

IX e X SETTIMANA AMMINISTRATIVO

I contratti con la pa

La giustizia amministrativa

- 
1. **Traccia: I limiti alla discrezionalità amministrativa nella scelta delle modalità di affidamento dei lavori pubblici. L'offerta più vantaggiosa o le condizioni più favorevoli.**
 2. **Traccia: la giurisdizione ordinaria in tema di appalti pubblici.**
 3. **Traccia: I limiti di avvalimento nei raggruppamenti temporanei di imprese.**
 4. **Traccia: Le cause di esclusione dalla gara pubblica con particolare riguardo al conflitto di interessi potenziale o conclamato.**
 5. **Traccia La tutela dell'interesse legittimo pretensivo nelle azioni di annullamento e di condanna proposte contro la P.A.**
 6. **Traccia: Rapporti fra indennizzo e danno in caso di revoca del provvedimento**
 7. **Traccia: Modalità di esercizio del potere di autotutela nei contratti pubblici.**
 8. **Traccia La privazione degli effetti del contratto nel processo amministrativo.**

Sommario: 1, I contratti con la pa. (p.1). 2. Riti e avvalimenti a cascata nelle ATI (p.8). 3. Il conflitto di interessi come causa di esclusione (pag. 17). 4. Deroga all'obbligo delle convenzioni Consip (p. 30). 5, Il principio di rotazione in materia di appalti pubblici (p. 43). 6. Il fenomeno del cd. Bid rigging (manipolazione delle offerte) (p. 54). 7. I raggruppamenti di imprese nel settore dei rifiuti (p. 63). 8. Ricorso all'avvalimento fra mandante e mandataria in ATI (p.70). 9. La nuova offerta più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa (p.72). 10. La PA davanti al G.O. e al G.A. (p.85). 11. Le nuove sanzioni pecuniarie civili (p.127). . 12. I danni punitivi (p.138). 13. Depenalizzazioni, illeciti amministrativi e civili (p.

146). 14. Sanzioni amministrative e garanzie (p.173). 15. L'apparato sanzionatorio della salute e della sicurezza del lavoro (p-196). 16. Il riparto di giurisdizione in tema di appalti e concessioni pubbliche (p. 210). 17. Le concessioni di pubblico servizio (p. 240). 18. L'obbligo di gara nelle concessioni pubbliche (p. 256). 19. Il potere di autotutela nelle gare d'appalto e principi europei (p. 266). 20. Potere di autotutela nei contratti pubblici. Un caso specifico (p. 277). 21. Aggiudicazione parziale e Autotutela (p. 284). 22. Ricorsi amministrativi e ragionevole durata del processo (307). 23. Annullamento dell'atto amministrativo e lesione dell'affidamento (p. 307). 24. Il bene della vita nel diritto amministrativo (p. 326). 25. La piena tutela dell'interesse legittimo pretensivo (p. 341). 26. Il nuovo rito negli appalti pubblici (p.351). 27. Il regime probatorio (p. 375). 28. Rito superaccelerato (p. 381). 29. Ancora sull'interesse legittimo (p. 387). 30. L'intervento adesivo (p. 416). 31. Sul principio di non contestazione nel diritto amministrativo (p.423). 32. La Plenaria sull'annullamento d'ufficio del permesso a costruire (p.438). 33. Il risarcimento del danno da perdita di chance (p.450). 34. Misure interdittive antimafia e crediti risarcitori (p. 455). 36. Ricorso straordinario al Capo dello Stato (p. 476). 36. Dall'esecuzione civile al giudizio di ottemperanza (p. 481). 37. Il giudizio di ottemperanza (p. 491). 38. Indennizzo in caso di revoca del provvedimento (p. 508).

I contratti con la PA

La procedura di evidenza pubblica

CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - DEI CONTRATTI DELLE AZIENDE SPECIALI»

«LA

FORMA

di Giuseppe Meli

Con la sentenza n. 20684/2018 le sezioni unite hanno affermato il principio della libertà delle forme per i contratti delle aziende speciali, sulla base della natura imprenditoriale dell'attività svolta. Si tratta di un *overruling* rispetto all'unico precedente della Cassazione sulla medesima questione, che si pone in controtendenza con i criteri affermati dallo stesso giudice della nomofilachia ai fini della definizione della natura giuridica dei soggetti privati in controllo pubblico e con gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa. La *ratio* dell'applicazione del regime privatistico non appare del tutto persuasiva specie per il collegamento tra oneri formali, evidenza pubblica e [art. 97 Cost.](#); e desta, inoltre, alcune perplessità in rapporto all'interazione con i principi e le norme del diritto degli appalti pubblici.



Sommario: [I. Il caso](#) - [II. Le questioni](#) - [1. Contratti pubblici e oneri formali.](#) - [2. La tesi delle sezioni unite.](#) - [3. Le aporie dell'iter motivazionale.](#) - [III. I precedenti](#) - [IV. La dottrina](#)

I. Il caso

Con la sentenza in commento le sezioni unite sono state chiamate a pronunciarsi sulla validità e l'efficacia dei contrattocommerciali delle aziende speciali degli enti pubblici territoriali, ove stipulati *per facta concludentia* o comunque in assenza di forma scritta.

