse generale e gode di autonomia organizzativa definendo i propri regolamenti per quanto riguarda l'organizzazione interna, il funzionamento e la contabilità.

L'Autorità ha il compito di perseguire le finalità indicate dalla legge n. 481 del 1995 con cui si vuole "garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza" nei settori dell'energia elettrica e del gas, nonché "assicurare adeguati livelli di qualità" dei servizi. Le finalità indicate dalla legge istituiva devono essere perseguite assicurando «la fruibilità e la diffusione [dei servizi] in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, ...». Il sistema tariffario deve inoltre «armonizzare gli obiettivi economico finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse». Le pubbliche amministrazioni e le imprese sono tenute a fornire all'Autorità, oltre a notizie e informazioni, la collaborazione per l'adempimento delle sue funzioni.

In base alla legge n. 481 del 1995 l'Autorità per l'energia elettrica e il gas nello svolgere le proprie funzioni di regolazione e controllo ha competenze in materia di:

• Tariffe

• Fissazione delle tariffe base per i servizi regolati intese come prezzi massimi al netto degli oneri fiscali e loro aggiornamento con il metodo del price cap (ovvero "limite massimo della variazione di prezzo vincolata per un periodo pluriennale"). Il metodo del price cap pone un vincolo alla crescita annua delle tariffe pari alla differenza fra tasso programmato di inflazione e aumento della produttività conseguibile dall'impresa esercente il servizio, più altri fattori eventualmente riconosciuti in tariffa quali i recuperi di qualità del servizio.

• Qualità del servizio

• Definizione delle direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti, dei livelli generali e specifici di qualità dei servizi e dei meccanismi di rimborso automatico agli utenti e consumatori in caso del loro mancato rispetto; vigilanza sul rispetto dei livelli di qualità definiti dall'Autorità e sull'adozione delle Carte dei servizi. I livelli di qualità possono riguardare aspetti di natura sia contrattuale (come tempestività di intervento e risposta a reclami), sia tecnica (come la continuità dei servizi e la sicurezza).

• Forme di mercato

• Formulazione di osservazioni e proposte al Governo e al Parlamento in merito alle forme di mercato e al recepimento e attuazione delle direttive europee.

• Concorrenza

• Segnalazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato della sussistenza di ipotesi di violazione delle disposizioni della legge 10 ottobre 1990, n 287, con riferimento agli atti e ai comportamenti delle imprese operanti nei settori sottoposti al proprio controllo.

• Concessioni

• Formulazione di osservazioni e proposte al Governo e al Parlamento sui servizi da assoggettare a regime di concessione o di autorizzazione; trasmissione di proposte al Ministero dell'industria del commercio e dell'artigianato sugli schemi di concessione, convenzione e autorizzazione e sul rinnovo o la modifica di quelli esistenti.

• Separazione contabile e amministrativa

• Emanazione di direttive per la separazione contabile e amministrativa delle diverse fasi dei servizi dell'energia elettrica e del gas. La separazione risponde agli obiettivi di rendere trasparenti e omogenei i bilanci dei soggetti giuridici operanti nei settori regolati, di consentire la verifica dei costi delle singole prestazioni e di assicurare la

loro corretta disaggregazione e imputazione per funzione svolta al fine di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza.

• Verifica e controllo

• Controllo delle condizioni di svolgimento dei servizi, con poteri di acquisizione della documentazione, di ispezione, accesso e sanzione, determinando i casi di indennizzo da parte dei soggetti esercenti nei confronti di utenti e consumatori.

• Reclami e istanze

• Valutazione di reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti e dai consumatori, singoli o associati, imponendo, ove opportuno, modifiche alle modalità di erogazione dei servizi.

• Risoluzione di controversie

• Gestione di procedure di conciliazione e arbitrato in merito a controversie fra utenti e soggetti esercenti.

• Informazione e trasparenza

• Diffusione e pubblicizzazione di conoscenze relative alle condizioni di erogazione dei servizi al fine di garantire la massima trasparenza, la concorrenzialità dell'offerta e la possibilità di migliori scelte da parte degli utenti intermedi e finali

Il Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA) opera presso la Presidenza del Consiglio per l'attuazione delle politiche del Ministro per le riforme e le innovazioni nella PA. Unifica in sé due organismi preesistenti: l'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione ed il Centro tecnico per la R.U.P.A. Organi e funzioni. Dal punto di vista organizzativo il CNIPA è governato da un organo collegiale costituito dal Presidente e da quattro membri, scelti tra persone dotate di alta e riconosciuta competenza e professionalità, nominati dal Presidente del Consiglio dei Ministri.

Il CNIPA ha l'obiettivo primario di dare supporto alla pubblica amministrazione nell'utilizzo efficace dell'informatica per migliorare la qualità dei servizi e contenere i costi dell'azione amministrativa.

In sintesi il CNIPA:

• contribuisce alla definizione della politica del Governo e del Ministro per le riforme e le innovazioni nella PA e fornisce consulenza per la valutazione di progetti di legge nel settore informatico;

• coordina il processo di pianificazione e i principali interventi di sviluppo; detta norme e criteri per la progettazione, realizzazione, gestione dei sistemi informatici

delle amministrazioni, della loro qualità e dei relativi aspetti organizzativi; definisce criteri e regole tecniche di sicurezza, interoperabilità, prestazione;

• controlla che gli obiettivi e i risultati dei progetti di innovazione della pubblica amministrazione siano coerenti con la strategia del Governo; a tale scopo si affianca alle amministrazioni pubbliche nella fase di progettazione ed emette pareri di congruità tecnico-economica;

• cura l'attuazione di importanti progetti per l'innovazione tecnologica nella pubblica amministrazione, la diffusione dell'egovernment e lo sviluppo delle grandi infrastrutture di rete del Paese per consentire agli uffici pubblici di comunicare tra loro e per portare i servizi della pubblica amministrazione ai cittadini e alle imprese;

• cura la formazione dei dipendenti pubblici nel settore informatico, utilizzando le nuove tecnologie per favorire l'apprendimento continuo.

iste.

LA COVIP (www.covip.it)

E' un'autorità amministrativa che ha il compito di vigilare sul funzionamento dei fondi pensione complementari. La Covip, istituita nel 1993 con decreto legislativo n. 124 del 21 aprile, ha iniziato ad operare nella sua attuale configurazione - come persona giuridica di diritto pubblico - agli inizi del 1996.

Ogni anno trasmette al Ministro del lavoro e delle politiche sociali una relazione sull'attività svolta, sulle questioni in corso e sugli indirizzi e le linee programmatiche che intende seguire e diffonde informazioni sull'andamento del settore della previdenza complementare. La relazione viene poi trasmessa dal Ministro, con le proprie eventuali osservazioni, al Parlamento.

Organi e funzioni. Tra gli organi della COVIP si ricorda la Commissione, che è un organo collegiale composto dal Presidente e da quattro Commissari, scelti tra persone dotate di riconosciuta esperienza e specifica professionalità nelle materie di competenza della Covip. Vengono nominati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del Lavoro e delle politiche sociali sentito il Ministro dell'Economia e delle Finanze. Rimangono in carica quattro anni e possono essere confermati una sola volta.

Il Presidente rappresenta la Commissione; mantiene i rapporti con il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali; convoca le riunioni della Commissione, ne stabilisce l'ordine del giorno e ne dirige i lavori; sovrintende all'attività istruttoria e vigila sull'attuazione delle deliberazioni.

I Commissari partecipano alla discussione e alle deliberazioni; propongono iniziative sull'attività e sul funzionamento della Commissione, verificandone collegialmente l'attività.

La struttura organizzativa è articolata in Direzioni e Uffici il cui coordinamento è affidato al Direttore Generale. questo sovraintende al funzionamento della struttura, al fine di assicurarne il buon andamento, e ne risponde alla Commissione.

La Covip ha assunto nel corso degli anni compiti e attribuzioni sempre più ampi rispetto a quelli previsti al momento della sua costituzione.

La funzione che è chiamata a svolgere è essenzialmente quella di garantire ed assicurare la trasparenza e la correttezza nella gestione e nell'amministrazione dei fondi pensione. A tal fine:

• autorizza i fondi pensione ad esercitare la propria attività e approva i loro statuti e regolamenti;

• tiene l'albo dei fondi pensione autorizzati ad esercitare l'attività di previdenza complementare;

• vigila sulla corretta gestione tecnica, finanziaria, patrimoniale e contabile dei fondi pensione e sull'adeguatezza del loro assetto organizzativo;

• assicura il rispetto dei principi di trasparenza nei rapporti tra i fondi pensione ed i propri aderenti;

• cura la raccolta e la diffusione delle informazioni utili alla conoscenza dei problemi previdenziali e del settore della previdenza complementare.

La Covip inoltre ha il potere di formulare proposte di modifica legislativa in materia di previdenza complementare.

Al complessivo funzionamento del sistema della previdenza complementare concorrono anche altre Amministrazioni pubbliche, Autorità di settore e vari organismi rappresentativi del settore economico e sociale.

Con essi la Covip ha rapporti costanti di collaborazione e di scambio di informazioni.

La Covip collabora e coopera a livello nazionale con le Amministrazioni pubbliche e con il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e il Ministero dell'Economia e delle Finanze. A tal proposito, ogni anno la Covip trasmette al Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali una relazione sull'attività svolta, sulle questioni in corso e sugli indirizzi e le linee programmatiche che intende seguire.

La COVIP è anche preposta allo scambio di informazioni con tutte le altre Autorità dedite alla vigilanza sui soggetti gestori dei fondi pensione (la Consob per le società di intermediazione finanziaria, l'Isvap per le società di assicurazione, la Banca d'Italia per gli istituti di credito, ecc..). in questo ambito, le sue funzioni sono finalizzate ad accrescere l'efficacia dell'azione di controllo per quanto riguarda le rispettive competenze.

Con le altre amministrazioni pubbliche italiane la Covip collabora e coopera per lo scambio di informazioni nei limiti consentiti dal segreto d'ufficio.

La Covip promuove e facilita la partecipazione delle Associazioni maggiormente rappresentative (Abi, Ania, Assogestioni, Assoprevidenza, Assofondopensioni) e degli enti di settore (Mefop) organizzando anche incontri periodici. La loro collaborazione è di fondamentale importanza per l'esame di questioni di carattere generale relative al sistema della previdenza complementare.

A livello internazionale, la Covip collabora e coopera con tutte le Istituzioni e le Autorità attive sui temi della previdenza complementare. In particolare in ambito europeo: è membro del CEIOPS, il Comitato europeo delle Autorità di vigilanza sulle assicurazioni e sui fondi pensione, e dell'INPRS, l'International Nework of Pension Regulators and Supervisors, e partecipa ai lavori dell'OCSE, l'Organizzazione di cooperazione e di sviluppo economico, con particolare riferimento al Working Party on Private Pensions; contribuisce ai lavori dei Gruppi di esperti istituiti presso il Consiglio Europeo per la valutazione delle proposte di direttive in materie attinenti ai fondi pensione, nonché ai lavori in sede di Eurostat.

La Covip sta progressivamente ampliando gli strumenti d'informazione e di comunicazione verso l'esterno tenendosi anche al passo con l'evoluzione tecnologica.

Fino ad ora La Covip ha espletato l'attività di comunicazione attraverso: il servizio d'informazione agli utenti; contattando l'Ufficio Relazioni con il pubblico è possibile acquisire informazioni e chiarimenti sull'attività istituzionale, avere notizie sulla effettiva iscrizione di un fondo all'Albo, di ricevere documentazione su provvedimenti ed orientamenti interpretativi definiti dalla Commissione; le pubblicazioni; la Relazione Annuale, che illustra l'attività svolta nell'anno precedente, le questioni in corso, gli indirizzi e le linee programmatiche che la Commissione intende seguire; fornisce dati e informazioni sull'andamento della previdenza complementare; il Bollettino, che rappresenta la pubblicazione ufficiale della Covip e riporta i provvedimenti di maggiore rilevanza adottati dalla Commissione nel trimestre di riferimento nonché altre notizie sull'attività istituzionale; i Quaderni tematici Covip, nati dall'esigenza di valorizzare il bagaglio di esperienze e di conoscenze acquisito in Covip, che raccolgono approfondimenti e riflessioni sul tema della previdenza complementare nonchè studi di ricerca prodotti o promossi dalla Commissione; e ovviamente attraverso il sito internet.

L'AGENZIA PER LE ORGANIZZAZIONI NON LUCRATIVE DI UTILITÀ

SOCIALE (www.agenziaperleonlus.it)

L'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale, meglio nota con la denominazione sintetica di "Agenzia per le ONLUS", è un'agenzia governativa di diritto pubblico con sede a Milano.

L'Agenzia opera sotto la vigilanza della Presidenza del Consiglio dei Ministri (a cui è tenuta ad inviare annualmente una relazione sull'attività svolta) ed è stata istituita con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 26 settembre 2000 con cui si è dato seguito alla delega prevista dall'art. 3 della Legge n. 662 del 23 dicembre 1996 .

Successivamente, con il DPCM n. 329 del 21 marzo 2001, si è provveduto all'emanazione del regolamento dell'Agenzia per le ONLUS, in base al quale, in data 8 marzo 2002, la stessa si è regolarmente insediata. L'Agenzia per le ONLUS è chiamata ad operare affinché, su tutto il

territorio nazionale italiano, sia perseguita una "uniforme e corretta osservanza della disciplina legislativa e regolamentare" concernente le ONLUS, il Terzo Settore e gli enti non commerciali. L'ambito di intervento

dell'Agenzia, nonché le attribuzioni, le relazioni con le pubbliche amministrazioni e i poteri di cui essa è dotata per il conseguimento dei suoi

scopi, sono definiti dal Regolamento (DPCM 21 marzo 2001 n. 329).

ANAC Autorità nazionale anticorruzione

Con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, il legislatore ha inteso ampliare i poteri conferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione dapprima con la Legge 190/2012 e successivamente con la Legge 114/2014. I compiti attribuiti all'A.N.Ac. dal D. Lgs. 50/2016 sollevano, in alcuni casi, dubbi di legittimità costituzionale. Nel presente articolo si analizzano le criticità della novella normativa, individuando i punti più deboli della riforma dei poteri dell'A.N.Ac. che rimane, comunque, un'autorità amministrativa indipendente.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione nasce con la Legge n.190/2012. Il disposto normativo ha, infatti, attribuito alla Commissione Indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle Amministrazioni Pubbliche (CIVIT) la funzione di Autorità nazionale Anticorruzione.

Con la Legge n. 114/2014, di conversione del Decreto Legge n. 90/2014, l'Autorità Nazionale Anticorruzione incorpora l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (AVCP) che viene soppressa.

L'A.N.Ac. conserva le funzioni (ed il personale) della soppressa A.V.C.P.

Più specificamente (dal sito ANAC):

1. L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con sede in Roma, istituita dall'articolo 4 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, assume la denominazione di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

2. L'Autorità è organo collegiale costituito da sette membri nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato

della Repubblica. I membri dell'Autorità, al fine di garantire la pluralità delle esperienze e delle conoscenze, sono scelti tra personalità che operano in settori tecnici, economici e giuridici con riconosciuta professionalità. L'Autorità sceglie il presidente tra i propri componenti e stabilisce le norme sul proprio funzionamento).

3. I membri dell'Autorità durano in carica sette anni fino all'approvazione della legge di riordino delle autorità indipendenti e non possono essere confermati. Essi non possono esercitare, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, non possono essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura o rivestire cariche pubbliche elettive o cariche nei partiti politici. I dipendenti pubblici, secondo gli ordinamenti di appartenenza, sono collocati fuori ruolo o in aspettativa per l'intera durata del mandato. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, è determinato il trattamento economico spettante ai membri dell'Autorità .

4. L'Autorità è connotata da indipendenza funzionale, di giudizio e di valutazione e da autonomia organizzativa.

5. L'Autorità vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, nonché, nei limiti stabiliti dal presente codice, sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture esclusi dall'ambito di applicazione del presente codice, al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'articolo 2 e, segnatamente, il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, di tutela delle piccole e medie imprese attraverso adeguata suddivisione degli affidamenti in lotti funzionali e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara.

(comma modificato dal decreto legge 21 giugno 2013 convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98)

6. Sono fatte salve le competenze delle altre Autorità amministrative indipendenti.

7. Oltre a svolgere i compiti espressamente previsti da altre norme, l'Autorità:

a) vigila sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare vigente, verificando, anche con indagini campionarie, la regolarità delle procedure di affidamento;

b) vigila sui contratti di lavori, servizi, forniture, esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del presente codice, verificando, con riferimento alle concrete fattispecie contrattuali, la legittimità della sottrazione al presente codice e il rispetto dei principi relativi ai contratti esclusi; non sono soggetti a obblighi di

comunicazione all'Osservatorio né a vigilanza dell'Autorità i contratti di cui agli articoli 16, 17, 18;

c) vigila affinché sia assicurata l'economicità di esecuzione dei contratti pubblici;

d) accerta che dall'esecuzione dei contratti non sia derivato pregiudizio per il pubblico erario;

e) segnala al Governo e al Parlamento, con apposita comunicazione, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui contratti pubblici;

f) formula al Governo proposte in ordine alle modifiche occorrenti in relazione alla legislazione che disciplina i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture;

g) formula al Ministro delle infrastrutture proposte per la revisione del regolamento

h) predispone e invia al Governo e al Parlamento una relazione annuale nella quale si evidenziano le disfunzioni riscontrate nel settore dei contratti pubblici con particolare riferimento:

- h.1) alla frequenza del ricorso a procedure non concorsuali;
- h.2) alla inadeguatezza della pubblicità degli atti;
- h.3) allo scostamento dai costi standardizzati di cui all'articolo 7;
- h.4) alla frequenza del ricorso a sospensioni dell'esecuzione o a varianti in corso di esecuzione
- h.5) al mancato o tardivo adempimento degli obblighi nei confronti dei concessionari e degli appaltatori;
- h.6) allo sviluppo anomalo del contenzioso;

i) sovrintende all'attività dell'Osservatorio di cui all'articolo 7;

j) esercita i poteri sanzionatori ad essa attribuiti;

k) m) vigila sul sistema di qualificazione, con le modalità stabilite dal regolamento di cui all'articolo 5; nell'esercizio di tale vigilanza l'Autorità può annullare, in caso di constatata inerzia degli organismi di attestazione, le attestazioni rilasciate in difetto dei presupposti stabiliti dalle norme vigenti, nonché sospendere, in via cautelare, dette attestazioni;

l) su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione; si applica l'articolo 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (4);

m) svolge i compiti previsti dall'articolo 1, comma 67, legge 23 dicembre 2005, n. 266.

8. Quando all'Autorità è attribuita la competenza ad irrogare sanzioni pecuniarie, le stesse, nei limiti edittali, sono commisurate al valore del contratto pubblico cui le violazioni si riferiscono. Sono fatte salve le diverse sanzioni previste dalle norme vigenti. I provvedimenti dell'Autorità devono prevedere il termine di pagamento della sanzione. La riscossione della sanzione avviene mediante iscrizione a ruolo.

9. Nell'àmbito della propria attività l'Autorità può:

a) richiedere alle stazioni appaltanti, agli operatori economici esecutori dei contratti, alle SOA nonché ad ogni altra pubblica amministrazione e ad ogni ente, anche regionale, operatore economico o persona fisica che ne sia in possesso, documenti, informazioni e chiarimenti relativamente ai lavori, servizi e forniture pubblici, in corso o da iniziare, al conferimento di incarichi di progettazione, agli affidamenti (5);

b) disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi anche della collaborazione di altri organi dello Stato;

c) disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria;

d) avvalersi del Corpo della Guardia di Finanza, che esegue le verifiche e gli accertamenti richiesti agendo con i poteri di indagine ad esso attribuiti ai fini degli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e alle imposte sui redditi. Tutte le notizie, le informazioni e i dati acquisiti dalla Guardia di Finanza nello svolgimento di tali attività sono comunicati all'Autorità.

10. Tutte le notizie, le informazioni o i dati riguardanti gli operatori economici oggetto di istruttoria da parte dell'Autorità sono tutelati, sino alla conclusione dell'istruttoria medesima, dal segreto di ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni. I funzionari dell'Autorità, nell'esercizio delle loro funzioni, sono pubblici ufficiali. Essi sono vincolati dal segreto d'ufficio.

11. Con provvedimento dell'Autorità, i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 9 sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 25.822 se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti, ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 51.545 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri. Le stesse sanzioni si applicano agli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché agli operatori economici che forniscono dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei

requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori a agli organismi di attestazione.

12. Qualora i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 9 appartengano alle pubbliche amministrazioni, si applicano le sanzioni disciplinari previste dai rispettivi ordinamenti. Il procedimento disciplinare è instaurato dall'amministrazione competente su segnalazione dell'Autorità e il relativo esito va comunicato all'Autorità medesima.