Eni s.p.a. (già SNAM s.p.a.) e l'Azienda Servizi Energetici Catania (ASEC) avevano stipulato nel 1999 un contratto di somministrazione di gas naturale (con scadenza originaria al 30.6.2002).

Illo tempore, ASEC era un'azienda speciale del Comune di Catania ai sensi della [l. 8.6.1990, n. 142](#), che gestiva il servizio di distribuzione e vendita del gas.

Il giudizio trae origine dalla proposta da parte di Eni s.p.a. di un nuovo contratto per il 2003, con prezzi di fornitura significativamente aumentati; proposta che recava, sostanzialmente, una clausola di accettazione tacita nell'ipotesi di assenza di un riscontro formale entro un termine perentorio. Stante la prosecuzione di fatto dell'approvvigionamento e la tardività del rifiuto di ASEC (rispetto al termine perentorio indicato da Eni), la somministrante applicava le modifiche contrattuali, maturando un credito per il quale otteneva un decreto ingiuntivo del tribunale di Milano (nei confronti di ASEC e ASEC Trade).

In sede di opposizione il giudice di primo grado ritenne dirimente la natura di ASEC che, nella qualità di azienda speciale ex [l. 142/1990](#), era tenuta all'impiego della forma scritta *ad substantiam* nell'ambito dell'attività contrattuale. Per cui, concluse per l'inopponibilità alla parte contraente "pubblica" della modifica tacita al prezzo della fornitura, con conseguente accoglimento dell'opposizione.

Eni s.p.a. interpose appello, che fu accolto dalla corte territoriale, sulla base della piena equiparazione del modello dell'azienda speciale agli enti pubblici economici, trattandosi di strutture imprenditoriali autonome; con applicazione, quindi, del principio secondo cui la natura pubblica del soggetto influenza esclusivamente il piano interno dell'organizzazione. Per tale via, la corte milanese esclude l'obbligo della forma scritta e, ravvisando l'esistenza di una volontà dell'azienda di proseguire nel rapporto commerciale con Eni, confermò il decreto ingiuntivo opposto.

A seguito del ricorso per cassazione di ASEC e ASEC Trade, la controversia giunge alle sezioni unite per effetto di un'ordinanza di rimessione della terza sezione, al fine di definire una questione di massima importanza, stabilendo cioè se «*la volontà contrattuale delle aziende speciali partecipa dallo Stato o dagli enti pubblici debba (o meno) essere necessariamente trasfusa in forma scritta*». Nell'ordinanza, pur dandosi atto dell'esistenza di un solo precedente di legittimità sulla specifica questione sottoposta (*i.e.*, Cass., 23.4.2014, n. 9219), nel quale la forma scritta era stata riconosciuta quale requisito di validità dei contratti, per la natura "strumentale" dell'azienda speciale, si individua l'esistenza di fattori distonici sulla base degli orientamenti giurisprudenziali che qualificano in termini strettamente privatistici lo statuto delle imprese in mano pubblica e della conforme evoluzione normativa.

Le questione rilevante sottesa alla decisione in commento è, dunque, la definizione dell'ambito di applicazione degli oneri formali previsti per i contratti pubblici dalle norme di contabilità generale dello Stato (oltreché dei relativi corollari); a cui, a fronte dell'accentuazione del "polimorfismo" della p.a., è collegato il tema dell'individuazione dei fattori che determinano l'assimilazione - ai fini *de quibus* - alle amministrazioni in senso "tradizionale" degli altri modelli organizzativi.

II. Le questioni [1. Contratti pubblici e oneri formali.](#)

Com'è noto, il combinato disposto degli artt. [16](#) e [17 r.d. n. 2440/1923](#) è stato storicamente individuato quale fonte dell'obbligo della forma scritta *ad substantiam* dei contratti delle amministrazioni statali, ancorché agiscano *iure privatorum*; la cui violazione integra un'ipotesi di nullità ai sensi [all'art. 1350, n. 13, cod. civ.](#)

La *ratio* di tale obbligo può rinvenirsi nell'implementazione dei valori costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità ex [art. 97 Cost.](#) (oltreché di equilibrio di bilancio ex [art. 81 Cost.](#)), nella misura in cui esso assolve a una funzione di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, permettendo d'identificare con precisione il contenuto del programma negoziale,



anche ai fini della verifica della necessaria copertura finanziaria e dell'assoggettamento al controllo dell'autorità tutoria (per tutti, CASS., 13.10.2016, n. 20690, *infra*, sez. III). Da tale prospettiva la volontà di obbligarsi della pubblica amministrazione non può desumersi per implicito da fatti o atti, dovendo essere manifestata nelle forme richieste dalla legge.

Si tratta di un principio immanente all'ordinamento delle pubbliche amministrazioni, tanto da esprimere una particolare *vis expansiva*, spiegando efficacia - per uniforme orientamento della giurisprudenza (*ex aliis*, CASS., 26.1.2007, n. 1752, *infra*, sez. III) - anche nei riguardi degli enti territoriali, pur dopo l'abrogazione, da parte dell'art. 274, lett. a), d. legis. n. 267/2000, degli artt. 87, comma 1°, e 140, comma 1°, [r.d. n. 383/1934](#), che s'interpretavano nel senso di estendere l'obbligo di forma scritta ai Comuni e alle Province.

Parallelamente, il diritto comunitario degli appalti pubblici, per finalità di tutela delle libertà economiche, nell'implementare l'evidenza pubblica, ha da sempre confermato l'essenzialità della forma scritta, indicandola quale elemento identificativo dei relativi contratti (es. art. 1 dir. n. 77/62/CCE); principio questo pedissequamente recepito nel nostro ordinamento in sede di attuazione delle direttive appalti già negli anni '90. La nozione di appalto pubblico di matrice comunitaria si definisce "allargata" per indicare come essa si estenda significativamente rispetto a quella interna (*ex* [art. 1655 cod. civ.](#)), finendo per sovrapporsi alla categoria generale dei contratti passivi, nei quali la parte pubblica sopporta un costo al fine di acquisire una prestazione.

Sia nella dimensione interna, sia nella dimensione eurounitaria, gli oneri formali sono, comunque, un necessario corollario dell'evidenza pubblica (CASS., 20.3.2014, n. 6555, *infra*, sez. III); integrando, quindi, una delle forme di "funzionalizzazione del diritto privato" (VINTI, *infra*, sez. IV) per il soddisfacimento dell'interesse pubblico, attraverso le quali si manifesta la specialità del diritto dei contratti pubblici.

Secondo un'interpretazione "convenzionale", le norme statali sulla contabilità generale non sarebbero applicabili, invece, agli enti pubblici economici, essendo in tal caso preponderanti la dimensione imprenditoriale e i principi di concorrenza, con l'esigenza di uniformare, quindi, le regole d'azione rispetto ai *competitors* privati. La *summa divisio* (tra enti pubblici economici e non economici) viene richiamata nell'analisi sistematica delle sezioni unite; che, quindi, ai fini della questione interpretativa deferita, antepongono dichiaratamente il tema della ricostruzione della natura dell'azienda speciale.

[2. La tesi delle sezioni unite.](#)

Nonostante la premessa, il giudice della nomofilachia giunge alla conclusione dell'applicabilità del principio di libertà delle forme ai contratti delle aziende speciali in base a fattori "oggettivi" (*i.e.*, inerenti al tipo di attività svolta), dichiarando a tal fine, in ultima analisi, l'irrilevanza del profilo della qualificazione soggettiva in termini di ente pubblico economico (o meno).

Analizzando gli orientamenti giurisprudenziali, la Cassazione dà atto della coesistenza di soluzioni di classificazione contrapposte, imputandola all'oggettiva compresenza di elementi pubblicistici e privatistici in capo all'ente/azienda.

In tal senso, viepiù dopo l'entrata in vigore delle modifiche di cui all'art. [23 l. n. 142/1990](#) (poi sostituito dall'art. 114 d. legis. n. 267/2000), la natura strumentale dell'azienda speciale (*ex* municipalizzata, ai sensi dell'art. [2 r.d. n. 2578/1925](#)) e il tratto identificativo dell'immedesimazione organica risultano effettivamente attenuati a fronte del conferimento della personalità giuridica e dell'autonomia statutaria (anche per differenza rispetto alle istituzioni), con l'obbligo del pareggio di bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi. Senza che ciò abbia implicato l'eliminazione del sistema dei controlli da parte degli enti territoriali: da un lato, permangono i limiti interni (art. 23, comma 6°); dall'altro, anche per le aziende valgono alcuni dei limiti esterni - via via - introdotti dal legislatore per l'ente controllante, specie quelli che dipendono da ragioni di controllo della finanza pubblica (tra cui, per esempio, i divieti assunzionali *ex* art. 76, comma 7°, [d.l. n. 112/2008](#)).

Il fattore ibridativo, però, fa sì che nel ragionamento della Cassazione l'elemento soggettivo venga derubricato ai fini nomofilattici, essendo diversamente decisivo il fatto che, per definizione, l'azienda speciale abbia ad oggetto la produzione di beni e attività con rilevanza imprenditoriale, posto che, ai sensi della disciplina applicabile *ratione temporis* (in particolare, art. [22 l. n. 142/1990](#)), si tratta(va) di una forma - alternativa alle soluzioni di esternalizzazione

formale e sostanziale - di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Da qui il dato di «*inserimento funzionale nella stessa organizzazione della pubblica amministrazione degrada a mero unilaterale presupposto delle determinazioni alla contrattazione*»; che, per ragioni di rapidità, elasticità, tutela dei terzi e parità di condizioni con i concorrenti privati, deve avvenire «*liberamente*», anziché nelle forme solenni e garantistiche a tutela della pubblica amministrazione, che varrebbero soltanto per le attività che sono espressione di potestà autoritative.

Ciò, con l'eccezione di particolari tipologie di contratti, «*tra cui quella [...] del codice dei contratti pubblici, varato in tempo successivo ai fatti per cui è causa è così non applicabile ratione temporis e la cui applicabilità alle aziende speciali è tutta da verificare*», per i quali «*le esigenze pubblicistiche di controllo su imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa riprendono il sopravvento [...]*».

3. Le aporie dell'iter motivazionale.

Al di là dell'opinabilità del principio di diritto affermato dal giudice della nomofilachia, la motivazione su cui si basa la conclusione della sentenza in commento non risulta, comunque, pienamente persuasiva.