13. Qualora accerti l'esistenza di irregolarità, l'Autorità trasmette gli atti e i propri rilievi agli organi di controllo e, se le irregolarità hanno rilevanza penale, agli organi giurisdizionali competenti. Qualora l'Autorità accerti che dalla esecuzione dei contratti pubblici derivi pregiudizio per il pubblico erario, gli atti e i rilievi sono trasmessi anche ai soggetti interessati e alla procura generale della Corte dei conti .

La funzione principale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione consiste nel prevenire la corruzione nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, comprese le società partecipate e controllate dalle pubbliche amministrazioni.

Tale compito viene espletato mediante l'attuazione della trasparenza amministrativa in tutti gli aspetti gestionali e mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici e degli incarichi. L'attività dell'Autorità Anticorruzione pervade, comunque, ogni settore della pubblica amministrazione che possa sviluppare (anche solo potenzialmente) fenomeni corruttivi.

Con interventi in sede consultiva e di regolazione, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, inoltre, orienta i comportamenti e le attività delle amministrazioni pubbliche.

Nel prosieguo del presente articolo, ci occuperemo dei compiti, poteri e funzioni attribuite all'A.N.Ac. dal Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante " Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture ", pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 91 del 19 aprile 2016.

Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, così come configurato dal nuovo codice degli appalti, è connotato da una ampia gamma di poteri che conferiscono alla stessa una indiscussa centralità nell'applicazione della novella legislativa.

Diventa, quindi, di assoluta importanza, per chi opera nel settore, analizzare i poteri e le funzioni attribuiti dal legislatore all'Autorità, chiamata in causa dal D. Lgs. 50/2016 in più punti e sotto molteplici profili.

È, innanzitutto, fondamentale sottolineare che una delle funzioni, o forse sarebbe meglio chiamarli più propriamente poteri, attribuite all'Autorità è quella di predisporre un complesso di regole destinate a soppiantare, con modalità del tutto nuove per l'ordinamento italiano, le norme del D. P. R. 207/10, recante norme per l'attuazione dell'ormai abrogato D. Lgs. 163/06. Tali regole saranno recepite all'interno delle linee guida (al momento sono quattro quelle definitive: offerta economicamente più vantaggiosa, servizi di ingegneria ed architettura, RUP ed appalti sotto soglia comunitaria) che costituiranno gli atti di riferimento per l'applicazione del D. Lgs. 50/2016.

È bene sottolineare che la soft regulation , essendo pressoché sconosciuta nell'ordinamento italiano, crea incertezza circa la natura e la reale forza giuridica degli atti emanati dall'Autorità, rende dubbia la collocazione degli stessi nel sistema delle fonti, nonché il regime procedimentale e processuale ad essi applicabile. Accanto a questa funzione di regolazione si trovano, variamente sparse nel decreto, una serie di altre fattispecie in cui l'Autorità Nazionale Anticorruzione è chiamata a prestare la propria opera attraverso competenze articolate e che trovano espressione in atti di natura diversa. Ed infatti l'A.N.Ac. provvede:

- all'emanazione in via autonoma di atti e provvedimenti, secondo forme e modalità non meglio definite;

- alla formulazione di proposte o rilascio di pareri finalizzati all'emanazione di specifici provvedimenti (normalmente decreti ministeriali o D.P.C.M.) da parte di altre autorità.

Proprio circa la vincolatività degli atti che l'Autorità è chiamata ad emanare, si è acceso uno spinoso dibattito. Anche il Consiglio di Stato, già nel proprio parere sullo schema di decreto analizzare i poteri e le funzioni attribuiti dal legislatore all'Autorità

Alla stessa è, dunque, attribuita l'attività di vigilanza, controllo e regolazione nella materia dei contratti pubblici. Alla luce di ciò si può, quindi, affermare che, oltre ad emergere con maggiore forza rispetto al vecchio codice la natura di autorità amministrativa indipendente, sono stati aggiunti poteri inerenti l'attività di regolazione.

Tuttavia, l'Autorità è anche chiamata, secondo le statuizioni del comma 7 del sopra richiamato art. 213, a collaborare con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (A.G.C.M.) ai fini dell'attribuzione del «rating di legalità» alle imprese che operano nel settore dei contratti pubblici.

Le attività di che trattasi devono essere svolte da A.N.Ac. sia in relazione ai contratti dei settori ordinari che dei settori speciali.

In ordine alle attività di vigilanza, l'art. 213, comma 3, del D. Lgs. 50/2016 attribuisce poteri generali e particolarmente ampi estendendo le stesse anche ai contratti di interesse regionale, ai contratti secretati e ai contratti esclusi dall'ambito di applicazione del decreto (lettera a). Il potere di vigilanza è, tra l'altro, finalizzato a garantire l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e l'accertamento di eventuali pregiudizi erariali che ne possono derivare (lettera b).

Le attività di vigilanza, nondimeno, possono essere ricondotte anche ad ulteriori e specifici poteri di segnalazione e di rendicontazione, quali quello di segnalazione al governo e al parlamento di fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o applicazione distorta della normativa (lettera c), alle proposte al governo per modifiche normative (lettera d), alla predisposizione ed invio al governo e al parlamento di una relazione annuale sull'attività svolta, con evidenza delle disfunzioni riscontrate (lettera e).

Oltre ai poteri di vigilanza, viene riconosciuto all'Autorità Nazionale Anticorruzione un generale potere ispettivo, che può essere esercitato anche su richiesta motivata di chiunque vi abbia interesse (comma 5). Particolare rilievo assume in questo contesto il potere sanzionatorio che l'Autorità, ai sensi dell'art. 213, comma 13, può attivare nei confronti di coloro che rifiutino o omettano di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti (o peggio,li forniscano falsi) o agli operatori che in sede di verifica dei requisiti non forniscono i relativi dati e documenti

All'A.N.Ac. è affidata anche, secondo il disposto dei commi 8, 9 e 10 dell'art. 213, la gestione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici e del Casellario informatico. Ma è rispetto agli atti previsti al comma 2 dell'art. 213 che si pongono le questioni più importanti sulla centralità del ruolo e dei poteri conferiti all'A.N.Ac. Già, perché la questione della loro vincolatività rende ancor più arduo il già difficile compito degli operatori delle SS.AA.

Gli Atti di ANAC

Ma vediamo la tipologia degli atti attraverso cui l'Autorità può esercitare le competenze che le sono attribuite. Essi consistono in linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile.

Al momento il tema della vincolatività degli atti di cui sopra non può ricevere una soluzione univoca, ma deve essere diversamente articolato a seconda della relativa tipologia degli atti. Vi sono tuttavia due profili che vanno preliminarmente evidenziati:

- tutti gli atti dell'Autorità sono suscettibili di impugnazione davanti al giudice amministrativo (articolo 213, comma 2);

- gli atti posti in essere dall'Autorità in tema di precontenzioso (disciplinato dall'art. 211 del D. Lgs. 50/2016) sono strettamente vincolanti per le parti che abbiano preventivamente acconsentito alla richiesta di rilascio dello stesso, ferma restando la possibilità di impugnare gli stessi presso il tribunale amministrativo. Tuttavia se dinanzi al giudice amministrativo, la parte che ha impugnato il parere soccombe, il suo comportamento è valutato ai fini della condanna alle spese di lite e all'irrogazione della sanzione pecuniaria per "lite temeraria"

Se, quindi, da un lato il legislatore ha voluto aumentare il potere dell'Autorità, attribuendo ai pareri di precontenzioso un valore cogente, dall'altro i poteri attribuiti alla stessa proprio su tale materia si scontrano con i limiti, garantiti dalla Costituzione, che impediscono di sottrarre totalmente alla cognizione del giudice amministrativo le controversie che attengono ad interessi legittimi, quali sono quelle relative alle procedure di gara (c.d. principio di indisponibilità dell'interesse legittimo).

Il legislatore ha dovuto, pertanto, trovare una soluzione in grado di mediare tra la volontà di rinforzare i poteri dell'A.N.Ac. in materia di precontenzioso (obiettivo perseguito attraverso la previsione della conseguenza di natura pecuniaria derivante dal riconoscimento della "lite temeraria" eventualmente sollevata davanti al giudice amministrativo dalla parte soccombente) e la necessità di garantire il rispetto della legge fondamentale dello Stato, consentendo la possibilità di contestare in sede giurisdizionale il parere rilasciato dall'Autorità, nonostante il preventivo consenso delle parti circa la sua vincolatività.

L'art. 211, al comma 2, prevede, poi, la possibilità per l'Autorità di intervenire, direttamente, nei confronti delle stazioni appaltanti, qualora questa accerti che ricorrono violazioni tali da essere idonee a provocare l'annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo per ragioni di legittimità. Pertanto, l'A.N.Ac. risulta legittimata ad agire non solo quando soggetti esterni (SS.AA. ed OO.EE.) ne richiedano l'intervento, ad esempio con il sopra richiamato parere di precontenzioso, ma può ben spiegare i propri poteri anche in maniera autonoma, intervenendo direttamente nei confronti delle stazioni appaltanti.

Sostanzialmente, in tale ultima ipotesi, i poteri di intervento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione si sostanziano nell'emissione, e successivo invio alla stazione appaltante, di un "atto di raccomandazione".

Con tale atto l'Autorità invita la stazione appaltante ad agire in autotutela e ad annullare, nel termine di sessanta giorni, il provvedimento ritenuto illegittimo. Fermo restando che gli atti di raccomandazione sono impugnabili, come i pareri di precontenzioso, dinanzi al giudice amministrativo, essi sono vincolanti per le stazioni appaltanti ed il mancato adeguamento agli orientamenti in essi contenuti comportano responsabilità di ordine economico in capo

al dirigente responsabile del recepimento di tali atti. È, infatti, prevista una sanzione amministrativa pecuniaria per il caso di mancato adeguamento: tale sanzione varia da un minimo di € 250,00 ad un massimo di € 25.000,00.

Anche sugli atti di raccomandazione, così come per il parere di precontenzioso, il legislatore si mostra, per certi versi, titubante: da un lato afferma la vincolatività dell'atto di raccomandazione, ed il connesso sistema sanzionatorio, dall'altro non può non affermare che l'atto di raccomandazione, in quanto atto amministrativo, è impugnabile dinanzi al giudice amministrativo.

Ed è proprio questa dicotomia che desta preoccupazioni: se, infatti, l'oggetto del contendere tra stazione appaltante ed Autorità Anticorruzione è la legittimità di una procedura di gara; se quindi una stazione appaltante deve impugnare davanti al giudice amministrativo l'atto di raccomandazione di cui non condivide i contenuti, il risultato è quello di rendere totalmente incerta la sorte del procedimento amministrativo. Invero la stessa resterebbe legata alla decisione del tribunale. Questo nella migliore delle ipotesi. Se poi dovessero intrecciarsi al giudizio che vede contrapposte A.N.Ac. e stazione appaltante, i giudizi proposti dai concorrenti alla procedura di gara, allora la situazione diverrebbe sì davvero complicata!

A tal proposito va evidenziato che sorgono dubbi di legittimità costituzionale, in quanto simili interventi dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, che è pur sempre un'autorità amministrava, sono posti in essere nei confronti delle stazioni appaltanti, che sono soggetti pubblici esercitanti una propria potestà amministrativa.Non si può, difatti, sottacere che la legge fondamentale dello Stato pone precisi vincoli circa il rispetto dell'autonomia amministrativa dei soggetti pubblici (quindi anche delle stazioni appaltanti). Ciò in virtù dei principi generali di efficacia e di buon andamento dell'attività amministrativa.

Gli atti di raccomandazione dell'A.N.Ac., qualificati come vincolanti in maniera espressa dal D. Lgs. 50/2016 e che addirittura prevedono una sanzione pecuniaria in capo al dirigente responsabile della stazione appaltante "disobbediente", sono certamente provvedimenti in grado di limitare sensibilmente l'autonomia amministrativa di un soggetto pubblico. Ciò ha imposto al legislatore di porre in essere un sistema di cautele, volto a salvaguardare quanto sancito dalla Costituzione, rappresentato dalla possibilità di impugnare l'atto di raccomandazione dinanzi al Giudice Amministrativo.Tuttavia, in conclusione, anche il lettore della normativa più distratto non può non prendere atto che la disciplina dei poteri dell'Autorità Anticorruzione, specie con riferimento agli atti di raccomandazione, potrebbe creare la sovrapposizione di contenziosi in cui sono coinvolti una pluralità di soggetti (stazione appaltante, A.N.Ac. e operatori economici).

20. IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SUI PROVVEDIMENTI DELLE AUTORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI di Sposato Roberto

(Avvocato abilitato e specializzato nelle professioni legali)

Il fallimento del c.d. dirigismo pubblico ed il via libera ai processi di privatizzazione e di liberalizzazione, unitamente alla crisi del rimedio giustiziale del ricorso gerarchico, ha portato all'ingresso nell'ordinamento giuridico di un nuovo attore prima non espressamente contemplato, neanche nella "Grundnorm", trattasi delle autorità amministrative indipendenti.

Le autorità indipendenti sono state definite in dottrina in vario modo, alcuni parlano di organismi indifferenziati, altri di pubbliche amministrazioni(di seguito PA)anomale, da ultimo c'è chi le definisce come PA speciali.

Comunque sia,ciò che contraddistingue dette entità è la loro posizione di neutralità ed indipendenza rispetto agli altri organismi ed enti che operano all'interno dell'ordinamento.

La nostra Carta Fondamentale non ha dato una definizione od un riconoscimento espresso delle autorità indipendenti e del resto neanche il nostro legislatore ha riservato una organica disciplina al riguardo.

Gli unici addentellati normativi che richiamano le suddette autorità sono la legge n. 59/97, Bassanini, la quale ha escluso che le medesime possano essere materia di competenza delle regioni, e la legge 205/00, recante norme sul processo amministrativo, che ha previsto, per i procedimenti inerenti le autorità di cui trattasi, la dimidiazione dei termini processuali ai fini della celerità e speditezza per tale categoria di procedimenti; tale norma oggi è trasfusa nell'art. 119 del nuovo codice del processo amministrativo.

Testo art. 119 c.p.a

1. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a: a) i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, salvo quanto previsto dagli articoli 120 e seguenti; b) <u>i provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti, con esclusione di quelli relativi al rapporto di servizio con i propri dipendenti;</u> c) i provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, nonchè quelli relativi alla costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende e istituzioni da parte degli enti locali; c-bis) i provvedimenti adottati nell'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni; d) i provvedimenti di nomina, adottati previa delibera del Consiglio dei ministri; e) i provvedimenti di scioglimento degli organi di governo degli enti locali e quelli

connessi, che riguardano la loro formazione e il loro funzionamento; f) i provvedimenti relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate all'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità e i provvedimenti di espropriazione delle invenzioni adottati ai sensi del codice della proprietà industriale; g) i provvedimenti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive; h) le ordinanze adottate in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, e i consequenziali provvedimenti commissariali; i) il rapporto di lavoro del personale dei servizi di informazione per la sicurezza, ai sensi dell'articolo 22, della legge 3 agosto 2007, n. 124; l) le controversie comunque attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione in materia di impianti di generazione di energia elettrica di cui al decreto legge 7 febbraio 2002, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2002, n. 55, comprese quelle concernenti la produzione di energia elettrica da fonte nucleare, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche di potenza termica superiore a 400 MW nonchè quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti; m) i provvedimenti della commissione centrale per la definizione e applicazione delle speciali misure di protezione, recanti applicazione, modifica e revoca delle speciali misure di protezione nei confronti dei collaboratori e testimoni di giustizia; m-bis) le controversie aventi per oggetto i provvedimenti dell' Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale di cui alla lettera h) del comma 2 dell'articolo 37 della legge 4 giugno 2010, n. 96, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego; m-ter) i provvedimenti dell'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua istituita dall'articolo 10, comma 11, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106; m-quater) le azioni individuali e collettive avverso le discriminazioni di genere in ambito lavorativo, previste dall'articolo 36 e seguenti del decreto legislativo 25 luglio 2006, n. 198, quando rientrano, ai sensi del citato decreto, nella giurisdizione del giudice amministrativo; m-quinquies) gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999; m-sexies) i provvedimenti di espulsione dello straniero adottati dal Ministro dell'interno ai sensi dell'articolo 13, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e quelli adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155. 2. Tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati salvo, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti, nonchè quelli di cui all'articolo 62, comma 1, e quelli espressamente disciplinati nel presente articolo. 3. Salva l'applicazione dell'articolo 60, il

tribunale amministrativo regionale chiamato a pronunciare sulla domanda cautelare, accertata la completezza del contraddittorio ovvero disposta l'integrazione dello stesso, se ritiene, a un primo sommario esame, la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti. In caso di rigetto dell'istanza cautelare da parte del tribunale amministrativo regionale, ove il Consiglio di Stato riformi l'ordinanza di primo grado, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la fissazione dell'udienza di merito. In tale ipotesi, il termine di trenta giorni decorre dalla data di ricevimento dell'ordinanza da parte della segreteria del tribunale amministrativo regionale, che ne dà avviso alle parti. 4. Con l'ordinanza di cui al comma 3, in caso di estrema gravità ed urgenza, il tribunale amministrativo regionale o il Consiglio di Stato possono disporre le opportune misure cautelari. Al procedimento cautelare si applicano le disposizioni del Titolo II del Libro II, in quanto non derogate dal presente articolo. 5. Quando almeno una delle parti, nell'udienza discussione, dichiara di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza, il dispositivo è pubblicato mediante deposito in segreteria, non oltre sette giorni dalla decisione della causa. La dichiarazione della parte è attestata nel verbale d'udienza. 6. La parte può chiedere al Consiglio di Stato la sospensione dell'esecutività del dispositivo, proponendo appello entro trenta giorni dalla relativa pubblicazione, con riserva dei motivi da proporre entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza ovvero entro tre mesi dalla sua pubblicazione. La mancata richiesta di sospensione dell'esecutività del dispositivo non preclude la possibilità di chiedere la sospensione dell'esecutività della sentenza dopo la pubblicazione dei motivi. 7. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche nei giudizi di appello, revocazione e opposizione di terzo.

La ratio della costituzione delle autorità indipendenti è dovuta al fatto che nei settori sensibili dell'ordinamento, quali il mercato concorrenziale, i servizi pubblici etc., è doveroso, al fine di salvaguardare il rispetto delle regole del gioco e contestualmente tutelare gli interessi di coloro i quali operano all'interno di un dato settore, istituire una entità od organismo super partesche si ponga in una posizionedi indifferenza rispetto ai soggetti che operano in quel determinato ambito settoriale.

Perché l'autorità possa svolgere il proprio compito nel modo più opportuno e funzionale possibile, èstatoprevisto, dal Legislatore, una serie di poteri di varia natura:di formazione, di regolazione, di controllo,sanzionatorio,di cui la stessa autorità diviene titolare.

L’attribuzione dei suddetti poteri ha posto in dottrina la questione della natura giuridica delle autorità indipendenti.

Secondo una prima impostazione i suddetti organismi avrebbero natura amministrativa rientrando nell’ampio genus di PA con contestuale soggezione alla responsabilità di cui all’art. 95, comma 2 Cost., ove si prevede che “i ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei ministri, e individualmente degli attidei loro dicasteri”. Avallando tale tesi le medesime autorità sarebbero soggette alla responsabilità innanzi al Governo,il quale, nei confronti delle medesime, potrebbe esercitare poteri di controllo, di vigilanza e di sostituzione dei membri.

Per altra parte della dottrina le autorità indipendenti, facendo leva sui poteri di cui sono titolari in particolare modo quelli di natura contenziosa, sarebbero dei veri e propri organi giurisdizionali o paragiurisdizionali e, conseguentemente, fuori dal circuito del genus PA e della responsabilità ex art. 95, comma 2 Cost.

Sul punto l’orientamento oggi prevalente, in forza di un decisum della Suprema Corte del maggio del 2002 successivamente confermata da una pronunzia delle Sezioni Unite del 2006 e dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria, ritiene che leautorità indipendenti siano organismi aventi natura amministrativa, non quindi organi giurisdizionali od entità acefale esercitanti un “quarto potere” non previsto dalla Costituzione, seppur fuori dall’alveo della responsabilità ex art. 95, comma 2 Cost. Con la citata pronuncia del 2002, n. 7341, il Supremo Consesso della giustizia ordinaria ha posto in evidenza, eliminando i dubbi sulla natura amministrativa di tali organismi, come “l'ordinamento.... non conosce un tertium genus tra amministrazione e giurisdizione, alle quali la Costituzione riserva rispettivamente, per distinguerne e disciplinarne le attività, gli articoli 111 e 97. Non vi è nel sistema costituzionale una figura di paragiurisdizionalità a sé stante, distinta dalle due predette...”.