Invero, è condivisibile il ridimensionamento dell'elemento nominalistico nella misura in cui è coerente con l'approccio amministrativistico *mainstream* alla nozione di ente pubblico, che si assume quale concetto "funzionale", sì da ammettere che uno stesso soggetto possa avere la natura pubblica a certi fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi di natura privatistica (CONS. STATO, VI sez., 26.5.2015, n. 2660, *infra*, sez. III).

Da tale prospettiva, posto che non appare effettivamente dirimente la classificazione dell'azienda speciale, ciò che non convince è la ricostruzione della *ratio* che dovrebbe giustificare *in parte qua* l'applicazione del regime privatistico; e ciò, pur considerando che, prima dell'intervento delle sezioni unite, gli obblighi formali avevano "sprigionato" la propria *vis expansiva* in senso diametralmente opposto, tanto da imporsi anche agli enti pubblici economici (per tutti, CASS., 14.6.2018, n. 15645, *infra*, sez. III) e perfino nei riguardi di società in controllo pubblico affidatarie di servizi di rilevanza economica (CASS., 23.1.2018, n. 1549, *infra*, sez. III), attraverso l'argomento secondo cui «*Il gestore, benché abbia assunto la forma societaria della società di capitali, continua ad erogare un servizio di natura pubblica, non soggetto esclusivamente alle regole del mercato*». Si tratta di un epifenomeno che si può collegare a una tendenza - interpretativa e legislativa - più generale di "entificazione sostanziale", attraverso la leva [dell'art. 97 Cost.](#), in risposta al crescente polimorfismo delle organizzazioni amministrative, il cui perno centrale non è più da tempo costituito dai modelli di diritto pubblico, ma da enti di diritto privato, per i quali si è giunti a coniare le espressioni di "semi-amministrazioni" (CLARICH, 351, *infra*, sez. IV) o di "organizzazioni pubbliche in forma privatistica" (CERULLI IRELLI, 38, *infra*, sez. IV); oltretutto per contrastare il ricorso agli strumenti di diritto privato a fini elusivi dei vincoli di finanza pubblica e dei principi di imparzialità e buon andamento.

In tale contesto, l'operazione ermeneutica del giudice della nomofilachia appare risolversi in una semplice petizione di principio, non esattamente allineata ai formanti dell'ordinamento, con evidenti profili di discrasia.

In primo luogo, è contraddittorio premettere che, secondo il costante orientamento delle sezioni unite, l'oggetto dell'attività non sia determinante ai fini della natura giuridica di un ente; salvo poi giungere a una conclusione che si basa, esclusivamente, sulla considerazione del tipo di attività svolta dall'azienda speciale.

In parte qua l'argomento della Cassazione non risulta convincente perché esaspera il principio di neutralità del regime di gestione dei servizi di interesse generale ex art. 345 TFUE, spingendosi sino ad affermare il corollario della sostanziale invarianza della forma. Pur tuttavia, dovrebbe valere *a contrario* quanto già dichiarato dalla Suprema Corte rispetto alle società in controllo pubblico, che, con riferimento alla RAI s.p.a., nel confermare che i «*segmenti speciali*» di disciplina non alterano lo statuto privatistico, ha rilevato come d'altronde l'espressa configurazione quale società per azioni «*non potrebbe di certo assumere una valenza assolutamente neutrale*» (CASS., sez. un., 22.12.2011, n. 28329, *infra*, sez. III); conclusione questa che, *mutatis mutandis*, dovrebbe estendersi anche all'ipotesi di opzione per un modello organizzativo di stampo geneticamente pubblicistico.

D'altra parte, è proprio l'orientamento tradizionale del giudice della nomofilachia - del tutto trascurato nelle conclusioni della sentenza in commento, a dispetto delle premesse - a riconoscere costantemente che non è l'oggetto dell'attività che determina il discrimine, ma la struttura giuridica e il modo in cui l'ente esercita la propria attività (CASS., sez. un., 11.7.2006, n. 15661, *infra*, sez. III).

Pertanto, non poteva prescindere *de plano* dalla struttura dell'azienda speciale, che è strettamente compenetrata all'ente locale; il quale, oltre a deliberarne l'istituzione e a provvedere alla relativa dotazione di mezzi, esercita un potere di direzione e di controllo (analogo a quello sulle strutture di stampo "burocratico", per usare una terminologia affermata con riguardo alle società *in house*), attraverso strumenti tipici del diritto amministrativo (ai sensi dell'art. 114 tuel). Ed è per questo che è largamente maggioritaria nella giurisprudenza amministrativa la tesi secondo cui le aziende speciali abbiano una natura eminentemente pubblicistica, venendo descritte come "amministrazioni parallele", inquadrate organicamente nella più ampia organizzazione dell'ente controllante (di recente, CONS. STATO, V sez., 22.9.2017, n. 4435; CONS. STATO, V sez., 27.06.2018, n. 3946; tutte *infra*, sez. III); conclusione che - secondo la dottrina - può ritenersi ulteriormente avvalorata dai limiti all'attività cd. extraterritoriale delle aziende, questione che la giurisprudenza ha risolto nel senso che tale possibilità deve ammettersi soltanto nel caso in cui vi sia un collegamento funzionale tra la necessità della collettività locale e l'extraterritorialità.