Ancora è stato sostenuto che “ risulta pertanto decisivo, in adesione alla dominante

dottrina, ad escludere la natura giurisdizionale, o paragiurisdizionale, se con tale termine si intende richiamare la predetta fonte giudiziaria del provvedimento, la sottoposizione della decisione dell'organo pubblico,comunque adottata, al vaglio di un giudice nei termini della domanda introduttiva del giudizio di controllo. Giacché essa fa desumere che il potere di attuare la legge a tali organi affidato non è comunque definitivo”.

Difatti,è stato affermato, in dottrina, che le suddette autorità non sono portatori di un dato interesse pubblico,qualequello che contraddistingue le PA classiche, ma si pongono in una posizione di indifferenza rispetto agli interessi in gioco.

Come affermato da autorevole dottrina il dato caratterizzante le autorità indipendenti è la loro posizione di neutralità, non di imparzialità che concerne le classiche PA, ed indipendenza rispetto a tutti gli attori operanti all'interno di un dato settore.

La neutralità di cui si discetta è stata intesa come "imparzialità qualificata", la medesimatrova un referente normativo, che rappresenta il dato fondante le autorità indipendenti, nell'art. 97 Cost. Èstato anche ritenuto che lo stesso art. 101 Cost., il quale prevede che "i giudici sono soggetti soltanto alla legge", si pone non solo appannaggio della magistratura, ma possa estendersi anche ad altri soggetti, quali appunto le autorità indipendenti, esercenti dette potestà.

Tuttavia si è specificato come i provvedimenti emessi dalle stesse non assurgano a res judicata posto che sulle medesime si pronunzierà l'organo giudicante al fine di accertare la legittimità del loro operato

Con riguardo all'ambito di operatività, le autorità indipendenti si suddividono in attività di settore e trasversali, a seconda che operano all'interno di un singolo comparto (es. Autorità per l'energia elettrica e per il gas) o all'interno dell'intero ordinamento (es. Autorità Antitrust).

Altra distinzione afferisce il tipo di attività: di regolazione, riguardante la definizione delle regole comportamentali e l'esercizio della potestà regolamentare; di controlli e di vigilanza, comportante anche la possibilità di irrogare sanzioni.

Da ultimo non si esclude la possibilità che l'autorità ponga in essere una attività discrezionale, che differisce dalla attività di discrezionalità tecnica che pone in essere regolarmente la medesima, diretta alla cura di un dato interesse pubblico.

Esclusa, quindi, la sua natura paragiurisdizionale l'autorità indipendente sarà soggetta al sindacato dell'organo giurisdizionale, il quale sarà chiamato ad accertare la legittimità dell'operato posto in essere dalla medesima.

Con riguardo al riparto di giurisdizione essendo gli atti adottati dalle autorità altamente tecnici, quali espressione di discrezionalità tecnica, ed essendo la posizione di diritto soggettivo soventemente intrecciataa posizioni di interesse legittimo, si è intesoattribuire la giurisdizione, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 113 Cost. sulla base del criterio eccezionale, come affermato dalla Corte Costituzionale (con le note pronunzie n. 204/04 e n. 191/06), delle "particolari materie", al giudice amministrativo in sede esclusiva, conconseguente cognizione anche di questioni involgenti situazioni giuridiche di diritto soggettivo.

Infatti l'attuale art. 133 codice processo amministrativo al comma 1, lettera c) individua l'ambito di operatività della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, estendendo la medesimanon solo ai provvedimenti emanati dalle autorità indipendenti,ma,secondo quanto prevede la successiva lettera l),

anche ai provvedimentidi naturasanzionatoriaemessi dalle autorità indicate nella lettera medesima. In tale modo si è posto fine ad una querelle che aveva riguardato, in passato, il riparto di giurisdizione in materia di impugnazione di provvedimenti sanzionatori tra lo stesso giudice amministrativo ed il giudice ordinario.

Con esplicito riferimento all'ambito di sindacato sulle autorità l'attuale prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa lo ammette sia per i provvedimenti negativi, sia per quelli inerenti l'attività di regulation.

I provvedimenti di natura contenziosa sono dotati di un alto grado di tecnicità posto che l'autorità procede a contestualizzare un dato concetto indeterminato, prefissato dalla legge, sussumibile nella fattispecie concreta.

Sul punto il Consiglio di Stato, con la pronunzia n. 597/08, ha affermato che "con riferimento alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. "concetti giuridici indeterminati", la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione".

In giurisprudenza si è posto in evidenza le quattrole fasi che caratterizzano l'oggetto del sindacato:

- accertare la fattispecie concreta;
- contestualizzare un dato concetto indeterminato (si pensi ai concetti di "abuso di posizione dominante", "mercato rilevante" od "intese restrittive del mercato"di cui alla legge Antitrust n. 287/90);
- procedere ad una sussunzione del concetto medesimo;
- emanare il provvedimento definendo il contenuto.

Rispetto ad un recente passato dove si ammetteva solo un controllo estrinseco sull'atto ed un accertamento della illegittimità sulla base dei vizi della incompetenza e della violazione di legge ma soprattutto del grimaldello dell'eccesso di potere, nelle sue figure sintomatiche, con il passare del tempo si sono ampliate le maglie del sindacato del giudice amministrativo.

Difatti, secondo un primo orientamento il giudice amministrativo puòporre inessere, accanto ad un sindacato di tipo estrinseco, volto a verificare la legittimità del provvedimento evidenziando i vizi ilevabili ictu oculi sulla base delle conoscenze di un profano, un sindacato di tipo intrinseco debole, non forte e sostitutivo, che presuppone la verifica dell'iter argomentativodell'autorità ed unsindacato sulle scelte della stessa, con particolare riferimento a come era stato utilizzato quel dato potere attribuito dalla legge all'autorità.

Come detto poc'anzi, l'attività posta in essere dalle surriferite autorità è prettamente di natura tecnica. Ciò che contraddistingue la discrezionalità tecnica è che all'adozione del provvedimento si perviene tramite il ricorso a regole, dotate di una certa tecnicità e specializzazione, del tutto opinabili afferenti le scienze non esatte.

Il Consiglio di Stato, con la pronunzia n. 8023/10, ha argutamente osservato come "...per " tecnico " si intenda un giudizio di qualificazione che appartiene a discipline non giuridiche, in quanto i criteri dell'interpretazione giuridica non forniscono un significato autosufficiente né comprovabile in maniera assoluta.

Si suole ritenere che la discrezionalità tecnica partecipi della relatività ed evoluzione delle conoscenze, propria dell'esperienza umana e coinvolge regole desunte da c.d. " scienze " (meglio sarebbe dire esperienze o discipline) non esatte. Due caratteri, dunque, la connotano: l'esser essa basata su regole non giuridiche; l'esser essa basata su regole non comprovabili in maniera universalmente accettata e, dunque, su regole opinabili....".

Secondo altro orientamento del Consiglio di Stato, rappresentato nella pronuncia n 597/08, è inutile discettare tra sindacato debole e forte, ciò che conta è che il sindacato sia forte, pieno ed effettivo con possibilità per il giudice amministrativo non solo di sindacare il come il potere sia stato esercitato ma anche di accertare come quei concetti siano stati contestualizzati e come siano stati definiti ed utilizzati i criteri rilevanti per la decisione.

Per cui, in ossequio al principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, ex artt. 24-103-111-113 Cost. nonché quelli ricavabili dall'ordinamento comunitario e da ultimo dall'art. 1 cod. proc. amm., appare legittimo per il giudice amministrativo, visto anche il passaggio da un giudizio sull'atto ad un giudizio sul rapporto, estendere il suo sindacato.

Al fine di porre in essere tale attività il giudice si avvale della consulenza tecnica d'ufficio, ex artt. 61 e 67 c.p.a., e la sua valutazione si pone accanto a quella dell'autorità indipendente ma non può giammai sostituirsi ad essa, pena una irragionevole ed ingiustificata ingerenza all'operato della medesima.

Sul punto appare rilevante, unarresto del Supremo Consesso amministrativo, la sentenza n. 1275/10, ove si puntualizza che "...l'area della opinabilità in cui sostanziano la discrezionalità tecnica e quella amministrativa, non è immune da un sindacato giurisdizionale che deve verificare se l'effetto di contestualizzazione della norma sia avvenuto attraverso l'adeguata comparazione e ponderazione dell'interesse pubblico fondamentale con quelli privati, della cui rispettosa considerazione l'amministrazione deve dare contezza. La forma di sindacato consentita al giudice è definita "sindacato debole", espressione con cui si intende porre solo un limite alla statuizione finale del giudice, il quale, dopo aver accertato

in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo logico-valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche o del buon agire amministrativo, anch'esse sindacabili, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre, fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti, assumerebbe egli la titolarità del potere".

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha anche ammesso la possibilità della impugnazione dei provvedimenti negativi emessi dall'autorità. Si pensi al rigurado ad un provvedimento di archiviazione in riferimento ad un caso di pubblicità ingannevole (vedi Consiglio di Stato n. 280/05 e n. 3865/04) In siffatte ipotesi si richiede la titolarità di un interesse particolare, attuale e differenziato al fine di agire avverso il provvedimento negativo.

Da ultimo, la giurisprudenza ha ritenuto impugnabili quei provvedimenti relativi di regulation espressione dell'esercizio della potestà regolamentare dell'autorità.

Sul punto, si è affermato che, affinchè l'autorità indipendente possa legittimamente esercitare detto potere, bisogna che il medesimo trovi non solo riscontro in una disposizione di legge, che definisca principi, modi e limiti, ma anche che siano rispettati determinati principi fondamentali quali quelli relativi al giusto procedimento ed al contraddittorio.

Il Consiglio di Stato ha sostanzialmente avallato la tesi della trasposizione dei principi di cui alla legge fondamentale n.241/90 all'attività posta in essere dall''autorità (Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 marzo 2010, n. 1275)

Ciò al fine di far sì che il privato, tramite osservazioni e scritti, possa partecipare attivamente alla definizione dell'atto. Si parla, al riguardo, ,di metodi di consultazione preventiva che, tra l'altro, sono disciplinati dall'art. 8, comma 1 d. lgs. n. 263/06 in tema di appalti pubblici.

In tale fattispecie il giudice amministrativo andrà ad accertare e verificare se alla definizione e redazione dei suddetti atti sia stata data la possibilità al privato, nel rispetto dei principi di cui alla legge n. 241/90 sul procedimento amministrativo, di poter partecipare attivamente ed in concreto all'attività posta in essere dall'autorità amministrativa indipendente.

De jure condendo, in tema di garanzie procedimentali, il Consiglio di Stato con il recente arresto del marzo 2010 n. 1215, ha affermato che "il c.d. diritto al contraddittorio procedimentale in tema di atti di regolazione condotti dalle autorità indipendenti ha trovato la sua sistemazione sul piano giurisprudenziale se è vero infatti che ai procedimenti regolatori condotti dalle autorità indipendenti non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito delle norme sulla partecipazione l'attività della p.a. diretta alla emanazione di atti amministrativi generali (artt. 3 e 13 legge n. 241/90), tuttavia, in assenza di responsabilità e di soggezione nei

confronti del Governo, l'indipendenza e la neutralità delle autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga in sede giurisdizionale".

WLADIMIRO TROISE MANGONI

SULLA GIURISDIZIONE IN MATERIA DI SANZIONI IRROGATE DALLA CONSOB E DALLA BANCA D'ITALIA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. L'evoluzione legislativa e gli interventi della Corte costituzionale. – 3. Il fondamento giuridico delle decisioni della Corte costituzionale: profili critici. – 4. Spunti di riflessione per una diversa ricostruzione circa la titolarità della giurisdizione in materia di sanzioni nei settori creditizio e finanziario.

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Il tema concernente la titolarità della giurisdizione in materia di sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia merita di essere affrontato secondo una duplice chiave di lettura.

La prima, quella più piana dalla quale si muoverà, riguarda il dato di diritto positivo: un'evoluzione normativa non sempre lineare e coerente, sulla quale è intervenuta di recente la Corte costituzionale con due sentenze – la n. 162 del 27 giugno 2012 e la n. n. 94 del 15 aprile 2014 – rispetto alle quali il legislatore si è espressamente conformato.

La seconda prospettiva di analisi si incentrerà sul fondamento giuridico posto dalla Consulta alla base delle proprie pronunce, per verificare se le soluzioni interpretative adottate fossero necessitate o se i testi legislativi oggetto di sindacato non meritassero una lettura sistematica di diverso tenore, tale da considerarli coerenti con il parametro normativo costituzionale di riferimento. Una simile prospettiva imporrà di interrogarsi su alcuni dei nodi problematici di fondo attinenti al riparto fra la giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo; in proposito, senza alcuna presunzione di trattare in modo esaustivo temi che meriterebbero ben altro approfondimento, si prenderanno in considerazione gli orientamenti espressi in dottrina e giurisprudenza, cercando di sottolinearne gli spunti ricostruttivi più convincenti, ma anche talune incongruenze. E ciò, ai limitati fini di proporre una ricostruzione dell'attribuzione della giurisdizione in materia di sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia che appaia coerente con il nostro ordinamento processuale.

2. L'EVOLUZIONE LEGISLATIVA E GLI INTERVENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Come anticipato, un esame critico sulla giurisdizione in materia di provvedimenti sanzionatori irrogati dalla Consob e dalla Banca d'Italia non può prescindere da una seppur breve ricostruzione dei principali passaggi normativi succedutisi nel corso del tempo, come pure da una sintetica ricognizione della giurisprudenza costituzionale che si è occupata del tema.

Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, diverse leggi istitutive di autorità amministrative indipendenti avevano optato per l'attribuzione in via esclusiva al giudice amministrativo delle controversie concernenti l'attività istituzionale di tali soggetti giuridici1[104];

Occorre tuttavia ricordare che, anche con riferimento alle eccezioni da ultimo rammentate, vi era stato, nell'ottica della concentrazione in capo al giudice amministrativo della giurisdizione sugli atti emanati dalle autorità indipendenti, un tentativo di attrarre al plesso giurisdizionale amministrativo il vaglio dei provvedimenti sanzionatori emanati dalla Consob e dalla Banca d'Italia.

In questo senso, l'art. 33, d.lgs. n. 80/1998, come sostituito dalla l. 21 luglio 2000, n. 2052, aveva esteso la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla materia dei servizi pubblici. Come è noto, l'originario dettato dell'art. 33 recava un esplicito riferimento ai "servizi afferenti al credito" intesi in senso lato; successivamente, la lettera della disposizione veniva rimodulata dalla l. 21 luglio 2000, n. 205, ricomprendendo tra i pubblici servizi ricondotti alla giurisdizione amministrativa unicamente "quelli afferenti alla vigilanza sul credito".

Con la riforma del diritto societario (cfr. art. 1, c. 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, successivamente confermato sul punto dalla l. 28 dicembre 2005, n. 262) veniva riaffermata la giurisdizione del giudice ordinario – la Corte d'Appello – rispetto ai giudizi d'opposizione alle sanzioni irrogate in materia creditizia e mobiliare.

Più recentemente, la revisione della disciplina processuale amministrativa ha nuovamente previsto l'attrazione verso la giurisdizione amministrativa delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob. In particolare, il testo originario dell'art. 133, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, stabiliva che fossero "devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge" le

[104] 1 Si veda sul punto, M. CLARICH – A. PISANESCHI, Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni, in Giur. comm., 1168. Sul ruolo di "giudice naturale" delle controversie relative all'attività delle autorità indipendenti, che pareva essere affidato al giudice amministrativo, cfr. anche M. CLARICH, Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello, Bologna, 2005, 188. nondimeno, una significativa eccezione era costituita dalla normativa dedicata al settore bancario e finanziario, rappresentata rispettivamente dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385) e dal testo unico della finanza (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), che riconduceva alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie concernenti i giudizi di opposizione avverso le sanzioni amministrative irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia.

controversie di cui al comma 1, lett. l), "aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Banca d'Italia, dalla Commissione nazionale per le società e la borsa, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione, dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private, comprese le controversie relative ai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell'articolo 326 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209".

Tale ultimo intervento legislativo è stato giudicato incompatibile con il dettato normativo costituzionale dalla Consulta con la sentenza n. 162/2012, in relazione alle sanzioni irrogate dalla Consob.

A seguito della pronuncia costituzionale del 2012, l'art. 1 del secondo decreto correttivo al codice del processo amministrativo3 ha chiuso il cerchio di quello che è stato efficacemente definito il "balletto delle giurisdizioni"4[105], stabilendo esplicitamente che "all'articolo 133, comma 1, sono apportate le seguenti modificazioni: — alla lettera l), dopo le parole: «n. 385», sono soppresse le seguenti: «dalla Commissione nazionale per la società e la borsa»".

In relazione alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, con la sentenza n. 94/2014, la Corte costituzionale ha poi ribadito la giurisdizione del giudice ordinario, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, delle controversie concernenti le sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia.

Gli interventi del legislatore e della Corte costituzionale ci consegnano, dunque, un sistema di tutela giurisdizionale essenzialmente bipartito, nel quale, accanto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione alle sanzioni irrogate dalla generalità delle autorità amministrative indipendenti, viene attribuita al giudice ordinario la cognizione per quelle applicate dalla Consob e dalla Banca d'Italia 5[106].

3. IL FONDAMENTO GIURIDICO DELLE DECISIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE: PROFILI CRITICI

[105] 4 Secondo l'efficace espressione di M. CLARICH – A. PISANESCHI, Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni, cit.

[106] 5 Si tratta di un profilo sottolineato da G. GUIZZI, La sentenza Cedu 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista, in Corr. giur., 2014, 1321 ss.

Come anticipato, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità delle disposizioni legislative che attribuivano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione delle sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia sulla base di un preteso eccesso di delega. Nella redazione del codice del processo amministrativo, il Governo non avrebbe, in sostanza, rispettato i limiti contenuti nella delega, che gli avrebbero imposto l'osservanza degli orientamenti della giurisprudenza della stessa Consulta e delle Corti superiori.

Dopo aver richiamato, in via generale, i principi da essa stessa elaborati circa il corretto rapporto che deve sussistere tra fonte delegante e atto delegato, nei casi in cui debba operarsi il riordino o il riassetto di un impianto normativo esistente, la Corte ne fa concreta applicazione nella questione sottoposta al proprio sindacato, sottolineando come il Governo disponesse di una certa capacità innovativa dell'ordinamento "da interpretarsi però in senso restrittivo e comunque rigorosamente funzionale al perseguimento delle finalità espresse dal legislatore delegante"6[107].

Pur riconoscendo che in materia di riassetto del riparto fra giurisdizioni la delega conteneva un chiaro criterio direttivo consistente nell'assicurare la concentrazione delle tutele, la Consulta sofferma la propria attenzione sulla necessità che il legislatore delegato si attenesse alla giurisprudenza della Corte costituzionale stessa e delle giurisdizioni superiori.

Di qui il passaggio argomentativo centrale nel ragionamento della Corte: l'attribuzione delle controversie concernenti le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non appare rispettosa degli orientamenti giurisprudenziali delle Sezioni Unite della Cassazione e del Consiglio di Stato.

Su tali ultimi orientamenti, dai quali si sarebbe illegittimamente discostato il Governo, la Consulta non si sofferma con l'analisi puntuale che ci si sarebbe potuti attendere in una materia delicata e complessa come quella in esame. L'unica motivazione giuridica, affermata più che sviluppata, tratta dalla giurisprudenza citata riposa sull'assenza di discrezionalità amministrativa nell'attività di applicazione delle sanzioni – interdittive come pecuniarie – da parte delle Autorità in discussione.

Il verificarsi di conseguenze giuridiche di rilievo, in considerazione della qualificazione dell'attività della pubblica amministrazione come discrezionale o vincolata, è tema noto agli studiosi del diritto pubblico, i quali lo hanno affrontato anche con riguardo al riparto di giurisdizione. La questione merita allora di essere ripresa con un maggiore grado di approfondimento nel prosieguo di questo lavoro.

Prima di svolgere un simile approfondimento è tuttavia il caso di ricordare come l'intervento da parte della Corte costituzionale nella materia in discussione abbia suscitato un vivace dibattito dottrinale; di esso si darà sinteticamente conto, al fine di

[107] 6 In questo senso, espressamente, C. cost. n. 162/2012.

individuare taluni argomenti di fondo dai quali muovere, nel tentativo di proporre poi una ricostruzione sistematica dei fondamenti giuridici che avrebbero potuto (e potrebbero, in futuro) guidare nella definizione della giurisdizione titolare della potestà di cognizione sulle sanzioni irrogate nei settori finanziario e creditizio.

Un primo condivisibile profilo di critica sollevato in dottrina riguarda l'interpretazione fornita dalla Consulta in relazione alla legge delega e ai limiti in essa contenuti.