In considerazione di ciò, e posto che il tipo di attività esercitata dall'azienda speciale non può costituire il discrimine, la motivazione della Cassazione - in disparte la debolezza dell'argomento pragmatico della parificazione delle condizioni con i concorrenti privati relativamente al mercato del gas, che, peraltro, al tempo dei fatti di causa non era pienamente liberalizzato - non riesce a spiegare per quali ragioni, a fronte dell'elemento dell'immedesimazione organica, rispetto all'azienda speciale venga meno l'interesse generale alla pubblicità delle forme dell'attività negoziale, sebbene esso costituisca un corollario essenziale [dell'art. 97 della Costituzione](#), tanto da spingere la Corte Costituzionale a ritenere che ai suoi fini gli organismi partecipati debbano, comunque, essere assimilati agli enti pubblici (CORTE COST., 23.1.2006, n. 29, *infra*, sez. III).

Il punto di maggiore incongruenza della motivazione è, però, la lapidaria affermazione dell'inapplicabilità - *ratione temporis* e *ratione personae* - dei principi che discendono dal diritto degli appalti pubblici; ambito questo in cui, a dire delle stesse sezioni unite, «*le esigenze pubblicistiche di controllo su imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa riprendono il sopravvento con l'imposizione di forme negoziali del tutto peculiari e solenni*».

Sotto il primo profilo, per quanto la Cassazione ritenga dirimente che «*il codice dei contratti pubblici [sia stato] varato in tempo successivo*» (riferendosi, probabilmente, al d. legis. n. 163/2006), come già anticipato, la disciplina di coordinamento delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici è, per la verità, più risalente nel tempo, sia a livello comunitario, sia a livello nazionale; e in essa era (ed è) storicamente scolpita la regola fondamentale della pubblicità delle forme e della forma scritta.

Sul piano soggettivo, gli enti per la distribuzione del gas - ivi compresi quelli ex [r.d. n. 2578/1925](#) - sono specificamente indicati tra i soggetti aggiudicatori tanto dal diritto comunitario, quanto dal diritto interno (v. allegato III al d. legis. n. 158/1995). D'altro canto, il diritto degli appalti di derivazione europea trascende il limite soggettivo di applicazione delle norme di contabilità generale dello Stato, attraverso l'istituzione della figura dell'organismo di diritto pubblico (art. 2, lett. b), d. legis. n. 157/1995); ovvero l'estensione nei settori speciali (ex esclusi) delle regole di stampo pubblicistico pure alle «*imprese pubbliche*» (art. 2, comma 2°, d. legis. n. 158/1995). Senza contare, altresì, la c.d. teoria del contagio, secondo la quale - in breve - se un ente a "configurazione mista" è qualificabile come organismo di diritto pubblico è, comunque, tenuto all'osservanza delle procedure evidenza pubblica anche qualora intenda realizzare opere o usufruire di servizi per attività di natura commerciale o industriale (teoria che si è sviluppata a seguito della nota sentenza *Mannesmann*, CORTE GIUST. UE, 15.1.1998, causa C-44/96, *infra*, sez. III); tesi che è stata, però, recentemente ridimensionata dalla giurisprudenza amministrativa (CONS. STATO, sez. V, 26.5.2015 n. 2639, *infra*, sez. III).

Anche da questa prospettiva, quindi, al di là dell'inappropriata (e anacronistica) distinzione tra attività negoziali e attività autoritative (già ampiamente superata dalla giurisprudenza ai fini *de*

quibus), il tema della natura imprenditoriale dell'attività svolta dall'azienda speciale non appare, conferente e decisivo.

Diversamente, fermo quanto detto in ordine alla necessaria giustificazione sul punto della recessività dell'interesse pubblico in rapporto [all'art. 97 Cost.](#), le sezioni unite, al fine di affermare il principio di libertà delle forme, avrebbero dovuto, altresì, analizzare in modo più dettagliato e rigoroso l'interazione con i principi e le norme dettate in materia di appalti pubblici. In particolare, avrebbero dovuto premettere la natura dell'azienda speciale in questo sottosistema, contestualizzando, in base alla disciplina applicabile *ratione temporis*, la fattispecie nell'ambito dei cd. *settori speciali* (ex esclusi); e posto che per tale via non sarebbe stata possibile un'esenzione *tout court* - essendo ASEC un ente *aggiudicatore* o quantomeno un'*impresa pubblica* ex art. 2, comma 2°, d. legis. n. 158/1995 (se non anche un organismo di diritto pubblico con finalità "miste") -, avrebbero potuto ipoteticamente giustificare la propria conclusione soltanto sulla base dell'invocazione di un regime di esenzione "nominato" dal legislatore, in relazione alla peculiarità del settore del gas e/o del rapporto contrattuale in oggetto (per esempio, ai sensi dell'art. 8, d. legis. n. 158/1995). Ma, in tal caso, avrebbero dovuto, comunque, argomentare sull'assoluta estraneità del rapporto negoziale alla sfera di applicazione delle direttive; tenendo conto che la Corte di Giustizia dell'UE (e, analogamente, la giurisprudenza amministrativa) ha storicamente riconosciuto l'applicabilità dei principi fondamentali del Trattato CE - tra cui quello di trasparenza - anche ai contratti cd. *esclusi*.

III. I precedenti

Come osservato nella sentenza in commento, è rinvenibile soltanto un precedente della Cassazione sulla medesima questione sottoposta alle sezioni unite, in cui la Corte si è pronunciata, difformemente, affermando l'obbligo della forma scritta CASS., 23.4.2014, n. 9219, in *DeJure*. Si registrano, invece, ulteriori decisioni conformi a quest'ultimo arresto tra i giudici di merito TRIB. POTENZA, 20.7.2017 e APP. ANCONA, 23.5.2012, in [www.dejure.it](#) e nella giurisprudenza amministrativa T.A.R. PALERMO, 23.10.2013, n. 1920, in [www.giustizia-amministrativa.it](#).

In generale, sul tema dell'obbligo della forma scritta per i contratti delle pubbliche amministrazioni in senso tradizionale, quale espressione dei principi di imparzialità e buon andamento CASS., 14.4.2011, n. 8539; CASS., 19.9.2013, n. 21477; CASS., 24.2.2015, n. 3721; CASS., 17.6.2016, n. 12540; CASS., 13.10.2016, n. 20690; CASS., 27.10.2017, n. 25631; CASS., 23.1.2018, n. 1549; CASS., 28.6.2018, n. 17016; e, quindi, per l'irrelevanza delle manifestazioni negoziali tacite o *per facta concludentia* CASS., sez. un., 28.11.1991, n. 12769; CASS. 9.5.2017, n. 1123. Ciò, a prescindere dal fatto che la p.a. agisca *iure privatorum*, come recentemente ribadito anche da CASS., 5.7.2018, n. 17588, tutte in *Leggitaliaprofessionale*.

Per l'applicabilità dei principi inferibili dalle norme di contabilità generale dello stato anche agli enti territoriali, CASS., 7.7.2007, n. 1752, in *DeJure*.

Con riferimento all'inapplicabilità agli enti pubblici economici, storicamente, CASS., 24.6.1975, n. 2511, in *ItalGiureWeb*; mentre, più recentemente, la giurisprudenza è giunta a estendere l'obbligo della forma scritta anche agli enti pubblici economici, specie attraverso la categoria dell'organismo di diritto pubblico CASS., 14.6.2018, n. 15645; CASS., 2.12.2016, n. 24640, in *ItalGiureWeb*.

Per una ricostruzione dei rapporti tra [art. 97 Cost.](#), principi di evidenza pubblica e oneri formali CASS., 20.3.2014, n. 6555, in *DeJure*.

Sulla nozione di appalto pubblico CONS. STATO, Commissione speciale, 10.5.2018, 1241; CONS. STATO, V sez., 3.10.2017, n. 4614, in [www.giustizia-amministrativa.it](#).

Sulla natura delle aziende speciali quali enti strumentali degli enti territoriali CORTE COST., 12.2.1996, n. 28, in [www.cortecostituzionale.it](#). In senso conforme, CASS., 23.4.2014, n. 9219; Cass., sez. un., 20.6.2006, n. 14101; e, nella giurisprudenza amministrativa, CONS. STATO, V sez., 22.9.2017, n. 4435; CONS. STATO, V sez., 27.6.2018, n. 3946; CONS. STATO, V sez., 22.9.2017, n. 4435, in [www.giustizia-amministrativa.it](#). Secondo un indirizzo minoritario, invece, avrebbero natura di ente pubblico economico CONS. STATO, V sez., 14.2.2012, n. 712, in [www.giustizia-amministrativa.it](#); in senso conforme CASS., sez. un., 15.12.1997, n. 12654, in *DeJure*.

Per un'analisi dei vincoli di contabilità pubblica applicabili alle aziende speciali, in funzione dell'appartenenza al c.d. *gruppo municipale* e al collegamento strutturale con gli enti controllanti, CORTE CONTI, sez. contr. Veneto, 20.9.2017, n. 504; CORTE CONTI, sez. contr. Liguria, 14.12.2015, n. 78; CORTE CONTI, sez. contr. Lombardia, 17.3.2014 n. 11, in www.corteconti.it.

Sulla nozione cangiante e funzionale di ente pubblico CONS. STATO, VI sez., 11.7.2016, n. 3043; CONS. STATO, VI sez., 26.5.2015, n. 2660, in *LexItalia*; v. anche CONS. STATO, sez. cons., 16.11.2011, n. 4782, in *DeJure*.

Relativamente alla *vis espansiva* degli oneri formali, CASS., 23.1.2018, n. 1549, in *Leggiditaliaprofessionale*, ove se ne afferma l'applicabilità anche a una società in controllo pubblico di gestione del servizio idrico integrato.

Secondo CORTE COST., 1°8.2008, n. 326, in www.cortecostituzionale.it, si deve distinguere «tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici».

Sulla tendenza della giurisprudenza amministrativa all'adozione di una prospettiva pubblicistica, di "entificazione sostanziale" degli organismi di diritto privato, CONS. STATO, VI sez., 2.3.2001, n. 1206; CONS. STATO, VI sez., 5.3.2002, n. 1303; CONS. STATO, VI sez., 7.8.2002, n. 4152. Con specifico riferimento alla natura dell'azienda speciale anche in considerazione dei limiti all'attività extraterritoriale CONS. STATO, V sez., 23.4.1998, n. 475, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

In ordine alla necessità di attribuire un valore giuridico all'opzione per uno specifico modello organizzativo, CASS., sez. un., 22.12.2011, n. 28329, in www.leggiditaliaprofessionale.it.