La Corte non sembra aver riconosciuto, infatti, il corretto grado di rilevanza al vincolo posto dal legislatore delegante affinché il codice del processo amministrativo realizzasse una maggiore concentrazione delle tutele, qualificata quest'ultima come fine dal comma 1 dell'art. 44, l. n. 69/2009 e come principio dal comma successivo. Né sembra essere stata correttamente valorizzata la correlazione del principio di concentrazione con quello della "effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo"7 [108].

Il principio in disamina non deve essere letto come riferibile soltanto allo stretto rapporto esistente nel giudizio amministrativo tra la tutela costitutiva e quella risarcitoria; esso deve assumere altresì il valore di canone normativo volto a evitare che segmenti dell'azione amministrativa strettamente correlati tra loro siano oggetto di sindacato da parte di giurisdizioni differenti.

Con specifico riguardo al discorso che si sta conducendo, appare difficilmente negabile lo stretto collegamento tra l'attività di vigilanza svolta da parte della Consob e della Banca d'Italia e quella sanzionatoria che ne consegue 8[109]. La correlazione giuridica tra queste due attività emerge in ragione di due argomenti a loro volta collegati, ai quali è opportuno in questa sede dedicare solo dei brevi cenni.

Il primo riposa sulla constatazione del rapporto di stretta consequenzialità sussistente tra vigilanza e irrogazione della sanzione. Se, da un lato, l'attività di vigilanza non sfocia necessariamente nell'applicazione di una sanzione, è difficilmente negabile che l'azione sanzionatoria presupponga sempre una previa attivazione delle funzioni di vigilanza da parte dell'autorità 9[110].

[108] 7 Così l'art. 44, c. 2, lett. a), della l. n. 69/2009.

[109] 8 Diverse voci, in dottrina, sottolineano la stretta correlazione tra l'attività di vigilanza e quella sanzionatoria, con l'assunzione di una conseguente posizione critica nei confronti delle statuizioni della Corte costituzionale per non aver quest'ultima tenuto nella corretta considerazione il principio di concentrazione delle tutele. Si rinvia, tra gli altri, a M. RAMAJOLI, Le forme di giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito, in (a cura di) B. SASSANI – R. VILLATA, Il codice del processo amministrativo, Giappichelli, Torino, 141, spec. 188; M. CLARICH – A. PISANESCHI, Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni, cit., 5; A. POLICE, in A. POLICE – A. DAIDONE, Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob, cit., 689; A. SCOGNAMIGLIO, La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob, in Banca, borsa tit. cred., 2013, II, 254, spec. 257 ss.; A. POZZI, Giurisdizione esclusiva (in materia creditizia e dei mercati finanziari) o giurisdizione escludente dei TAR?, in www.giustamm.it, 4.

[110] 9 Come afferma condivisibilmente A. POLICE, in A. POLICE – A. DAIDONE, Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob, cit., 689, "occorre infatti attribuire il giusto risalto allo stretto collegamento esistente tra il potere sanzionatorio, da una parte, e quello di vigilanza dall'altra. Potere che è ravvisabile nella generale potestà

Il secondo argomento riguarda la stretta connessione (se non talvolta la vera e propria sovrapponibilità) delle vicende fattuali e giuridiche poste a fondamento dell'intervento dell'autorità in funzione di vigilanza o di applicazione della sanzione 10[111].

Lo stretto collegamento tra attività di vigilanza volta ad accertare i presupposti fattuali per l'applicazione della sanzione e azione sanzionatoria trova importanti conferme anche in ambito pretorio.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno infatti sottolineato "la stretta connessione che si riscontra tra il provvedimento sanzionatorio e quello di accertamento della violazione, con il quale l'Autorità ritiene sussistere uno dei comportamenti vietati dalla legge"11[112]. È utile rilevare, ai nostri fini, come la fattispecie oggetto di giudizio riguardasse l'operato in funzione di vigilanza e poi sanzionatrice di un'autorità amministrativa indipendente, quale è l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Del pari, il Consiglio di Stato, in una vicenda riguardante l'irrogazione di sanzioni in materia bancaria da parte del Ministro del Tesoro, su proposta della Banca d'Italia, ha statuito che "l'applicazione delle sanzioni, (…), appare intimamente connessa all'attività di vigilanza, posto che costituisce null'altro che il momento di effettività di tale attività"12[113].

Non si può sottacere come sull'orientamento del giudice amministrativo appena richiamato si sia espressa criticamente un'autorevole voce dottrinale, che ha sostenuto la distinzione e la piena autonomia tra la funzione sanzionatoria e quella di vigilanza anche in considerazione delle diverse finalità sottese alle due attività 13[114].

Sulla relazione giuridica intercorrente tra la funzione sanzionatoria e quella di vigilanza esercitate dalla Consob e dalla Banca d'Italia si tornerà tra breve.

A questo punto del discorso giova solo sottolineare come i rilievi critici appena richiamati sono stati espressi rispetto a un quadro normativo – l'art. 33 del d.lgs. n. 80, come modificato dalla l. n. 205/200 – che attribuiva espressamente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione sull'attività di

---

sanzionatoria riconosciuta alla Consob, in funzione di reazione consequenziale alla violazione di specifiche disposizioni di legge o regolamentari da parte di soggetti sottoposti a vigilanza (…).".

[111] 10 Si rinvia ancora ai rilievi di A. POLICE, in A. POLICE – A. DAIDONE, Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob, cit., 690: "La soluzione della Consulta in ragione della quale si consente che i medesimi fatti debbano essere conosciuti da giudici diversi si pone in evidente contrasto con i principi di concentrazione della tutela, di giusto processo, di effettività e di eguaglianza delle garanzie nella tutela giurisdizionale".

[112] 11 Così, espressamente, Cass., Sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52.

[113] 12 In questo senso, testualmente, Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 2003, n. 2533, che conferma la posizione espressa da T.A.R. Lazio, Sez. I, 7 settembre 2001, n. 7235, commentata quest'ultima da A. TRAVI, La giurisdizione amministrativa per le sanzioni pecuniarie previste dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, in Banca, borsa tit. cred., 2002, 379.

[114] 13 Ci si riferisce al lavoro appena citato di A. TRAVI, La giurisdizione amministrativa per le sanzioni pecuniarie, 381.

vigilanza sul mercato mobiliare e che quindi lasciava all'interprete la risoluzione circa l'eventuale riconduzione della funzione sanzionatoria alla prima.

Diversa la questione sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, alla quale si domandava di verificare se la scelta operata dal d.lgs. n. 104/2010 di assegnare al giudice amministrativo la giurisdizione sulle sanzioni irrogate nei settori finanziario e creditizio fosse coerente con la delega in cui, come già osservato, si poneva il principio di concentrazione delle tutele come parametro normativo di riferimento e come obiettivo di politica legislativa da perseguire. In questo contesto, la decisione di dichiarare l'incostituzionalità in parte qua del codice del processo amministrativo, recidendo così il vincolo di connessione tra le funzioni di vigilanza e sanzionatoria sancito dal legislatore, avrebbe meritato uno sforzo argomentativo maggiore da parte del Giudice delle leggi.

Se, dunque, il rispetto degli obiettivi posti nella delega consigliavano di concentrare in capo a un unico giudice le controversie in materia di vigilanza e irrogazione delle sanzioni, ci si potrebbe interrogare sull'eventuale coerenza dell'individuazione di tale giudice in quello ordinario 14[115].

Una simile opzione interpretativa non sembra, tuttavia, percorribile, per più di una ragione.

Un primo argomento (che definirei storico-descrittivo) riposa sul ruolo ormai assunto dal giudice amministrativo come giudice non solo del mercato in generale, dal momento che conosce dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ma anche dei mercati regolati, in considerazione della titolarità della giurisdizione in relazione all'attività delle altre autorità indipendenti 15[116].

In una situazione così consolidata ormai da più di un ventennio, è difficile immaginare il trasferimento della giurisdizione concernente gli atti delle autorità indipendenti dinanzi al giudice ordinario.

Sussiste, tuttavia, una seconda ragione, giuridicamente più consistente, che non consente di avallare l'ipotizzata concentrazione di giurisdizione in capo al giudice ordinario.

Se il tema circa la corretta attribuzione della cognizione relativa alle sanzioni delle autorità indipendenti ha consentito l'emergere di un vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale, in considerazione dei diversi argomenti spendibili a favore dell'una o

[115] 14 Il dubbio è opportunamente posto da A. SCOGNAMIGLIO, La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob, cit., 263, e risolto, tuttavia, dall'Autrice nel senso del riconoscimento della coerenza con il nostro sistema processuale dell'attribuzione delle materie in discussione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

[116]

15 Si veda, sul punto, M. CLARICH, La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia, in Foro amm., TAR, 2003, 3133, secondo cui, "con la legge antitrust del 1990 il giudice amministrativo ha assunto il ruolo di giudice del «mercato»; con le principali leggi di disciplina di settore, ha assunto in parallelo quello di giudice dei «fallimenti del mercato»"; ID, Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello, Bologna, Il Mulino, 2005, 188.

dell'altra giurisdizione, non sussiste alcun dubbio circa la riconduzione alla giurisdizione del giudice amministrativo dei provvedimenti esplicazione della funzione di vigilanza. Tale ultima funzione è infatti una chiara manifestazione del potere autoritativo delle autorità indipendenti, in relazione al quale la posizione soggettiva del privato è di interesse legittimo. Immaginare di trasferire la cognizione sull'attività di vigilanza esercitata dalle predette autorità dinanzi al giudice ordinario, al fine di perseguire obiettivi di concentrazione con la tutela riguardante le sanzioni, significherebbe stravolgere le regole del nostro sistema di riparto tra giurisdizioni come disegnato dalla Costituzione. In assenza di un mutamento normativo, l'ipotesi ventilata non è pertanto ammissibile.

4. SPUNTI DI RIFLESSIONE PER UNA DIVERSA RICOSTRUZIONE CIRCA LA TITOLARITÀ DELLA GIURISDIZIONE IN MATERIA DI SANZIONI NEI SETTORI CREDITIZIO E FINANZIARIO

I rilievi sin qui condotti circa l'impostazione seguita dalla Corte costituzionale e sui principi e le finalità contenuti nella legge delega costituiscono la base per svolgere talune sintetiche riflessioni sulla corretta collocazione sistematica della cognizione relativa alle sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia.

Un simile tentativo di ricostruzione critica deve muovere dalle premesse giuridiche poste dal giudice costituzionale come fondamento per la propria decisione e, in particolare, dalla disamina degli orientamenti giurisprudenziali delle Corti superiori, lo scostamento dai quali avrebbe cagionato l'eccesso di delega nel quale sarebbe incorso il legislatore, nella stesura del codice del processo amministrativo.

Oltre al riferimento alle norme espressamente attributive della giurisdizione al giudice ordinario, le sentenze richiamate dalla Consulta si attengono esplicitamente al criterio della sussistenza o meno, in capo all'autorità, della capacità di compiere una scelta volta al perseguimento di un interesse pubblico. In ultima analisi, l'orientamento giurisprudenziale assunto dalla Corte costituzionale come decisivo al fine di definire il riparto tra giurisdizioni si fonda sulla connotazione in senso discrezionale del potere esercitato dall'autorità 16[117]. L'assenza di discrezionalità, nell'esercizio della funzione sanzionatoria, spinge la giurisprudenza appena

[117] 16 Le sentenze citate da C. cost. n. 162/2012, con riguardo alle sanzioni irrogate dalla Consob, sono le seguenti: Cass., Sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383, nella quale si afferma espressamente che "la scelta della sanzione, allora, secondo la espressa previsione normativa, non tiene conto di interessi pubblici diversi, come l'interesse generale del mercato (affermato dal ricorrente), e non è perciò espressione di discrezionalità amministrativa"; in senso sostanzialmente analogo, Cass., Sez. un., 11 febbraio 2003, n. 1992; Cass., Sez. un., 22 luglio 2004, n. 13703; Cons. Stato, Sez. VI, 6 novembre 2007, n. 6474. Per quanto riguarda la giurisprudenza citata da C. cost. n. 94/2014, riferibili alle sanzioni applicate dalla Banca d'Italia, si rinvia a Cass., Sez. un., 22 luglio 2004, n. 13709, nella quale si afferma che "in relazione all'esercizio dell'attività bancaria, l'applicazione delle sanzioni amministrative deve essere effettuata secondo i criteri stabiliti dalla legge 689/81, che non lasciano alcuno spazio a valutazioni di carattere discrezionale"; nella medesima direzione, Cass., Sez. un., 21 maggio 2004, n. 9730; Cass., Sez. un., 15 febbraio 2005, n. 2980; Cass., Sez. un., ordd. 27 aprile 2006, nn. 9600 e 9602; Cass., Sez. un., 15 luglio 2010, n. 16577.

richiamata e, conseguentemente, la Corte costituzionale a ricondurre il sindacato sulla predetta funzione nell'alveo della giurisdizione ordinaria.

L'impostazione seguita dalla Consulta, nel porre alla base della propria decisione le sole sentenze riguardanti la giurisdizione sugli atti sanzionatori della Consob e della Banca d'Italia, limitando in tal modo i profili giuridici della questione alla presenza o meno dell'agire discrezionale delle predette autorità, non convince pienamente per diverse ragioni che, in questa sede, possono essere solo sinteticamente tratteggiate.

In primo luogo, appare censurabile la scelta della Corte di riferirsi esclusivamente alle sentenze pronunciate in materia di sanzioni applicate dalla Consob e dalla Banca d'Italia 17[118].

Prescindo per il momento dal ruolo centrale che avrebbe dovuto assumere la giurisprudenza della Consulta stessa e, in particolare, la ricostruzione d'insieme della giurisdizione esclusiva delineata nella sentenza n. 204/2004.

Pur limitando la prospettiva di analisi alle sole pronunce relative alla regolazione della giurisdizione emanate dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato, un approccio più corretto e fedele alla legge delega avrebbe consigliato di verificare gli orientamenti delle predette Corti superiori in relazione alla funzione sanzionatoria in generale attribuita alle autorità indipendenti dotate di potere di vigilanza. Ciò che avrebbe consentito di assumere come parametro di riferimento la posizione giurisprudenziale formatasi in relazione al più complessivo fenomeno giuridico dell'applicazione delle sanzioni in connessione all'attività di vigilanza comune a più autorità 18 [119].

La verifica giurisprudenziale qui suggerita avrebbe consentito l'emersione di un panorama di orientamenti diversi, in cui all'impostazione interpretativa seguita dalla Corte costituzionale se ne contrappone un'altra che considera coerente con il dettato normativo costituzionale l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo del potere di sindacato sugli atti sanzionatori delle autorità di vigilanza 19 [120].

Ciò premesso, occorre sottoporre a vaglio critico l'argomento centrale alla base dell'orientamento giurisprudenziale richiamato dalla Consulta e da quest'ultima fatto proprio e elevato a pacifico e incontestabile diritto vivente; si tratta, come anticipato,

[118] 17 Il rilievo è condivisibilmente sollevato da A. SCOGNAMIGLIO, La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob, cit., 258. Così l'Autrice: "Viene da chiedersi subito se l'operazione sia corretta o se non sarebbe stata più appropriata la scelta di ricostruire il parametro 'giurisprudenziale' alla stregua degli orientamenti, maturati nella giurisprudenza delle giurisdizioni superiori, sulla complessiva materia dei provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti".

[119] 18 In effetti, il legislatore delegato aveva colto l'omogeneità del fenomeno delle sanzioni irrogate dalle autorità di vigilanza, disciplinandone la giurisdizione in via unitaria all'art. 133, c. 1, lett. l), cod. proc. amm.

[120] 19 Si rinvia, tra le altre, a Cass., Sez. un., n. 52/1994, cit.; Cass., Sez. un., 29 aprile 2005, n. 8882; Cons. Stato, Sez. VI, n. 2533/2003, cit.

della qualificazione dell'attività sanzionatoria come priva di discrezionalità e, quindi, come tale da attribuire necessariamente alla cognizione del giudice ordinario 20[121].

Una simile impostazione merita di essere confutata nelle sue premesse e nelle sue conclusioni.

Sulle premesse, occorre in primo luogo osservare come non sia fondata, nella sua assolutezza, l'affermazione secondo cui, nell'applicazione delle sanzioni, le autorità di vigilanza sui settori creditizio e mobiliare non facciano mai uso di discrezionalità amministrativa.

Ho avuto modo in altre occasioni di soffermarmi più diffusamente sulla questione relativa alla pubblicazione della sanzione da parte della Consob 21 [122](e considerazioni analoghe possono essere svolte con riguardo alla Banca d'Italia). Posta la sua evidente portata afflittiva, in ragione dell'impatto reputazionale pregiudizievole che produce, essa è pacificamente inquadrata come sanzione accessoria.

Ebbene, il mero esame della disposizione legislativa concernente la decisione circa l'effettuazione o meno della pubblicazione ed eventualmente dell'adozione della forma anonima, convince nella direzione della sua qualificazione in senso discrezionale 22 [123]. Decisivo, in proposito, appare il riferimento a una valutazione comparativa tra diversi interessi riservata alla Consob e alla Banca d'Italia: a fronte dell'esigenza di informare gli operatori del settore circa la commissione di un illecito

[121] 20 Decisamente critico su tale ultimo punto A. POLICE, in A. POLICE – A. DAIDONE, Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob, cit., 689 s., il quale afferma che "nel momento sanzionatorio non di rado emergono profili di discrezionalità amministrativa e dunque situazioni giuridiche soggettive qualificabili come interessi legittimi".

[122] 21 Sia consentito il rinvio a W. TROISE MANGONI, Il potere sanzionatorio della Consob, Giuffrè, Milano, 2012, 200 ss.; e a ID., La pubblicazione della sanzione irrogata dalla Consob: natura discrezionale della decisione e profili problematici relativi al procedimento sanzionatorio, in www.diritto-amministrativo.org, 2014.

[123] 22 **L'art. 195-bis del t.u.f. prevede espressamente che "1. Il provvedimento di applicazione delle sanzioni previste dal presente decreto è pubblicato senza ritardo e per estratto nel sito internet della Banca d'Italia o della Consob, in conformità alla normativa europea di riferimento. Nel caso in cui avverso il provvedimento di applicazione della sanzione sia adita l'autorità giudiziaria, la Banca d'Italia o la Consob menzionano l'avvio dell'azione giudiziaria e l'esito della stessa a margine della pubblicazione. La Banca d'Italia o la Consob, tenuto conto della natura della violazione e degli interessi coinvolti, possono stabilire modalità ulteriori per dare pubblicità al provvedimento, ponendo le relative spese a carico dell'autore della violazione. 2. Nel provvedimento di applicazione della sanzione, la Banca d'Italia o la Consob dispongono la pubblicazione in forma anonima del provvedimento sanzionatorio quando quella ordinaria: a) abbia ad oggetto dati personali ai sensi del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, la cui pubblicazione appaia sproporzionata rispetto alla violazione sanzionata; b) possa comportare rischi per la stabilità dei mercati finanziari o pregiudicare lo svolgimento di un'indagine penale in corso; c) possa causare un danno sproporzionato ai soggetti coinvolti, purché tale danno sia determinabile. 3. Se le situazioni descritte nel comma 2 hanno carattere temporaneo, la pubblicazione può essere rimandata ed effettuata quando dette esigenze sono venute meno. 3-bis. La Banca d'Italia o la Consob possono escludere la pubblicità del provvedimento sanzionatorio, se consentito dal diritto dell'Unione europea, nel caso in cui le opzioni stabilite dai commi 2 e 3 siano ritenute insufficienti ad assicurare: a) che la stabilità dei mercati finanziari non sia messa a rischio; b) la proporzionalità della pubblicazione delle decisioni rispetto all'irrogazione della sanzione prevista dall'articolo 194-quater."**

e la conseguente reazione sanzionatoria, implicita alla previsione stessa della pubblicazione, il legislatore individua interessi potenzialmente contrapposti alla predetta esigenza, quali la stabilità dei mercati finanziari e l'eventuale sproporzione della sua portata afflittiva e pregiudizievole nella sfera giuridica del soggetto sanzionato. Non è necessario dilungarsi oltre per inferire la natura discrezionale del potere sul quale ci si è appena soffermati.

Dimostrata la sussistenza di specifiche fattispecie sanzionatorie in cui la Consob e la Banca d'Italia esercitano poteri discrezionali, è ora opportuno ampliare la prospettiva, per verificare la correttezza dell'assunto da cui muove la Corte costituzionale (facendo propri gli orientamenti giurisprudenziali ai quali rinvia) consistente nella pretesa assenza di tutela di pubblici interessi nell'esplicazione della funzione sanzionatoria esercitata dalle due autorità in esame. In sostanza, tale ultima funzione consisterebbe in una meccanicistica operazione di irrogazione di una misura afflittiva, in ragione di un vulnus determinatosi nei confronti dell'ordinamento giuridico a causa di un illecito, la cui sussistenza si porrebbe come autoevidente e, quindi, di immediato e agevole acclaramento. Una mera attività di quantificazione e riscossione di un credito sorto ex lege, come conseguenza dell'azione vietata.