Con riguardo al valore "costituente" [dell'art. 97 Cost.](#), anche ai fini del regime giuridico applicabile agli enti pubblici, CORTE COST., 23.1.2006, n. 29, in www.cortecostituzionale.it.

Per analizzare l'orientamento tradizionale del giudice della nomofilachia sulla non decisività dell'oggetto dell'attività al fine di ricostruire la natura giuridica di soggetto controllato dalla p.a. CASS., sez. un., 11.07.2006, n. 15661, in *DeJure*.

Con riguardo alla nozione di organismo di diritto pubblico CONS. STATO, VI sez., 30.6.2011, n. 3892, in www.giustizia-amministrativa.it; sulla c.d. teoria del contagio CORTE GIUST. UE, 15.1.1998, causa C-44/96; CORTE GIUST. UE, 10.4.2008, causa C-393/06, in eur-lex.europa.eu. Per un'interpretazione restrittiva CONS. STATO, V sez., 26.5.2015 n. 2639, in www.giustizia-amministrativa.it.

Sulla questione della qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico, ovvero di impresa pubblica, di recente, CASS., sez. un., 1°3.2018, n. 4899; pronuncia questa relativa a Poste Italiane s.p.a. e oggetto di vivaci critiche, tanto da ingenerare un'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia dell'UE da parte di T.A.R. LAZIO, ROMA, sez. III, 12.7.2018, n. 7778, in www.giustizia-amministrativa.it, specie per un ravvisato contrasto con CORTE GIUST. UE, 10.4.2008, causa C-393/06, cit.

Relativamente alla distinzione tra appalti "esclusi", "nominati ma esenti" e appalti "estranei", CONS. STATO, ad. plenaria, 1°8.2011, n. 16; e, più recentemente, CONS. STATO, Commissione speciale, 10.5.2018, 1241, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

Sul valore "trasversale" dei principi generali del Trattato in materia di coordinamento delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici CORTE GIUST. UE, 13.10.2005, causa C-458/03; CORTE GIUST. UE, 3.12.2001, causa C-59/00, in eur-lex.europa.eu.

IV. La dottrina

In generale, per un'analisi dell'attività contrattuale della p.a., SCOCA-ROVERSI MONACO-MORBIDELLI, *I contratti pubblici*, Giappichelli, 2012 (e, in particolare, sulla forma 512 ss. e la nozione di appalto 161 ss.).

Per una dettagliata descrizione delle fasi della legislazione sull'evidenza pubblica, CARINGELLA-GIUSTINIANI, *Manuale di diritto amministrativo*, IV, Dike, 2014, 19 ss.; mentre per una spiegazione delle differenti finalità delle norme interne sull'evidenza pubblica rispetto a quelle comunitarie, CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, 2011, 1555.

Con specifico riferimento alla natura dell'azienda speciale anche in considerazione dei limiti all'attività extraterritoriale CARINGELLA - GIUSTINIANI, *I contratti pubblici*, in *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 270-271.



TUTOR MAGISTRALIS

MARIA ROSARIA SODANO

Sul tema dei modelli privatistici di organizzazione della p.a. e dell'attività d'impresa da parte degli enti pubblici CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, 2011, 38 ss.; CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, 2013, 351 ss.

Per una ricostruzione sistematica della capacità di diritto privato delle pp.aa. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della [legge n. 241 del 1990](#): l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in [www.giustamm.it](#); VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Cedam, 2008, 29 ss.

Sulle tendenze di "pubblicizzazione" sostanziale, DI LULLO, *Organizzazione amministrativa e modelli privatistici: le società (legali) «pubbliche amministrazioni»*, in *Dir. amm.*, 2013, 255 ss. Secondo MALTONI, *Attività amministrative e soggetti di diritto privato: le società partecipate*, in *Foro it.*, 2014, fasc. 7, 5 ss., la ricognizione del processo di "entificazione", in ogni caso, non può condurre alla piena assimilazione alla pubblica amministrazione.

Per un'analisi della questione della "neutralità" dell'ordinamento dell'UE rispetto alle forme di gestione dei servizi di interesse generale LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in [federalismi.it](#), 2010, fasc. 8, 2 ss.

Con riferimento all'organismo di diritto pubblico ID., *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contr. e impr.*, 2008.

Sull'estensione dei principi del Trattato anche a fattispecie non codificate dalle direttive, CARINGELLA, *op. cit.*, 1559. In particolare, sulla distinzione tra appalti "esclusi" e appalti "estranei", GALLI-GUCCIONE, *La recente giurisprudenza*

sui contratti della pubblica amministrazione, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 857 ss

Giornale Dir. Amm., 2019, 1, 114 (nota a sentenza)

Urbanistica e appalti, 2018, 4, 513 (nota a sentenza)

RITI E AVVALIMENTO A CASCATA - IL COMMENTO

di Giovanni Carlo Figuera^(*)

[Cons. Stato Sez. V, 02 marzo 2018, n. 1295](#)

[D.Lgs. 18-04-2016, n. 50, Art. 89](#)

Il commento pone in evidenza nella parte iniziale l'aspetto maggiormente problematico della normativa in tema di avvalimento, ossia la necessità di bilanciare il principio della massima partecipazione alle gare con quello della tutela della efficiente gestione delle risorse pubbliche. Viene poi descritta la specifica questione giuridica sottoposta all'esame del giudice amministrativo, costituita dalla necessità di stabilire se integri violazione del divieto di c.d. avvalimento a cascata un caso di avvalimenti plurimi ed incrociati all'interno di un raggruppamento temporaneo di imprese. Vengono pertanto analizzate le opposte motivazioni delle sentenze emesse in primo e secondo grado di giudizio. Infine sono svolte delle brevi considerazioni finali anche alla luce di alcuni recenti arresti giurisprudenziali in tema di avvalimento.