Anche questo assunto non sembra condivisibile, in considerazione delle relazioni giuridiche esistenti tra i diversi ambiti di attività delle autorità indipendenti; a essi si dedicheranno pochi cenni, funzionali alla prosecuzione del discorso che si sta conducendo.

Sembra ormai affermarsi una ricostruzione della funzione sanzionatoria delle autorità amministrative indipendenti non solo come strettamente connessa a quella di vigilanza, ma anche come strumentale rispetto al potere di regolazione da esse esercitato 23[124].

Non essendo questa la sede per un approfondimento della funzione regolatoria, ci si limiterà a rilevare che, anche attraverso la sua esplicazione, le autorità indipendenti perseguono interessi: di carattere generale, come il corretto funzionamento di un determinato mercato 24[125], o di natura più particolare, come ho avuto modo di sottolineare in altra occasione con specifico riferimento alla Consob 25[126].

[124] 23 Si rinvia, tra gli altri, a R. TITOMANLIO, Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria, Giuffrè, Milano, 2007; M. TRIMARCHI, Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti, in www.giustamm.it, secondo il quale "le Autorità fornite del potere di «fare le regole» utilizzano le sanzioni come enforcement delle medesime; le Autorità sprovviste di tale potere sono tali solo formalmente, perché utilizzano la funzione sanzionatoria per introdurre regole nel sistema. Una qualche connessione tra funzione di regolazione (concepita come potere di adottare regole) e potere sanzionatorio è pertanto connaturata al modello delle Autorità indipendenti". Si veda, se si vuole, W. TROISE MANGONI, Il potere sanzionatorio della Consob, cit.

[125]24 Si veda, per tutti, M. CLARICH, La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia, cit., il quale, riferendosi agli "strumenti della regolazione pubblica volti a correggere i fallimenti del mercato, cioè a conformare il diritto di impresa all'interesse pubblico con l'attribuzione di poteri pubblicistici alle autorità di settore", rileva che "poco importa poi se il nuovo modello di regolazione perde la connotazione di regolazione finalistica, propria di una visione dirigistica dei rapporti tra Stato e mercato, e diventa sempre più regolazione di tipo condizionale, che non mira

Il ruolo strumentale rispetto alla funzione regolatoria svolto dall'attività sanzionatoria fa emergere allora come quest'ultima costituisca il segmento finale di un articolato complesso di funzioni attribuite alle autorità indipendenti, attraverso le quali esse perseguono interessi pubblici. In ultima analisi, regolazione, vigilanza e irrogazione delle sanzioni appaiono come tre funzioni amministrative (strettamente connesse tra loro, sebbene caratterizzate da strumenti di azione diversi), nell'esplicazione delle quali le autorità di settore mirano al raggiungimento degli interessi pubblici generali e particolari in vista dei quali esse sono state istituite.

La circostanza secondo cui, nell'esercizio della funzione sanzionatoria, in talune fattispecie l'autorità sia chiamata a compiere una valutazione comparativa di interessi e in altre faccia applicazione di una ponderazione già operata a livello legislativo e (come accade molto spesso) regolatorio, non muta il senso dei risultati acquisiti: anche l'attività di irrogazione delle sanzioni da parte delle autorità indipendenti costituisce un momento di perseguimento dell'interesse pubblico.

Se si condivide questa impostazione, ne discende che la qualificazione giurisprudenziale dell'attività sanzionatoria della Consob e della Banca d'Italia come priva di una connotazione finalistica rispetto al perseguimento di un interesse pubblico appare non sufficientemente approfondita e, infatti, posta in discussione da un diverso orientamento pretorio 26[127].

D'altro canto, l'impostazione seguita dalla Corte costituzionale merita talune considerazioni critiche, sulla base di un ordine argomentativo ancora più 'radicale': occorre chiedersi se sia corretto il riferimento alla discrezionalità come discrimine nell'elaborazione delle regole di riparto tra giurisdizioni 27 [128]o se non sarebbe stato

---

a prefigurare risultati, bensì a porre criteri di comportamento, e che ha caratteri di neutralità e di equidistanza dagli interessi privati, nella quale in definitiva l'interesse pubblico coincide con il funzionamento corretto del mercato" (3145 s.).

[126] 25 Sia consentito ancora il rinvio a W. TROISE MANGONI, Il potere sanzionatorio della Consob, cit., 51 ss.

[127] 26 Ci si riferisce a Cass., Sez. un., n. 52/1994, cit., secondo cui "nelle fattispecie di illecito di maggior rilievo l'atto medesimo [il provvedimento di inflizione della sanzione, n.d.r.] non è di mera applicazione della sanzione, volto, cioè, alla quantificazione ed alla riscossione di un credito sorto ex lege in conseguenza dell'operazione vietata, ma ha un contenuto complesso, che gli attribuisce i caratteri del provvedimento amministrativo in senso proprio, con esercizio di poteri autoritativi discrezionali spettanti all'Autorità per la cura degli interessi pubblici ad essa istituzionalmente attribuiti"; Cass., Sez. un., n. 8882/2005, cit., nella quale si afferma che gli atti dell'AGCM sono "emessi in una materia (definita, qual è quella della concorrenza, e connotata non già da una generica rilevanza pubblicistica bensì dall'intreccio di situazioni soggettive qualificabili come interessi legittimi e come diritti soggettivi: v. Corte Cost., n. 204 del 2004, in motivazione) nella quale la P. A. opera come autorità, esercitando poteri discrezionali che le sono attribuiti per la cura degli interessi pubblici ad essa demandati. Tali considerazioni valgono anche per i provvedimenti irrogativi di sanzioni amministrative pecuniarie emessi dall'Autorità"; Cons. Stato, Sez. VI, n. 2533/2003, cit., che, con riguardo al settore creditizio, qualifica l'attività sanzionatoria come quella volta "attraverso la repressione dei comportamenti scorretti, alla dissuasione (e, quindi, alla prevenzione) del reiterarsi di comportamenti siffatti e, in definitiva, a presidiare l'interesse pubblico all'ordinato svolgimento di detta attività"

[128] 27 Sul punto, si rinvia per tutti a R. VILLATA, Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie, in Dir. proc. amm., 1986, 388; e ora in ID., Scritti di giustizia amministrativa, Giuffrè, Milano, 2015, 266. L'Autore rileva che "il riferimento della giurisprudenza alla discrezionalità o meno del potere di comminare sanzioni pecuniarie al fine di identificare il giudice competente si presta ovviamente a più di una

più coerente porre alla base del ragionamento gli arresti della stessa Consulta esplicitati nella già richiamata sentenza n. 204/2004 (e nella successiva n. 191/2006) 28[129]. Si tratta di arresti divenuti (questi sì) diritto vivente nel nostro sistema processuale e, infatti, positivizzati nel codice del processo amministrativo 29[130].

La domanda è chiaramente retorica: ritengo che la Consulta avrebbe dovuto fare espressa applicazione dei criteri di riparto da essa stessa indicati nella propria precedente giurisprudenza, riferendosi alla sussistenza o meno dell'esercizio di un potere autoritativo, al fine di riconoscere come attribuibile alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la materia delle sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia.

A tal proposito, non è determinante il riferimento alla tipologia di potere esercitato dall'amministrazione: è noto che nella logica della sentenza n. 204/2004 30[131] il criterio di fondo sottostante alla verifica della legittimità sotto il profilo costituzionale dell'attribuzione di una determinata materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è la sussistenza dell'esercizio (o del mancato esercizio) del potere e, quindi, la "circostanza che la pubblica amministrazione agisca come autorità"31[132].

Nell'inquadramento sistematico così delineato non sembra trovare spazio la distinzione tra potere discrezionale e vincolato e viene decisamente disattesa la prospettiva ricostruttiva che nega la presenza di potere autoritativo nei casi in cui la pubblica amministrazione agisca in modo vincolato. Pur non essendo questa la sede per l'approfondimento che meriterebbe un tema complesso come quello della riconduzione o meno dell'attività vincolata della pubblica amministrazione alla

---

considerazione critica" (274); e a F. MERUSI, Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti, in Dir. proc. amm., 2002, 181, il quale aderendo all'insegnamento di F. CAMMEO (Corso di diritto amministrativo, Milano, 1911-14, ristampa con note di aggiornamento a cura di G. MIELE, Padova, 1960, 188) afferma che "l'esercizio del potere da parte della Pubblica Amministrazione discrezionale o vincolato autoritativo o non autoritativo, imperativo, ablatorio o concessorio viene sempre e comunque sottoposto alla giurisdizione del giudice amministrativo" (186).

[129] 28 È forse pleonastico ricordare che la delega contenuta nell'art. 44, l. n. 69/2009 indicava anche la giurisprudenza della Corte costituzionale come riferimento da prendere in considerazione nella redazione del codice del processo amministrativo.

[130] 29 Si veda sul punto, per tutti, M. RAMAJOLI, Le forme di giurisdizione, cit., 145; l'Autrice afferma condivisibilmente che l'art. 7, c. 1, cod. proc. amm., "oltre a riprendere l'art. 103 Cost., riproduce testualmente i criteri di riparto della giurisdizione e addirittura il lessico utilizzati dalla Corte costituzionale per tracciare i confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nelle sue note sentenze 6 luglio 2004, n. 204, e 11 maggio 2006, n. 191".

[131] 30 I commenti alla quale sono numerosi e a essi si rinvia per un approfondimento. Tra i tanti, R. VILLATA, Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale, in ID., Problemi attuali della giurisdizione amministrativa, Giuffrè, Milano, 2009, 2; e ora in ID., Scritti di giustizia amministrativa, cit., 341; M. CLARICH, La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata, in Giorn. dir. amm., 2004, 969; A. POLICE, La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva, ibid., 2004, 974; B.G. MATTARELLA, Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa, ibid., 979; L. MAZZAROLLI, Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito, in Dir. proc. amm., 2005, 214.

[132] 31 Così, espressamente, C. cost., n. 204/2004.

nozione di potere autoritativo 32[133], in modo assertivo aderisco al filone interpretativo che risponde affermativamente al quesito. E ciò, da un lato, in considerazione dell'argomento secondo cui l'effetto giuridico, sebbene prefigurato in modo compiuto dalla legge, necessita dell'intermediazione del provvedimento per verificarsi; dall'altro, per evitare la confusione tra essenza autoritativa del potere e sue possibili declinazioni e modalità applicative. Aggiungerei che, anche ove sia vincolato, il potere si manifesta più plasticamente nella propria autoritatività nei casi in cui esso operi – come nelle fattispecie qui in esame – in funzione restrittiva della sfera giuridica del privato, nel perseguimento di un interesse pubblico 33[134].

In questa prospettiva, mi sembra non lontana dal vero e coerente rispetto all'impostazione seguita nella sentenza n. 204/2004 una ricostruzione del potere autoritativo come imposizione unilaterale della volontà dell'amministrazione nella sfera soggettiva del privato, nel perseguimento di un interesse pubblico la cui tutela sia istituzionalmente devoluta a quella specifica amministrazione.

Alla luce di un simile quadro ricostruttivo avrebbe dovuto (e, in ottica futura, dovrebbe) essere letta la questione relativa alla correttezza della scelta operata dal codice del processo amministrativo, circa la devoluzione del sindacato sulle sanzioni applicate dalla Consob e dalla Banca d'Italia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Si è visto, infatti, come queste ultime, nell'esplicazione dell'attività sanzionatoria, agiscano unilateralmente nel perseguimento di interessi pubblici attribuiti alla loro cura.

Sembra significativo, in tal senso, che il codice, all'art. 133, c. 1, lett. l), abbia espressamente qualificato come "provvedimenti" gli atti con cui le autorità amministrative indipendenti irrogano le sanzioni; con ciò rendendo palese la qualificazione della funzione sanzionatoria delle predette autorità in termini di esercizio di potere imperativo.

Così ricostruita l'attività sanzionatoria delle autorità in discussione e riconosciuta, quindi, la coerenza con la delega e con il dettato normativo costituzionale dell'attribuzione della cognizione su di essa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, appare forse superfluo (ai nostri limitati fini) affrontare diffusamente la questione relativa alla qualificazione della posizione soggettiva del privato destinatario della sanzione 34[135].

[133] 32 Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in materia è limpidamente ed esaustivamente ricostruito in R. VILLATA – M. RAMAJOLI, Il provvedimento amministrativo, Giappichelli, Torino, 2017, 72 ss.; vi si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

[134] 33 Mentre appaiono probabilmente più suadenti, sebbene qui non condivise, le sirene delle ricostruzione dell'intervento pubblico in termini di adempimento di un obbligo, ove l'attività amministrativa vincolata dialoghi con una pretesa del privato.

[135] 34 E ciò, pur condividendo pienamente l'insegnamento secondo cui "la tutela di una situazione soggettiva dipende dal tipo di protezione che la norma sostanziale assicura" (così, VILLATA, Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti, in Dir. proc. amm., 2002, 792, spec. 798; e ora in ID., Scritti di giustizia amministrativa, 323).

Invero, in relazione all'indagine qui svolta – limitata ai soli profili di riparto tra giurisdizioni e non estesa ai poteri di sindacato e all'ampiezza della tutela fornita in giudizio – la collocazione sistematica della giurisdizione esclusiva, come giurisdizione dinanzi alla quale far valere posizioni di interesse legittimo e diritto soggettivo, proprio nelle fattispecie in cui non sia agevole la distinzione tra essi, rende meno urgente la predetta qualificazione35[136].

Al termine dei rilievi condotti, più che una conclusione si formula un auspicio: e cioè, che il Parlamento torni sulla materia, attribuendo nuovamente la cognizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob e della Banca d'Italia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Ciò che non risulta impedito dalle sentenze della Corte Costituzionale più sopra esaminate, dal momento che esse si sono pronunciate sul preteso eccesso di delega integrato dal Governo, lasciando pertanto aperta la via a un più meditato ripensamento da parte del legislatore parlamentare 36[137].

22.Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC

Testo scritto provvisorio della relazione tenuta al convegno L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma "Madia", in Lecce, 28 e 29 ottobre 2016.

09 Nov 2016 di Fabio Cintioli

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema: una convinzione e una preoccupazione; 2. La distinzione tra linee guida vincolanti e non vincolanti; 3. Il parere del Consiglio di Stato sul codice dei contratti pubblici e i primi dubbi sull'alternativa regolazione-regolamenti per le linee guida vincolanti; 4. Le differenze tra la regolazione delle autorità "di regolazione" e le linee guida di ANAC; 5. Il sindacato del giudice sulle linee guida vincolanti; 6. Le linee guida non vincolanti: direttive e fonti terziarie del diritto amministrativo; 7. Il sindacato sulle linee guida non vincolanti. Il caso

[136] 35 Come afferma F. MERUSI, Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti, cit., 189 s., "quel che deve aver spinto il legislatore a prevedere una generalizzata giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei confronti degli atti delle autorità amministrative indipendenti deve essere stato il dubbio, avallato da buona parte della dottrina, su una presunta incompatibilità fra la nozione di diritto fondamentale, costituzionalmente garantito, e la nozione di interesse legittimo corrispondente all'esercizio di un potere. Nel dubbio la giurisdizione esclusiva elimina, almeno apparentemente, ogni motivo di contrasto".

[137] 36 In questo senso, A. POLICE, in A. POLICE – A. DAIDONE, Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob, cit., 692.

dell'atto esecutivo in deroga; 8. Segue. Il caso dell'atto esecutivo in sintonia con le linee guida; 9. Conclusioni.

Introduzione

1. Vorrei partire da due dati di fondo, che esprimono, rispettivamente, una mia convinzione ed una preoccupazione. Mi sembra opportuno anticiparle, perché entrambe saranno alla base delle considerazioni che svolgerò. Il punto di riferimento è il nuovo scenario della disciplina dei contratti pubblici e soprattutto la novità della regolazione flessibile, affidata alla linee guida di ANAC. La convinzione che pongo a premessa è che questo settore è sempre stato caratterizzato, più di altri, da un ruolo sistematico e di indirizzo occupato dal giudice amministrativo (TAR e Consiglio di Stato). Il che impone da subito una verifica di come questo dato venga a combinarsi con le nuove competenze di ANAC. C'è da chiedersi infatti se un ruolo così significativo affidato a questa Autorità non debba provocare dei cambiamenti in argomento. Io credo che la risposta debba essere, almeno parzialmente, negativa. E questo, beninteso, senza voler assumere una posizione di critica aprioristica verso le novità; critica che, a tacer d'altro, sarebbe comunque improduttiva e inadatta al ruolo del giurista-interprete, ma anzi auspicando che gli ingranaggi del nuovo modello possano mettersi in opera nel modo più efficiente possibile.

Il punto centrale è che la fitta rete di principi, sottoprincipi e regole che ha guidato le stazioni appaltanti e gli operatori si è sempre formata nel vivo della giurisprudenza e nella temperie del contenzioso. Direi, in sede ormai esclusivamente contenziosa, da quando è venuta meno – forse in modo troppo repentino – la funzione consultiva del Consiglio di Stato sugli schemi degli appalti pubblici dello Stato. Il caso concreto induce la norma scritta ad adeguarsi al principio ed esprime una linea interpretativa che finisce per guidare l'amministrazione nei casi successivi.

Il g.a. è divenuto il vero regolatore di questo settore. Diciamo così per adoperare un'espressione, quella di regolazione, che si è affacciata nel nostro dibattito molti decenni dopo che lo stesso g.a. aveva iniziato a svolgere questo compito di orientamento. Va sottolineato che il g.a. è regolatore soprattutto quando opera in sede giurisdizionale – considerato anche che il ricorso straordinario in questa materia è stato messo fuori gioco – per le ragioni già esposte. Solo nel contenzioso il principio, sottoprincipio e/o orientamento interpretativo si riempie di contenuto, se non addirittura nasce ex novo, ché la dinamica concreta dal potere svela gli interrogativi, le alternative, la varietà di scelte che l'amministrazione potrebbe, in tesi, effettuare. Questo, va detto da subito, mi induce a ritenere non centrale il pur ragguardevole e prezioso – se non addirittura obbligatorio – ruolo consultivo che il Consiglio di Stato sta svolgendo sulle linee guida di ANAC.

Non è facile pensare ad un modello nel quale si possa impostare e risolvere i problemi del c.d. procedimento ad evidenza pubblica senza questo contributo del g.a. Questa centralità infatti non è certo capricciosa e non si è affermata per caso. Né tantomeno deriva da una ipotetica preferenza di chi scrive per una visione giudiziale dei rapporti tra amministrazione e cittadino. In principio, la legislazione nazionale degli anni ’20 sulla contabilità di Stato era molto sintetica ed il giudice ha così dovuto contribuire alla formulazione dei principi e delle regole. Poi, soprattutto a causa del dirompente intervento comunitario, le regole scritte sono diventate moltissime, ma nondimeno non sono servite a sostituire questo ruolo del giudice. Anzi, a tratti lo hanno esaltato, perché nella miriade di norme gli operatori hanno dovuto cercare, ancora una volta, il principio: ed è stato il g.a. a fornirlo. Se per un verso condivido che l’alta propensione al contenzioso sia un dato negativo che contrassegna il nostro Paese, per altro verso è inevitabile che le regole scritte, di legge e di regolamento, benché molte ed articolate, non possono mai sostituire quel ruolo che, sino ad oggi, è stato svolto dal g.a..

In primo luogo, questa materia è dominata da e vive di principi generali e sottoprincipi ma soprattutto è caratterizzata dalla continuità, varietà e intrinseca mutabilità dell’azione amministrativa volta alla cura dell’interesse pubblico. Non tragga in inganno la stretta vicinanza di questo campo d’azione al contratto e quindi al diritto privato: proprio quando si tratta di scegliere che tipo di risorse acquisire, che tipo di progetti realizzare ed a quale contraente affidarsi, l’interesse pubblico, inteso in chiave finalistica, emerge in primo piano con tutta la sua ininterrotta mobilità. Dunque, il g.a., grazie al suo approccio pretorio e creativo, è sia giudice del caso concreto sia regolatore della materia dei contratti pubblici.

Non è, questo, il sintomo di un malessere dell’ordinamento. Né tantomeno un vulnus alla certezza del diritto. E non si cada soprattutto nell’errore di pensare che questo compito di regolatore del settore sia, in fondo, solo lo specchio dell’ingigantirsi del contenzioso e del pregiudizio che la moltitudine dei processi e le loro inevitabili (ma relative) lungaggini generano per gli interessi della collettività. Le due cose non vanno affatto insieme: un’equilibrata formazione giurisprudenziale di principi, sottoprincipi e regole di comportamento serve a migliorare l’efficienza amministrativa. La cause del gonfiarsi del contenzioso sono altre: (i) anzitutto una tecnica del legislatore comunitario troppo “generosa” di norme scritte e l’abitudine del legislatore nazionale di sfoderare sempre nuovi interventi, tra il maxiemendamento di un d.l. (magari intitolato alla “semplificazione”) ed una legge di stabilità, i quali hanno alterano la coerenza di un testo normativo che già doveva misurarsi col dettaglio e la complessità delle fonti europee; in altre parole, troppe regole e troppo complicate; (ii) poi vi è stata la pressione della crisi sugli operatori; (iii) ancora, un pluralismo istituzionale inefficiente; (iv) se del caso, infine, anche alcune scelte di fondo giurisprudenziali che si sono rivelate, forse, non felici. A quest’ultimo proposito penso al rigore formale troppo frequente, in nome della par

condicio, nell'interpretazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, che aveva dato vita ad un contenzioso che definirei "assiologicamente svuotato", perché protrattosi privo di valori giuridici sostanziali di riferimento e fin troppo imperniato sulle ragioni formali; questo almeno sino alle correzioni di rotta fatte dal legislatore nel 2014 e dalla stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 30 luglio 2014, n. 16.

Oggi abbiamo la novità delle linee guida e della regolazione flessibile e ci interroghiamo su come i tasselli vadano a posto. Nondimeno, esordisco anticipando che ciò non può significare una sostanziale sostituzione del giudice in questa sua funzione creativa e aggregante al tempo stesso.

La seconda premessa manifesta, come dicevo, una preoccupazione di fondo e, con essa, esprime un'avvertenza. Il fatto che parte della disciplina della materia passi oggi sotto il nome di linee guida, regolazione flessibile, atti di indirizzo, soft law, e simili, non deve indurci a trascurare l'importanza del controllo del giudice. Questa volta non è in gioco solo il suo compito di "regolatore", bensì anche l'effettività della tutela giurisdizionale. Dobbiamo così preoccuparci di evitare possibili sbilanciamenti nella dialettica tra autorità e libertà.

In altre parole, il fatto che questa regolazione sia flessibile e soft non ci induca a pensare che essa, come tale, possa scansare il vaglio giurisdizionale o che quest'ultimo debba essere in qualche misura "allentato" rispetto a casi consimili. Non vorrei che accadesse questo: che si lasciasse la c.d. soft law sullo sfondo, senza estendervi il sindacato, per poi magari salvare l'atto "attuativo" o "ispirato" alla prima proprio perché, in fondo, è pur sempre ben orientato sempre dalla soft law. Non dobbiamo invece perderla di vista, la soft law, quale che sia la denominazione che le diamo: linee guida, istruzioni, circolare, regolazione. E il g.a. deve qualificarla puntualmente, con le categorie pertinenti: proprio in tempi difficili come quelli che viviamo, proprio per assicurare maggiore certezza, c'è bisogno che i giuristi si riapproprino in fretta di ciò che gli appartiene. Su questo punto tornerò a proposito della qualificazione delle linee guida vincolanti.

Comunque, come dicevo, il sindacato deve interessarsi anche alle linee guida come tali. A tacer d'altro, ad esempio, potremmo altrimenti non percepire sfumature e piccole lacune (così importanti nell'indagine sull'eccesso di potere) che possono esser notate solo attraverso l'analisi del procedimento di consultazione seguito da ANAC quando è pervenuta ad emanare quelle determinate linee guida che hanno successivamente ispirato l'amministrazione nelle scelte concrete.

Il Consiglio di Stato, come detto, sta svolgendo la sua funzione consultiva sulle linee guida. Ben venga ovviamente questa funzione, ma non riduca ciò l'importanza del sindacato giurisdizionale che potrà interessare le linee guida stesse. A parte quanto già detto, resta il fatto che si tratta di compiti intrinsecamente diversi. Il contenzioso, infatti, pone problemi di tipo specifico, mostra le pur fisiologiche torsioni dell'interesse pubblico ed è capace di svelare profili di possibile illegittimità e/o

esigenze di interpretazione secondo legge che nell'analisi dello schema in sede consultiva ben potrebbero sfuggire.

2. Dobbiamo dunque incentrare l'attenzione sulle linee guida di ANAC e partire dal menzionare il tenore dell'art. 1, comma 1, lettera t) della legge delega n. 11 del 2016, il quale così recita: "attribuzione all'ANAC di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa".

La previsione della legge delega è piuttosto ampia, perché in essa sono compresi interventi di tipo molto diverso tra loro e comunque, lungi dall'attribuire un effetto precettivo pieno a tutti questi strumenti, si dice che solo alcuni avranno efficacia vincolante ed altri no: … anche dotati di efficacia vincolante …, vi si scrive.

Possiamo così ricordare che sia il parere reso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato sia i primi commenti dottrinali hanno precisato che esistono almeno due categorie principali. La prima è quella delle linee guida vincolanti, previste da disposizioni del codice che hanno un contenuto specifico. Ad esempio, l'art. 31, comma 5, a proposito del responsabile del procedimento; l'art. 38, comma 6 e ss. a proposito dei sistemi di qualificazione delle imprese; l'art. 78, a proposito dei criteri e requisiti per essere nominati componenti delle commissioni aggiudicatrici.

La seconda è quella delle linee guida che, ancorché obbligatorie, non hanno carattere vincolante. Le ipotesi probabilmente più importanti sono quelle che hanno come parametro disposizioni del codice di contenuto specifico. Così, ad esempio, possiamo ricordare l'art. 36, comma 7, a proposito del supporto da dare alle stazioni appaltanti in merito alla scelta dei contraenti dei contratti sottosoglia; l'art. 71, a proposito dei bandi tipo; l'art. 80, comma 13, a proposito del modo in cui accertare le carenze nell'esecuzione dei precedenti contratti ai fini dell'esclusione dal procedimento, col fine di garantire omogeneità di prassi. Le linee guida non vincolanti e di contenuto generico e non predeterminato nella legge-fonte sono previste dall'art. 213 comma 2, che affida ad ANAC un potere di carattere apparentemente più generale, che è funzionale alla diffusione delle "migliori pratiche". Per la precisione, questa disposizione prevede che "L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la

omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche". Si puntualizza che "Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa" e che "L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice".

E' una fattispecie, quest'ultima, il cui sviluppo andrà valutato sul campo e che, però, secondo i primi commenti dottrinali (Morbidelli) non potrebbe esser costruita secondo la falsariga dei c.d regolamenti per obiettivi e/o indipendenti, sicché in quest'ultimo caso avremmo un livello di efficacia comunque limitato, non potendosi trattare di un vero e proprio potere regolamentare (e vincolante). Bisogna anche sottolineare che talvolta è difficile distinguere tra l'una e l'altra categoria anche all'interno del medesimo documento, sicché dobbiamo abituarci alla possibilità di un eventuale "spacchettamento" all'interno di un singolo atto, distinguendo tra l'uno e l'altro profilo anche tra un periodo e l'altro.

Per vincolante intendo un atto che abbia un voluto e chiaro effetto precettivo e che quindi, si ponga rispetto alla successiva attività della stazione appaltante in termini di effetto giuridico, appunto, vincolante. Lo schema kelseniano è perciò puntualmente invocabile: se X, allora Y; se non si rispetta quanto riportato nelle linee guida, avremo una (conseguenza "sanzionatoria" e quindi una) violazione delle medesime e, dunque, tendenzialmente una illegittimità per violazione di legge. Salvo evidentemente il problema della qualificazione e, con esso, il tema della possibile disapplicazione su cui diremo tra un attimo. Le linee guida non vincolanti, invece, potremmo al momento riporle nel magma delle fonti terziarie del diritto amministrativo, accanto alle direttive, alle c.d. norme interne e alle circolari e (almeno ad alcuni) atti amministrativi generali. Senza così rinunciare ad attribuire ad esse una vera e propria efficacia giuridica. Sul punto, tra i lavori più recenti, vanno menzionate sin da adesso la relazione presentata al recente convegno di Varenna del 2016 da Giuseppe Morbidelli, intitolata Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?, proprio sulla natura giuridica delle linee guida ANAC, nonché alla relazione presentata al convegno annuale di AIPDA del 2015 sulla atipicità delle fonti del diritto amministrativo da Marco Mazzamuto e oggi pubblicata su Diritto amministrativo 2015, col titolo L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo.

3. Il Consiglio di Stato ha fornito, come di consueto, una prima guida agli operatori, rendendo il parere (n. 855 dell'1 aprile 2016) sullo schema di quel che sarebbe divenuto il d. lgs. n. 50 del 2016. Tra i moltissimi problemi, affrontati, vi è quello della natura e del regime delle linee guida. Quelle non vincolanti, secondo la Sezione

consultiva per gli atti normativi, sono "ordinari atti amministrativi". Quelle vincolanti sono classificate invece come atti di regolazione e dunque assimilabili agli atti amministrativi generali e non ai regolamenti. Questo perché ANAC è una Autorità amministrativa indipendente con funzioni anche di regolazione. In altre parole, il Consiglio di Stato ha volto lo sguardo ad un modello ormai rassicurante, perché oggetto per circa un ventennio di una solida elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, in un dibattito che ha dovuto risolvere sia la questione del fondamento costituzionale delle autorità indipendenti di regolazione sia il problema della legittimità del loro potere "regolamentare". Proprio rispetto alla regolazione che opera nei mercati finanziari e del credito, nel mercato delle comunicazioni elettroniche, nel mercato postale, nel mercato dell'energia elettrica e del gas, per fare gli esempi più importanti, si era infatti avvertito un pericoloso allontanamento da quello che è il tradizionale rapporto tra legge e regolamento, a causa dell'ampiezza di siffatto potere di regolazione.

Bisogna dire, per la verità, che questo inquadramento consente al Consiglio di Stato di far luce su molti dubbi e di dare indicazioni importanti, delineando un regime completo. Così, in esso si precisa che tali atti dovranno essere adottati sulla base di un procedimento di consultazione, secondo il congegno del c.d. notice and comment, che ci si dovrà dotare per essi di strumenti quali l'analisi di impatto della regolazione (AIR), che si dovranno adottare tecniche di codificazione delle delibere di regolazione tramite la concentrazione in "testi unici integrati" e che dovranno assicurarsi idonee forme di pubblicità, suggerendo anche la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale. Oltre a richiamare la possibilità per ANAC di adire la funzione consultiva del Consiglio di Stato, infine il parere ribadisce che tali linee guida restano sottoposte al vaglio giurisdizionale del g.a. La classificazione delle linee guida come atti di regolazione (di autorità indipendente) ha incontrato però alcune immediate obiezioni in dottrina (Morbidelli). Essa, si è detto, non ha un significato autosufficiente sul piano della qualificazione giuridica. Prova ne sia che essa è sì servita a fini descrittivi per dare un nomen juris alla vasta serie di atti posti in essere dalle autorità indipendenti di regolazione, ma non riesce, da sola, a sciogliere il nodo del se un certo atto sia un regolamento o un atto amministrativo generale. L'esigenza di distinguere è però irrinunciabile, perché il regime del primo è diverso da quello del secondo. In particolare solo per i regolamenti valgono le seguenti (ben note) regole: la ricorribilità per Cassazione per violazione di legge; l'applicazione del principio jura novit curia ed ignorantia legis non excusat; la pubblicazione e l'entrata in vigore dopo il periodo di vacatio legis; la disapplicazione in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, secondo il criterio gerarchico per la risoluzione delle antinomie tra le fonti e in sintonia con una giurisprudenza ormai piuttosto consolidata; il principio di inderogabilità del regolamento. Inoltre, solo gli atti amministrativi generali, e non i regolamenti, hanno la caratteristica di poter incidere in modo da "chiudere" la fattispecie, producendo effetti nei confronti di destinatari

che, ha spiegato lo stesso Consiglio di Stato in Adunanza plenaria 9 maggio 2012, n. 9, sono indeterminati ex ante ma determinabili a posteriori.

Per queste ragioni affiora la tesi che, viceversa, le linee guida ANAC siano dei veri e propri regolamenti, anche perché di essi hanno (e devono) avere le caratteristiche proprie: generalità, astrattezza, idoneità ad innovare nell'ordinamento. D'altra parte, se vi fossero delle preoccupazioni sulla legittimità costituzionale di una legge ordinaria che conferisce un simile potere regolamentare ad ANAC, in quanto ente estraneo al circuito della legittimazione democratico-rappresentativa, e se per questo si ritenesse preferibile una qualificazione alternativa al vero e proprio potere regolamentare, tali preoccupazioni sarebbero comunque infondate.

La disponibilità del potere regolamentare è nelle mani del legislatore ordinario e la serie dei tipi regolamentari non è chiusa a livello costituzionale. Al di sotto del livello legislativo il sistema è aperto e può includere una vasta produzione di norme secondarie (Crisafulli). Il potere regolamentare è affidato con legge e tra i destinatari possono ben esservi enti diversi dall'amministrazione governativa. Il principio di legalità postula la legge e in questo modo non rende sufficiente il più blando ancoraggio del potere regolamentare alla potestà discrezionale della singola amministrazione – che pure nella concezione di Cammeo aveva una potente funzione garantista di autovincolo – ma non va oltre e non trova un ostacolo ulteriore a livello costituzionale. Dunque, non vi sono impedimenti a che la legge ordinaria dia all'ANAC un vero e proprio potere regolamentare.

Né un limite può derivare dall'art. 117, comma 6, Cost., che confina il potere regolamentare statale solo entro le materie di legislazione statale esclusiva ex art. 117, comma 2, Cost. Infatti, stando alla giurisprudenza della Corte, potrebbero esser richiamate le materie della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile ex art. 117, comma 2, al fine di radicare una competenza statale. Inoltre, affidando un potere regolamentare ad un'Autorità comunque estranea al circuito della rappresentanza democratica ci si pone al di là, probabilmente, degli stretti limiti previsti nel predetto comma 6. Ferme le diversità tra ANAC e le altre autorità indipendenti, di cui si dirà tra breve, non sembra che la posizione di questa Istituzione possa risolversi in una assimilazione ad una Agenzia statale, il che farebbe invece tornare il problema dei limiti costituzionali al potere regolamentare statale a beneficio delle Regioni.

4. Vi è una mia ulteriore perplessità, a proposito dell'assimilazione dei poteri di ANAC a quelli di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, intendendo per tali, ad esempio, quelli della CONSOB, di AGCOM, dell'AEEGSI, dell'ART. Tale assimilazione, come si è visto, nel parere del Consiglio di Stato sottrae le linee guida vincolanti alla loro classificazione come altrettanti regolamenti, fonti secondarie del diritto.

Mi sembra importante esporre questa perplessità, perché da essa discendono conseguenze importanti pure sul fronte del sindacato del giudice. Accostare il potere normativo – o para-normativo, se si preferisce – di ANAC alla regolazione dei mercati del credito e finanziari, dell'energia, delle comunicazioni, etc. implica, in verità, anche assumere un modello che ha una sua connotazione giuridica ben precisa. Abbiamo già ricordato che il dibattito è servito a superare e risolvere alcuni dubbi circa la legittimazione del potere di regolazione delle autorità indipendenti e circa il suo rapporto con la legge, oltre che per delineare il tipo di controllo che il g.a. esercita in materia. **Ebbene, anche se aprire una parentesi più ampia sarebbe fors'anche più utile, mi sembra di poter affermare che l'ANAC è una figura molto distante da queste autorità indipendenti di regolazione e che le linee guida vincolanti sono anch'esse lontanissime da quel tipo di produzione normativa**. Potremo usare l'espressione regolazione anche per i poteri di ANAC, se si vuole. E del resto, già prima del 2014, quando l'istituzione portava il nome di Autorità di vigilanza dei contratti pubblici, il suo organigramma prevedeva già l'esistenza di un apposito ufficio intitolato proprio alla regolazione. Ma la questione non è nominalistica, evidentemente, ma di regime giuridico applicabile, dato che alla regolazione delle autorità indipendenti (recte: di quelle autorità indipendenti che si sono citate) corrisponde ormai un regime giuridico sì complesso e multiforme, ma ormai anche piuttosto stabile, formatosi con l'intervento di fonti comunitarie, contributi della giurisprudenza europea e nazionale e con l'analisi di una dottrina particolarmente vivace proprio nel nostro Paese. Per questo, mi sembra importante sgombrare il campo da possibili equivoci definitori.

Il contrassegno, e la stessa ragion d'essere, delle autorità di regolazione, pur se definite al loro nascere da Giuliano Amato "semi-indipendenti" per distinguerle dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, è dato anzitutto dalla neutralità e dalla tecnica. Vi è convergenza della dottrina su questo ed è su queste basi si sono risolti gran parte dei problemi di classificazione di questi enti e si è ad essi conferita una legittimazione stabile, anche di rango costituzionale.

Tuttavia, partendo da ciò, dovremo constatare che l'ANAC non è affatto un'amministrazione neutrale.

Ancor prima della riforma del 2014, che ha mutato il nome dell'Istituzione, si dubitava da più parti che l'AVCP fosse equiparabile su questo piano alle altre autorità indipendenti, dato che la sua azione di vigilanza non poteva dirsi caratterizzata dalla assoluta neutralità della sua posizione rispetto agli interessi in gioco. Ricordiamo infatti che la neutralità implica che l'ente non abbia un proprio interesse pubblico da perseguire e che debba limitarsi ad una sorta di ruolo arbitrale. Un'amministrazione neutrale, si diceva, non opera secondo il canone dell'imparzialità ex art. 97 Cost., perché si pone del tutto al di fuori degli interessi in conflitto, in modo aprioristico, valutando in chiave di terzietà il modo per la loro corretta composizione (Caianiello).

La vigilanza sulle stazioni appaltanti e sulle SOA non sembra ripetere un simile schema. Una volta che, poi, la nostra Autorità ha assunto il, pur rilevantissimo, compito di prevenire e contrastare la "corruzione", la distanza dall'amministrazione neutrale si è fatta ancor più netta. L'interesse pubblico in questione, lungi dal presupporre un approccio neutrale e indifferente rispetto agli interessi in gioco, esprime una evidente e potente carica finalistica. E' un interesse la cui suitas è fuori discussione, essendo addirittura impersonato nel nomen dell'Autorità prima ancora che nella sua azione. Anzi, è trasparente (e non potrebbe essere che così) la condivisione di un tale interesse tra l'ANAC e l'Esecutivo. Non si dimentichi poi che la scelta del legislatore sembra quella di collocare la finalità anti-corruzione non soltanto nell'ambito delle attività che si riferiscono più strettamente ai c.d. piani anticorruzione e per la trasparenza, e quindi entro le maglie della l. n. 190 del 2012, bensì direttamente all'interno della disciplina dei contratti pubblici.

In secondo luogo, non è certo la tecnica la matrice della legittimazione e dei poteri di ANAC nel senso che ha riguardato e che tuttora contrassegna, ad esempio, l'attività di CONSOB, AEEGSI, AGCOM, ART. Non abbiamo qui un mercato complesso, dominato da regole extragiuridiche, che sia stato interessato da un processo parallelo di liberalizzazione e di delegificazione, tale da affidarsi solo alla regolazione (neutrale appunto) di un'Autorità fortemente munita di competenze non soltanto strettamente giuridiche. Anziché delegificazione, continuiamo ad avere per i contratti pubblici una serie di regole, sia di derivazione europea sia nazionali, molto corposa. Non vi è poi una presenza così forte delle discipline economiche come la si registra negli altri casi ricordati. Gli stessi esponenti di ANAC hanno dichiarato alla stampa periodica che le linee guida non avrebbero più utilizzato un linguaggio strettamente tecnico, bensì un linguaggio di maggiore semplicità. Per comprendere le regole del settore e per leggere le stesse linee guida non avremo bisogno di quelle speciali cognizioni extragiuridiche che sono indispensabili, ad esempio, per addentrarsi nella regolazione dei mercati energetici e comprendere il concetto di efficienza energetica e di addizionalità economico-energetica o nella disciplina della fornitura dei servizi di accesso bitstream o ULL a proposito delle comunicazioni elettroniche. Non che sia di poco conto, ad esempio, il compito di ANAC quanto alla stesura dei bandi-tipo o nel prescrivere i requisiti che devono avere le SOA o i componenti delle commissioni aggiudicatrici; ma esso è molto diverso dalla regolazione indipendente di quei mercati che prevedono la presenza di un regolatore neutrale e tecnico. Voglio prevenire anche la troppo scontata eccezione che anche nel campo dei contratti pubblici compare una regolazione tecnica ed extragiuridica, e segnatamente quella componente di tipo ingegneristico-architettonico. Questo è certamente vero, ma a parte che rimane sullo sfondo rispetto alla questione giuridica che comunque l'assorbe, non si tratta di quella tecnica, imperniata sui concetti giuridici indeterminati, che connota l'inevitabile opinabilità e la c.d. discrezionalità tecnica delle autorità di regolazione.

L'altra fondamentale matrice delle autorità di regolazione e, nel contempo, la fonte di legittimazione che ha finito per risolvere il problema della mancata loro previsione nella Costituzione, è il diritto europeo. Ebbene, anche qui la distanza tra i due modelli è molto evidente. Le autorità di regolazione sono direttamente destinatarie delle regole europee. Proprio la tematica dei c.d. poteri impliciti, che tanto da fare ha dato a dottrina e giurisprudenza in questi due decenni, discende dalle norme comunitarie, le quali hanno conferito alle autorità indipendenti degli Stati membri quei poteri di regolazione che sono serviti ad orientare un mercato sì aperto alle liberalizzazioni, ma ancora bisognevole di una guida, vuoi per limare i poteri dell'incumbent (dietro cui si celava di solito l'ex monopolista pubblico) vuoi per assestare i paletti di una concorrenza ordinata e "possibile".

Inoltre, le autorità dello Stato membro sono state coinvolte nei network comunitari che, direttamente guidati dalla Commissione, sono stati chiamati a raggiungere l'ulteriore principale obiettivo di un'armonica ed omogenea applicazione delle (comuni) regole europee. Questo ha delineato un modello organizzativo di amministrazione quasi alternativo a quello tradizionale imperniato sull'azione degli esecutivi, contribuendo ad accendere il dibattito tra coloro i quali preferiscono una Europa intergovernativa e coloro i quali invece prediligono una Europa comunitaria.

Ebbene, per l'ANAC non riscontriamo né il primo né il secondo carattere.

La disciplina europea sui contratti pubblici non manca di certo. Tuttavia essa non ha come destinataria l'autorità indipendente dello Stato membro, bensì le stazioni appaltanti e, stando all'espressione utilizzata nelle direttive (specie quelle sulla tutela giurisdizionale, da ultimo la n. 66 del 2007), l'organo di ricorso, che in Italia è da identificarsi col g.a. I poteri di ANAC non si trovano nelle fonti comunitarie, né in queste ultime si fa menzione del fine anticorruzione, che ha un rilievo nazionale da questo punto di vista. Di conseguenza, non abbiamo il network comunitario che agisce sotto il coordinamento della Commissione, mentre abbiamo una giurisprudenza comunitaria, adita proprio dal giudice dello Stato membro e frequentemente proprio dai nostri TAR e dal Consiglio di Stato, che ha fornito molte risposte e fissato molti principi. Anche se volgiamo lo sguardo alla direzione che più recentemente sembra prendere l'attività delle autorità indipendenti di regolazione, negli anni della crisi economico-finanziaria, e che pare recuperarne, sotto nuovo profilo, la legittimazione, non senza il diretto contributo del legislatore europeo, non troviamo elementi di comunanza con ANAC. Mi riferisco al tema della tutela del consumatore, che oltretutto tanta commistione genera oggi con l'attività di repressione delle pratiche commerciali scorrette affidata ad AGCM (v. l'art. 27, comma 1 bis, del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. codice del consumo). La tutela del consumatore è infatti finalità sostanzialmente estranea alla "regolazione" in materia di appalti pubblici e concessioni. Non sembra, infine, che le linee guida

vincolanti abbiano caratteristiche assimilabili ai poteri delle autorità di regolazione quanto al rapporto (difficile) con la fonte primaria; mi riferisco alla circostanza che questi ultimi spesso sono apparsi in possibile frizione col principio di legalità (nonché con quello della riserva di legge e con quello di preferenza per la legge) a causa della loro configurazione di regolamenti emanati per il conseguimento di "meri obiettivi" fissati nelle norme comunitarie e nella legge nazionale. Nei mercati regolati i regolamenti per obiettivi erano una necessità derivante sia dalla tendenza alla "delegificazione" del settore sia dalla presenza di norme (sovente comunitarie) che, di conseguenza, hanno affidato al Regolatore tecnico e neutrale dello Stato membro il compito di disciplinare il settore.

Nel caso delle linee guida il rapporto con la fonte primaria è meglio definito e non si avverte questa difficoltà di sintonia col principio di legalità. Sicché la dottrina ha visto in essi dei (normali) regolamenti esecutivi o di attuazione (Morbidelli).

Infine, assistiamo tutti ad una tensione che, dal livello politico-istituzionale, scende sino alla stampa non specializzata e che sottolinea l'importanza dell'azione di prevenzione della corruzione. Senza scendere sull'ulteriore questione se una tale (ovviamente giusta) finalità debba essere preferibilmente realizzata con l'azione di polizia giudiziaria e col processo penale o se debba (e quanto) anche esser perseguita con un'azione di tipo amministrativo specifica dei contratti pubblici, questo fine indubbiamente nobilita l'Istituzione e le conferisce un notevole risalto e credito verso le Stazioni appaltanti e le amministrazioni del Paese. Tuttavia, non potremmo evidentemente da qui trarre le premesse per costruire una legittimazione di tipo politico-mediatico diffuso, che giustificasse una sua assimilazione alla peculiare legittimazione europea-tecnica propria delle autorità indipendenti di regolazione. Rischieremmo di forzare le maglie del sistema e di alterare la dialettica autorità-libertà.

Non si tratta neppure, vale la pena di precisarlo, di stilare classifiche di importanza tra le autorità, ma solo di verificarne le diversità, per accostarle al regime giuridico più appropriato. Ancora una volta, insomma, è bene separare il piano nominalistico da quello giuridico. Per il giurista i nomi hanno un valore perché al nome si accompagna un certo regime e una certa disciplina.

Pertanto, diremo che ANAC è un ente pubblico indipendente, di certo non meno "importante", ma differente dalle autorità indipendenti di regolazione e che le linee guida vincolanti sono dei regolamenti. Questa affermazione, come vedremo, tornerà utile anche tra breve, quando tratterò dei contenuti del sindacato giurisdizionale.

5. Dal momento che le linee guida sono altrettanti regolamenti, il giudizio amministrativo su di esse dovrà svolgersi secondo le forme tipiche del sindacato su questi speciali atti amministrativi.

Nei soli casi eccezionali in cui il regolamento fosse da considerarsi una volizione-azione, in quanto in grado di produrre un'efficacia immediatamente lesiva verso il privato, quest'ultimo sarà tenuto a impugnarlo entro il termine di decadenza. In tutti gli altri e più frequenti casi in cui il regolamento è una volizione-preliminare l'impugnazione andrà rivolta contro l'atto esecutivo del regolamento, entro il termine di decadenza che decorre dalla conoscenza di quest'ultimo, nonché contro la norma regolamentare. In caso di illegittimità del regolamento, il g.a. dovrà annullarne con effetti erga omnes la relativa disposizione. Sarà anche possibile, in tal caso, invocare l'applicazione analogica della norma che, a proposito del ricorso straordinario, prevede la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della decisione di annullamento. Parimenti, troverà spazio quella disapplicazione dei regolamenti che il g.a., in una serie di precedenti piuttosto stabili, ormai ammette; finanche nella giurisdizione di legittimità, allorché il ricorrente assuma la legittimità di un regolamento, non impugnato in via incidentale, che a sua volta si ponesse in contrasto con la legge; e questo per l'applicazione del principio di gerarchia delle fonti.

Mi sembra molto importante, poi, riflettere sul contenuto del sindacato.

E' a questo proposito che tornano utili le argomentazioni svolte a proposito della diversità tra il modello delle linee guida ANAC e quello della regolazione delle autorità indipendenti. La neutralità e soprattutto la tecnica hanno alimentato un dibattito, a tutt'oggi in corso, su come debba articolarsi il sindacato del g.a. sugli atti di regolazione adottati dalle autorità indipendenti. Il dubbio interpretativo è nato, com'è ben noto, perché le norme che conferiscono i poteri regolatori, anzitutto quelle comunitarie, dovendo esprimere una regola valida per ordinamenti molto diversi e trattando questioni alquanto sofisticate, utilizzano concetti giuridici indeterminati sovente collegati ad analisi tecnico-economiche di carattere non giuridico. Sicché gli atti delle autorità indipendenti sono il frutto di valutazioni tecniche e opinabili che molto spesso sono state assimilate ai casi di discrezionalità tecnica ed a vario titolo accostate al merito amministrativo insindacabile. Non si può qui entrare in profondità in un discorso così vasto e complesso. Potremo dire che, alla fin fine, l'equazione tra merito e discrezionalità tecnica delle autorità indipendenti non è stata condivisa dalla giurisprudenza in modo assoluto e che è prevalsa l'idea che debba essere comunque esercitato un adeguato controllo di proporzionalità e ragionevolezza, anche alla luce delle norme tecniche, su tali valutazioni. Tuttavia, è innegabile che uno spazio entro cui queste valutazioni opinabili restano non sindacabili dal giudice è rimasto e questo sia nelle sentenze del g.a. sia in quelle delle Sezioni unite della Cassazione, la quale addirittura ha ritenuto un proprio ambito di controllo sull'eccesso di potere giurisdizionale commesso dal g.a. che avesse sconfinato oltre i confini del sindacato.

Potremmo allora concludere dicendo che questo tipo di sindacato sui concetti opinabili, alla resa dei conti, non è interamente sostitutivo.

Questo approccio metodologico non può valere per le linee guida di ANAC.

Per esse non si può riproporre l'accostamento alla discrezionalità tecnica. Basterà leggere le prime linee guida per convenire che esse trattano essenzialmente di questioni di diritto e senza filtrare valutazioni opinabili non giuridiche. Per non dire che le questioni che riguardano i contratti pubblici sono pressoché tutte la risultante di un sedimentato dibattito tutto proprio dei giuristi. ***Il controllo, allora, sarà interamente sostitutivo e non diverso da quel che accade per i regolamenti governativi e tutti gli altri atti di normazione secondaria. Si tratterà di vagliarne tout court la legittimità. Una sorte che, in fondo, non è risparmiata neppure alla legge ordinaria rimessa al vaglio della Corte costituzionale.***

Piuttosto, a quest'ultimo proposito è importante che il g.a., resistendo ad una tentazione che appartiene inevitabilmente alla sua tradizione culturale e al suo compito primario (che è quello di sindacare provvedimenti e non norme), si faccia comunque "attrarre" dal controllo sulla legittimità del regolamento. Mi era parso, in un recente passato, di cogliere una preferenza del g.a. verso un sindacato orientato a vagliare soprattutto il fondamento del potere regolamentare, indagando sul rapporto con la legge. Minore invece la propensione a verificare i limiti a tale potere nonché ad effettuare un sindacato intrinseco di ragionevolezza, anche secondo modelli analoghi a quelli utilizzati dalla Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi. Parimenti, avevo rilevato una certa difficoltà nell'estrapolare dal testo la norma intesa come realtà giuridica diversa dal testo normativo, esercizio nel quale viceversa la giurisprudenza della Corte costituzionale si è cimentata con successo fin dalla sua istituzione. Alla fin fine, pur concedendo i risultati conseguiti dal g.a. sul terreno della disapplicazione dei regolamenti (avendo superato l'assioma per cui il g.a. annulla e non disapplica), è abbastanza evidente che mentre nella giurisdizione sul provvedimento il sindacato ha mutato pelle, evolvendosi nelle forme del c.d. giudizio sul rapporto e/o sulla pretesa sostanziale, nel caso della giurisdizione sui regolamenti è rimasta piuttosto forte l'impronta tradizionale del giudizio (pur irrinunciabile) demolitorio di annullamento.

Questa tendenza sembra essersi ridotta in epoca recente, come ad esempio dimostrato dall'esplicita ricerca di un modello diverso e più completo di controllo delle norme secondarie quale emerge ad esempio dal ben noto parere reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, 26 giugno 2013, n. 3014.

Tuttavia, essa non è del tutto scomparsa, come può esser confermato da una semplice ricerca giurisprudenziale, la quale dimostrerà l'assoluta rarità dei casi di annullamento di regolamenti secondo una logica di intenso controllo intrinseco della scelta normativa. Essa, oltretutto, a mio parere è anche dovuta alla consuetudine, propria della funzione consultiva sugli atti normativi espletata dal Consiglio di Stato,

di vigilare anzitutto sul fondamento del potere regolamentare e proprio sul raccordo con la fonte legislativa; questo dato non può non influenzare anche l'approccio giurisdizionale. La circostanza che sulle linee guida si vada oggi esercitando proprio la funzione consultiva del Consiglio di Stato mi induce perciò a sottolineare che il sindacato giurisdizionale non dovrà fermarsi al dato del fondamento – oltretutto, qui, a mio parere privo di particolari criticità – per espandersi al serrato controllo dei limiti posti al potere regolamentare dall'insieme delle norme e dei principi sparsi nell'ordinamento, nonché al vaglio di ragionevolezza.

Il sindacato dovrà infine vigilare sull'istruttoria procedimentale e sulle relative garanzie. Il procedimento di consultazione è obbligatorio anche perché previsto espressamente dall'art. 213 del d. lgs. n. 50 del 2016. Di fronte ad una simile previsione sembra che non possa nemmeno opporsi l'eccezione eventuale derivante dall'art. 21 octies, comma 2, della l. n. 241 del 1990.

6. Dobbiamo adesso occuparci delle linee guida non vincolanti. Su di esse il menzionato parere n. 855 del 2016 del Consiglio di Stato non si sofferma in maniera particolare e, però, sintomaticamente, le considera come altrettanti atti amministrativi.

La domanda principale che ci si deve porre è che cosa resti al fuori della non vincolatività. Che non vincolante non significhi irrilevante è anzitutto dimostrato da alcuni indici riferibili proprio alla nuova disciplina, desunta e dal codice dei contratti pubblici del 2016 e dalle prime bozze di linee guida.

L'art. 71 del codice, a proposito dei bandi-tipo, stabilisce che le stazioni appaltanti devono motivare espressamente le loro deroghe ai bandi tipo. Se si deve curare una motivazione espressa, verosimilmente si intende con questo anche esigere una motivazione congruente, il che dimostra che tali linee guida non saranno di certo irrilevanti sul piano giuridico. Poi, l'art. 213 in relazione alle linee guida non vincolanti ivi indicate stabilisce che resta ferma l'impugnabilità … innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa, così implicitamente assumendo la possibilità di una loro efficacia lesiva. Inoltre, le linee guida nelle loro prime apparizioni utilizzano sovente espressioni che non nascondono una certa necessaria conseguenza circa il contegno delle stazioni appaltanti: ad esempio, pur dopo una premessa con la quale si sottolinea che sarà la stazione appaltante a dover prendere una decisione finale, si utilizzano espressioni comunque piuttosto stringenti che, prima ancora sul piano del buon senso che su quello dell'analisi giuridica, lasciano intendere che un qualche effetto quelle linee guida lo debbano di certo produrre. Come potrebbero altrimenti promuovere l'efficienza e la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, nonché favorire l'omogeneità dei procedimenti amministrativi e lo sviluppo delle migliori pratiche?

Già sulla base di questo dato siamo indotti a dire che le linee guida non vincolanti sono nondimeno atti amministrativi efficaci. Posso perciò ricongiungermi a quanto dicevo prima circa la loro opportuna collocazione nell'ambito delle fonti terziarie del diritto amministrativo.

In dottrina, alcuni (Morbidelli) hanno già accostato queste linee guida alla figura della direttiva, la cui efficacia è variabile in funzione della singola concreta vicenda. Si è così detto che in alcuni casi le direttive potrebbero limitarsi a meri suggerimenti o inviti, sicché potrebbero anche non essere osservate purché sulla base di adeguate motivazioni. In altri casi, viceversa, le direttive potrebbero consistere in esplicazioni interpretative della legge (o anche di linee guida vincolanti) ed avere così un effetto che ripete la sua concreta "forza" dalla fonte primaria ovvero avere l'efficacia propria delle circolari interpretative. Si sono richiamate a questo riguardo le circolari del CSM, le quali in certe ipotesi sono state considerate come mere circolari interpretative ed in altre come atti dotati di un'efficacia precettiva tale da richiedere la loro piena osservanza. Si è osservato che le linee guida non vincolanti potrebbero anche produrre un effetto "esistenziale", che cioè si lega alla loro stessa esistenza nell'ordinamento: in una materia caratterizzata da un contenzioso così vasto e da continui dubbi interpretativi non scissi dal rischio di errori e responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici, l'autorità delle linee guida potrebbe dare una "protezione" rispetto alle singole scelte e produrre anche maggiori certezze. Insomma, una funzione indubbiamente utile, dato che le difficoltà del decidere e il metus rispetto alle varie forme di responsabilità sembrano essere ormai diventate la vera cifra dei problemi dell'amministrazione italiana. Ci avviciniamo sempre più così agli insegnamenti tradizionali a proposito del modo con cui si devono sindacare in giudizio le circolari. Quando la circolare cela nelle sue indicazioni una vera e propria volontà regolamentare e, se del caso, proietta anche verso l'esterno i suoi effetti, allora qualificheremo l'atto come un regolamento e tale lo tratterà il g.a. in sede di controllo di legittimità. Quando invece la circolare non è un regolamento, ché non ha effetto vincolante (giustappunto) e non presenta i requisiti propri delle fonti secondarie, nondimeno negheremo che essa sia, per questo, irrilevante. Infatti, qualora l'amministrazione intenda discostarsene nell'adottare il suo atto amministrativo concreto, dovrà motivare in maniera adeguata, essendo altrimenti il contrasto con la circolare rilevante come sintomo dell'eccesso di potere. E' così che la circolare, quand'anche mera norma interna all'apparato organizzativo della p.a., assume un rilievo esterno. Abbiamo appena ricordato, del resto, che proprio in questi termini si esprime l'art. 71 del codice del 2016.

La dottrina ha fatto dei passi avanti significativi sul tema delle circolari e delle norme interne. Si è intravisto recentemente nella complessità e appassionante varietà del diritto amministrativo – e proprio in quella dialettica tra autorità e libertà riassunta nei precedenti della giurisprudenza – un campo fertile per una serie di atti che, pur non essendo classificabili come regolamenti, nondimeno sono delle fonti del diritto di

questo settore, in quanto si presentano come atti "più o meno generali e astratti" (Mazzamuto, che cita in proposito Santi Romano). Chi può negare del resto che l'indefinita categoria degli atti amministrativi generali (e l'insieme di bandi, piani, programmi, direttive) è percepita come parametro da tenere in conto per svolgere l'attività amministrativa, sì che contrastandole si va incontro ad una illegittimità giurisdizionale e che, come si è appena ricordato, persino le mere circolari interpretative possono imporsi sull'atto esecutivo, provocandone l'annullamento per eccesso di potere?

L'inclusione di questi atti nel sistema delle fonti e l'accostamento della magmatica realtà delle fonti terziarie alla funzione delle fonti secondarie è un risultato di indubbia utilità. In primo luogo, le sottrae al rischio della indefinizione giuridica ed aiuta a conferire loro un'efficacia che non sfugge più agli occhi dell'interprete e di chi il diritto deve applicarlo. Da un lato, oltretutto, nobilita lo scopo di questi atti – e non va dimenticato che proprio le linee guida di ANAC devono servire a supportare l'amministrazione, a favorire comportamenti omogenei, ad incrementare la certezza del diritto, a migliorare l'efficienza dei procedimenti – e dall'altro esclude che esse siano estranee al vaglio della tutela giurisdizionale, ché se efficaci ben possono essere lesive e, come tali, devono esser valutabili in punto di legittimità. In altre parole, si contribuisce all'equilibrio tra autorità e libertà, tra potere e garanzie. Infine, questa collocazione delle fonti terziarie – e, tra esse, delle linee guida di ANAC – esalta la funzione di garanzia che per antica tradizione il diritto amministrativo assegna agli atti di portata generale (inclusi i regolamenti) con i quali l'amministrazione si autovincola rispetto all'attività futura al rispetto di certi predeterminati parametri, generando così, nel contempo, maggiore certezza tra i consociati e maggiori garanzie per costoro da far valere sia nel procedimento sia, ove necessario, nel processo. Questo discorso contribuisce a spiegare un dato che lo stesso parere del Consiglio di Stato ha lucidamente colto: l'ordinamento non ha bisogno della categoria, di stampo internazionalistico, della soft law. A parte una certa (e inevitabile) influenza delle mode anche nella cultura giuridica, la ricchezza della nostra tradizione e dell'elaborazione giuridica ha già tutti gli strumenti che servono a produrre gli effetti positivi che dall'asserita introduzione della soft law dovrebbero discendere.

7. Dunque le linee guida non vincolanti sono efficaci e sono, a mio parere, fonti terziarie del diritto.

Tuttavia, è possibile ed anzi doveroso spingerci oltre nell'analisi e cercare di "misurare" siffatta efficacia, anche in relazione al tipo di sindacato che potrà esser fatto dal g.a. A questo fine distinguiamo tra due ipotesi: quella in cui l'amministrazione intenda discostarsi dalle linee guida e quella in cui invece intenda conformarsi ad esse.

Partiamo dalla prima.

Rileviamo che la tradizione ed i precedenti della giurisprudenza, nonché lo stesso codice del 2016 pongono una regola di fondo secondo la quale l'amministrazione potrà seguire una strada diversa da quella indicata nelle linee guida solo mediante una congrua motivazione. Diversamente, il contrasto dovrebbe provocare l'illegittimità dell'atto esecutivo, illegittimità che, stando alle origini del discorso, avrebbe i contorni dell'eccesso di potere e, tenendo invece conto del disposto sia dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990 sia delle eventuali e puntuali norme di settore (ad es. il già citato art. 71 del codice), avrebbe il carattere della violazione di legge; il risultato ovviamente non cambia.

- **L'interrogativo ulteriore è sui confini entro i quali la motivazione può spingersi al fine di derogare le linee guida e su come il giudice debba regolarsi nel suo sindacato.** Potremmo avere infatti almeno due modelli da prendere in considerazione. Il primo è quello che ammette che la stazione appaltante possa derogare soltanto sulla base di elementi di fatto che denotano una specialità della fattispecie, senza porre in discussione l'intrinseca esattezza delle linee guida. In altre parole, ammetteremmo unicamente una deroga motivata in fatto, senza mettere in discussione la fondatezza giuridica delle indicazioni poste nelle linee guida. Così facendo, evidentemente, rafforziamo l'efficacia delle linee guida.
- Il secondo modello è invece quello che consente all'amministrazione aggiudicatrice di derogare legittimamente le linee guida anche con una motivazione che ponga in dubbio – o esplicitamente contesti – la fondatezza e l'intrinseca esattezza delle linee guida. Questa seconda strada accetta che l'amministrazione possa fare non soltanto una valutazione di conformità delle linee guida alla fonte primaria, ma anche una considerazione della sua legittimità, il che porrebbe in campo anche un possibile vizio di eccesso di potere oltre alla violazione di legge. La motivazione avrebbe in questi termini una più accentuata funzione integrativa delle linee guida e l'efficacia di queste ultime ne risulterebbe quindi indebolita.

V'è da dire che tra i due modelli si pone un campo intermedio nel quale è prevedibile la comunicazione reciproca di elementi del primo e del secondo; sicché non sempre potrà separarsi in modo così netto una deroga motivata in punto di fatto ed una motivata in punto di diritto. E già quando parliamo di una valutazione di legittimità delle linee guida un conto è approdare, come sottolineato, alla sponda estrema dell'eccesso di potere ovvero accettare l'idea di una deroga a linee guida che vengano ad incorporare una scelta già esplicita nella fonte primaria (ciò che evidentemente andrebbe escluso), altro conto è mettere in forse la correttezza di una certa interpretazione della fonte primaria che le linee guida abbiano fatto. Comunque non dobbiamo stupirci che si debba prospettare anche il caso di una motivazione che smentisca l'intrinseca esattezza delle linee guida, né possiamo guardare con diffidenza a questo modello per timore di depotenziarne la funzione di incentivo alla

certezza ed omogeneità della prassi. In fondo, è proprio la flessibilità di questa regolazione e il consapevole suo carattere non vincolante che chiama le stazioni appaltanti all'assunzione delle proprie responsabilità.

Inoltre, questa materia è pervasa da norme e principi di diritto europeo, come ben sappiamo. Questo renderà particolarmente frequente quell'esercizio che consiste nella verifica della compatibilità delle linee guida con la disciplina comunitaria. Ma questo ci ricorda anche che l'amministrazione dello Stato membro ha il potere-dovere di disapplicare le norme interne che fossero in contrasto col diritto comunitario (Corte di giustizia, 1989, F.lli Costanzo). Pertanto, il secondo modello testé descritto, perlomeno in questo campo, è addirittura obbligato e la stazione appaltante dovrà disattendere le linee guida che si ponessero in frizione con norme o principi di diritto europeo.

Potremmo esercitarci in un caso concreto, anche per dare maggiore incisività al discorso. Le linee guida non vincolanti (ad oggi ancora in bozza) attuative dell'art. 80 del codice, intitolate Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, a proposito dei mezzi di prova per determinare l'esclusione dal procedimento a causa di pregressi gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'integrità o affidabilità del contraente, introducono in quest'ultima categoria il caso in cui l'operatore economico abbia subito una sanzione da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Il documento esordisce osservando che "Al fine di pervenire all'individuazione dei mezzi di prova adeguati, l'Autorità intende fornire indicazioni operative e chiarimenti in merito alle fattispecie esemplificative indicate in via generica dal Codice e ai criteri da seguire nelle valutazioni di competenza. Ciò nell'ottica di assicurare l'adozione di comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltanti e garantire certezza agli operatori economici." Sul punto che interessa prevede poi che la stazione appaltante "deve valutare ai fini dell'esclusione … i provvedimenti di condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare".

Ricordo incidentalmente che un collegamento tra precedente sanzione antitrust ed esclusione dalla gara è stata ritenuta in linea di massima compatibile col diritto comunitario sugli appalti anche dalla Corte di giustizia UE, fermo restando il rispetto dei principi generali, tra cui soprattutto quello di proporzionalità (Corte di giustizia UE 18 dicembre 2014, n. 470, la quale richiama circa il possibile rilievo delle infrazioni alle norme sulla concorrenza il considerando 101 della direttiva 2014/24).

Ipotizziamo allora che un'impresa abbia commesso un illecito anticoncorrenziale (partecipazione ad un'intesa ex artt. 2 l. n. 287 del 1990 o 101 TFUE o commissione di abuso di posizione dominante ex artt. 3 l. n. 287 del 1990 o 102 TFUE) ovvero anche solo una violazione delle norme del codice del consumo che vietano le pratiche commerciali scorrette (artt. 20 e ss. d. lgs. n. 206 del 2005), che il provvedimento sia divenuto inoppugnabile o che sia stato confermato davanti al g.a. e che sia grave e posto in essere nel medesimo mercato cui si riferisce la partecipazione alla nuova gara. Atteso che questi fatti devono essere comunque valutati ai fini dell'esclusione, se dovessimo concedere alla stazione appaltante unicamente di discostarsi per valutazioni di mero fatto, dovremmo convenire che scarsissimi sono gli spazi di discrezionalità che residuano alla stazione appaltante stessa. La valutazione in fatto dovrebbe condurre all'esclusione, anche perché nel diritto antitrust la gravità, lungi dall'essere il frutto di una valutazione circa un particolare disvalore dei fatti o la conseguenza di una recidiva od aggravante, è piuttosto un presupposto (ordinario) per l'accertamento di quell'illecito che si accompagna alla sanzione (art. 15, comma 1, secondo periodo, l. 10 ottobre 1990, n. 287).

Eppure, le sanzioni per violazione delle norme sulle pratiche commerciali scorrette possono anche riguardare fatti isolati e di scarsissimo significato economico, avendo la Corte di giustizia ammesso che persino la scorrettezza isolata nei confronti di un solo consumatore può dar luogo ad una violazione delle norme della direttiva 2005/29/CE e quindi, per la ricaduta nazionale, dei pertinenti articoli del codice del consumo (v. Corte di giustizia UE, 16 aprile 2015, nella causa C-388/13. Nel caso di specie, coerentemente, la sanzione applicata era stata di circa 80 euro soltanto). Sicché questa valutazione di ANAC meriterebbe quantomeno un vaglio di legittimità sotto il profilo dell'eccesso di potere per una possibile violazione del principio di proporzionalità e di irragionevolezza intrinseca. Potrebbe insomma opporsi che non appare fondato elevare questo tipo di vicenda ad un grave illecito professionale.

Ed ancora, nell'ambito dell'intesa anticoncorrenziale si distinguono fattispecie diverse. Ad esempio, si distingue tra il vero e proprio accordo e la pratica concordata. Quest'ultima è sì un illecito antitrust grave e severamente sanzionato nella prassi di AGCM, ma è anche un tipo di illecito che viene sovente affermato quando sono carenti i requisiti dell'accordo, sicché è una figura in certo qual modo "minore"; e soprattutto è una figura che sul piano probatorio gode di abbondanti e benevole agevolazioni, al punto che, alla fin fine, molto spesso gli elementi a dimostrazione del fatto sono tutti di spessore solo presuntivo. Per non dire che, poi, la giurisprudenza, sia europea sia nazionale, pur se resistita da una sempre più pressante corrente di pensiero contraria diffusa in tutta Europa, consentono di affermare la pratica concordata quando i comportamenti siano a tale categoria ascrivibili nella loro mera oggettività, anche se vi è prova dell'assenza di effetti anticoncorrenziali. Qui, l'interrogativo è se sia ragionevole e proporzionato che una tale fattispecie, pur se

vietata in ambito antitrust, veda l'accessoria, automatica (e pesantissima) "sanzione" consistente nell'esclusione dalle altre gare per un rilevantissimo periodo di tempo.

Ebbene, questi dubbi potrebbero esser fatti valere dalla stazione appaltante con la sua motivazione in deroga solo se si ammettesse, come sarei propenso a ritenere, che essa possa anche motivare "in integrazione" delle linee guida e quindi confutando l'intrinseca fondatezza e legittimità della soluzione testuale ivi proposta.

Il sindacato giurisdizionale si adeguerà di conseguenza al tipo di valutazioni che saranno concesse all'amministrazione aggiudicatrice, secondo il primo o il secondo modello appena prospettato. Nel primo caso, l'atto esecutivo che si fosse discostato dalle linee guida potrà essere ritenuto legittimo quando la fattispecie, per le sue particolarità, giustifica la deroga. Nel secondo caso, invece, il giudice sarà chiamato a condividere o a disattendere la valutazione fatta dalla stazione appaltante circa l'esigenza di derogare, in punto di diritto, il contenuto delle linee guida. Vale, anche in tal caso, quel che si è già detto sulle linee guida vincolanti: il sindacato sulle questioni di legittimità non potrà che essere completo e non dovrà risentire di speciali limitazioni. Non sono in gioco valutazioni opinabili proprie delle linee guida, bensì solo questioni di diritto, come nell'esempio fatto. Piuttosto, quando la deroga è motivata in ragione di elementi di fatto, saranno questi ultimi ad essere analizzati secondo il consueto schema di controllo della discrezionalità amministrativa.

8. Dobbiamo in conclusione trattare del caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice intende adeguarsi alle linee guida. Nell'esempio che abbiamo fatto, la stazione appaltante ritiene di dover escludere l'operatore economico che abbia violato in passato la normativa antitrust per aver preso parte ad una pratica concordata. In questo scenario l'interesse a ricorrere avverso la determinazione concreta della p.a. sarà direttamente di tale operatore economico, mentre nell'ipotesi prima esaminata era degli altri concorrenti aventi interesse alla sua esclusione.

Questo scenario è meno esplorato rispetto al precedente. In quello, infatti, avevamo l'appiglio tradizionale, ormai consolidato, che ritiene che la circolare produca degli effetti, dato che l'atto esecutivo che se ne discosti deve utilizzare una congrua motivazione, restando altrimenti colpito da illegittimità. Qui l'atto esecutivo segue la fonte terziaria. Pertanto dobbiamo chiederci se l'efficacia di quest'ultima si sia esaurita interamente in quella dell'atto che vi ha dato esecuzione o se invece essa si distingua anche qui e se la fonte terziaria si manifesti ancora come atto efficace. La conseguenza è evidente: secondo il primo ragionamento, la circolare-linee guida non è lesiva e non costituirà oggetto dell'impugnazione; seguendo il secondo ragionamento, invece, possiamo assumere che la circolare-linee guida produce un effetto lesivo sicché può (anzi deve) essere impugnata insieme all'atto esecutivo. Nei casi in cui vi è stata una deroga ingiustificata ed immotivata della circolare, lo stato della giurisprudenza conferma che il g.a. ha spesso risolto il problema qualificando la

circolare al livello del regolamento e riconoscendole esplicita efficacia giuridica. Quando l'amministrazione ha seguito la circolare, è stato invece frequente un approccio che sembra negarle efficacia giuridica: le circolari, si dice in una massima frequente, hanno una funzione di interpretazione della legge, sicché non hanno effetto lesivo, non devono essere impugnate né possono essere annullate dal giudice.

Tuttavia, a ben vedere, non sono mancati casi differenti, nei quali proprio il ragionamento ricordato nei precedenti paragrafi sull'efficacia delle fonti terziarie, sul loro ruolo di orientamento delle scelte amministrative e sull'attenzione che il g.a. presta alla loro indubbia efficacia, mostra la sua intrinseca verità.

Possiamo prendere ad esempio due casi in cui il g.a. ha ammesso che potesse e dovesse essere impugnata direttamente una circolare; e nonostante questa avesse una funzione interpretativa e quindi non autosufficiente. Per esser più chiari, non si trattava di circolari elevate al rango di regolamenti e quindi da collocarsi nel campo delle fonti terziarie, ma nonostante ciò sono state ritenute, nell'ordine, efficaci, lesive e impugnabili. Il primo è quello della circolare del Ministro dell'interno che dava indicazioni ai Prefetti volte ad esercitare il potere di annullamento d'ufficio sulle trascrizioni nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso effettuate da alcuni Sindaci italiani (Tar Lazio 4028 del 2015).

Il secondo è ancor più significativo ai nostri fini. Riguarda infatti una circolare, sempre del Ministro dell'interno, con la quale si raccomandava l'utilizzo di alcune tecniche da adottare per i rivestimenti interni di camini e canne fumarie al fine di ottenere la prescritta certificazione di agibilità. Qui la circolare, in assenza di qualsivoglia atto esecutivo, era stata impugnata da un produttore di materiali destinati a questo particolare utilizzo, atteso che la sua produzione non coincideva con le caratteristiche indicate nella circolare, a suo dire in modo irragionevolmente restrittivo. Il produttore si doleva quindi dell'erroneità della restrizione fatta dalla circolare, rilevando altresì che essa avrebbe provocato una lesione gravissima alla propria impresa, rischiando questa di esser posta sostanzialmente fuori mercato. Il Ministero obiettava che la circolare, avente mera funzione interpretativa, non fosse ex se impugnabile e che l'impugnabilità sarebbe stata possibile solo contro il successivo atto amministrativo che, seguendo la circolare, avesse rifiutato la certificazione all'interessato che avesse utilizzato materiali diversi da quelli in essa indicati. Sennonché, il Consiglio di Stato ha correttamente osservato che qui non veniva in gioco la lesione posteriore da imputare al diniego del certificato richiesto dall'utente che avesse utilizzato materiali non previsti nella circolare, bensì una lesione diversa, tangibile e immediata, a carico dell'impresa, la quale avrebbe incontrato gravissime difficoltà a vendere i propri prodotti a causa del contenuto della circolare. Quindi la circolare è stata ritenuta lesiva e impugnabile.

Questi precedenti dimostrano che le linee guida possono dirsi efficaci (e altresì impugnabili) anche quando l'amministrazione intende seguirne il contenuto.

Del resto, per quanto concerne le linee guida vi sono ulteriori ragioni che consigliano di seguire lo schema della doppia impugnazione dell'atto esecutivo posto in essere dalla stazione appaltante e delle linee guida stesse. Proprio perché queste assolvono lo scopo di accrescere la certezza del diritto, di favorire una prassi omogenea e di migliorare l'efficienza, deve evitarsi che il sindacato del g.a. resti sparso nei giudizi riferibili ai singoli atti esecutivi senza estendersi alle linee guida, in modo da espanderne la relativa valutazione. Inoltre, sin dal principio ho ricordato che è forte la preoccupazione di non lasciare fuori del quadro di cognizione del g.a. queste linee guida, attesa la funzione cruciale che dovranno assolvere. Per non dire infine che, sul piano delle tecniche difensive, sarà scontata la spinta a questo sindacato per via della (quasi certa) doppia impugnazione che sarà dedotta nei ricorsi.

Pertanto, anche le linee guida non vincolanti a mio parere dovranno essere impugnate e potranno essere annullate con effetto erga omnes.

Soprattutto in considerazione del modo in cui sono redatte, potrebbe esser difficile trovare il modo, in concreto, per dare spazio agli effetti dell'annullamento. Non hanno infatti il tenore dell'atto normativo, che si presta più agevolmente a registrare l'effetto di una pronuncia demolitoria e finanche parzialmente additiva. Inoltre, il loro tenore discorsivo, come accennato, mescola profili non vincolanti ad altri che paiono invece di tipo vincolante e nel discorso stesso la misura dell'efficacia sembra piuttosto variabile, a seconda di quale sia, rispettivamente, il tenore della norma del codice che affida il compito su una determinata materia ovvero il tipo di verbo e di espressione utilizzate nel contesto delle linee guida. Questo aspetto stilistico, peraltro, meriterebbe una più ampia ponderazione, ché rischia di mettere a repentaglio parte della funzione omogeneizzante e di certezza che le linee guida dovrebbero assolvere.

Una soluzione ragionevole ed efficiente, tuttavia, potrebbe essere agevolmente trovata. Si può pensare ad un congegno di continuo aggiornamento del tenore delle linee guida, che tenga conto del pronunciamento dei giudici, del resto aderente al concetto di regolazione flessibile di cui parla la legge delega. Oppure, ancor più semplice sarebbe lasciare – almeno nell'immediato e sino a successiva organica rideterminazione da parte di ANAC – il testo così come posto al vaglio giudiziale integrandolo col contenuto della massima e il richiamo alla sentenza.

Detto questo sull'atto esecutivo delle linee guida non vincolanti, conservo delle perplessità a ritenere che la pur riconosciuta loro efficacia debba implicare la possibilità di qualificarle addirittura come volizioni-azioni in taluni casi, imponendo un onere di immediata impugnazione sotto pena di decadenza; ad esempio, assumendo nell'esempio prima esposto che l'operatore economico che abbia commesso una pratica concordata debba impugnare le anzidette linee guida da subito, restando altrimenti inammissibile il posteriore ricorso contro l'atto di esclusione. Mi parrebbe infatti una conclusione davvero penalizzante per l'interessato e limitativa del principio di effettività della tutela. Del resto, è proprio l'efficacia "parziale" delle

linee guida non vincolanti che può giustificare una simile distinzione. Un precedente utile da richiamare potrebbe essere quello della giurisprudenza che, a proposito dell'aggiudicazione provvisoria, ha consentito sia l'impugnazione immediata sia l'impugnazione rivolta direttamente contro l'aggiudicazione definitiva, aprendo lo spazio per l'immediata impugnazione dell'atto anteriore ma al contempo escludendo che la mancanza di questa iniziativa potesse provocare una decadenza e la successiva inammissibilità del ricorso contro l'atto definitivo.

9. I risultati cui siamo giunti portano, a parere di chi scrive, il sistema in una situazione di armonia.

Gli obiettivi fortemente voluti dal legislatore di avviare un nuovo metodo di normazione dei contratti pubblici, e quindi l'inserimento delle linee guida ANAC, si incasella nel sistema e nei precedenti che riguardano, rispettivamente, gli atti regolamentari e le fonti terziarie. Il principio di effettività della tutela trova la sua naturale protezione e il ruolo ineliminabile del giudice "regolatore" si può affermare in condizioni di equilibrio.

L'ANAC è certamente consapevole di aver bisogno del giudice amministrativo per dare il suo contributo mediante le linee guida, dato che esse dovranno saper estrapolare dall'insieme dei precedenti, non solo nazionali ma anche europei, i principi e la "ragion per cui" degli istituti, attraverso un continuo ricambio che sappia favorire efficienza e il grado migliore possibile di certezza. A chi apparisse che le considerazioni di questo scritto possano suonare come una limitazione o un ridimensionamento della regolazione flessibile di ANAC obietteremo che invece flessibilità ed efficienza proprio da tale scambio con la giurisprudenza potranno essere assicurate.

Del resto, lo stesso legislatore, a ben vedere, è di ciò consapevole, dato che le linee guida vincolanti riguardano casi comunque circoscritti e sovente in linea con i compiti che l'ANAC già da tempo svolgeva: si pensi, ad esempio, alle regole in materia di SOA. Per il resto, ha dato spazio alle linee guida non vincolanti. Ma esse, come si è visto, proprio perché tali devono coniugare la loro efficacia con le scelte concrete della stazione appaltante. Pertanto, questo è un rinvio legislativo al caso concreto, alla sostanza degli istituti che si rivela nella specificità degli accadimenti, alle dinamiche effettive della singola gara e al modo in cui l'interesse pubblico si va via via svelando; in altre parole, al luogo in cui si è formata, storicamente, la migliore "regolazione giurisprudenziale". I giudici così continueranno a forgiare i loro principi e sottoprincipi e l'abilità dell'ANAC starà anche nel saperli far propri, traducendoli in indicazioni flessibili, auspicabilmente contribuendo al miglioramento di un settore che purtroppo continua negli ultimi anni ad essere troppo complicato e poco efficiente.

([1]) Testo scritto provvisorio della relazione tenuta al convegno L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma "Madia", in Lecce, 28 e 29 ottobre 2016.