Sommario: [Una normativa edificata su due principi poco conciliabili - La questione decisa e la sentenza di primo grado - La sentenza di appello - Brevi considerazioni finali](#)

[Una normativa edificata su due principi poco conciliabili](#)

La sentenza del Consiglio di Stato che si annota, in linea con il dovere del giudice di redigere le sentenze in maniera chiara e sintetica, risolve un problema specifico in tema di avvalimento senza indulgere in approfondimenti teorici o digressioni sistematiche. La pronuncia perviene a una soluzione che, risultando coerente con i principi in precedenza espressi dall'Adunanza Plenaria⁽¹⁾, dovrebbe contribuire a dare certezza giuridica a un istituto che sembra ancora ben lungi dall'aver trovato una sistemazione definitiva. In tal senso credo sia significativa la rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di avvalimento - anno 2017 - pubblicata di recente sul sito istituzionale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione⁽²⁾.

Così l'esito completamente differente della controversia giudiziale nei due gradi di giudizio non può essere derubricato come un evento processuale accidentale, pertanto insignificante. Quest'ultima circostanza invece va letta come una diretta conseguenza della perdurante

presenza nel panorama giurisprudenziale di due opposte concezioni dell'avvalimento sulla scia di un mai sopito dibattito dottrinale riguardante il giudizio da esprimere su una fattispecie giuridica strutturalmente complessa e assai flessibile in funzione delle diverse esigenze organizzative delle imprese, ma al contempo radicalmente innovativa rispetto alle tradizionali categorie dogmatiche del nostro ordinamento nazionale, in quanto fondata su un modello di rapporto giuridico tra imprese che affonda le proprie origini nel diritto europeo⁽³⁾.

Tale problematica discenderebbe essenzialmente dal fatto che il giudice amministrativo, quando è chiamato ad interpretare e applicare la normativa in materia di avvalimento (oggi art. 89, D.Lgs. n. 50/2016, e prima artt. 49 e 50, D.Lgs. n. 163/2006 e 88 d.P.R. n. 205/2010), deve sforzarsi di stabilire un ragionevole e proporzionato bilanciamento tra due principi che, per un verso, appaiono scarsamente conciliabili, ma che, per altro verso, costituiscono dei veri e propri capisaldi nell'edificazione giuridica dell'istituto dell'avvalimento.

Precisamente, il giudice è innanzitutto chiamato a verificare se la stazione appaltante ha fatto corretta applicazione del principio del *favor participationis* mediante l'apertura delle procedure "alla concorrenza nella misura più ampia possibile", e ciò "a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici"⁽⁴⁾. In particolare, posto che l'avvalimento è finalizzato a favorire la massima partecipazione alle gare secondo la pacifica *intentio legis* delle direttive comunitarie, ad esso si deve assicurare una operatività piena e incondizionata. Pertanto, secondo il vincolante principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria, il giudice interno ha l'obbligo di interpretare le norme nazionali sull'avvalimento senza possibilità di introdurre vincoli e limiti ulteriori rispetto agli obiettivi generali previsti dal diritto europeo (c.d. criterio dell'interpretazione conforme⁽⁵⁾).

Al contempo, tuttavia, il giudice è tenuto a verificare se le stazioni appaltanti hanno rispettato il principio dell'efficiente e corretta gestione delle risorse pubbliche⁽⁶⁾. Ciò significa principalmente salvaguardare l'interesse delle stazioni appaltanti ad acquisire dagli operatori economici opere, beni e servizi che siano pienamente corrispondenti ai vincolanti requisiti tecnici e qualitativi abitualmente fissati dalla *lex specialis* di gara. In questa prospettiva, secondo una parte della giurisprudenza e della dottrina⁽⁷⁾, l'avvalimento, in quanto fattispecie imperniata sul prestito temporaneo tra imprese dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa necessari per partecipare ad una procedura di gara, rappresenterebbe una seria e grave minaccia all'efficiente gestione delle risorse pubbliche.

Muovendo da quest'ultima considerazione, sostanzialmente andando di contrario avviso rispetto alla Corte di Giustizia, quest'ultimo orientamento conclude che andrebbe preferita una interpretazione quanto più rigorosa ed estensiva dei limiti e dei vincoli posti dal diritto positivo all'avvalimento, in primo luogo della previsione normativa secondo cui "il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliaria" (ultimo periodo del comma 1 dell'art. 89 del codice dei contratti pubblici)⁽⁸⁾. Nel caso in esame, tuttavia, a venire in rilievo, come si dirà, è la speciale previsione normativa - comma 6 dell'art. 89 prima citato - che non consente all'ausiliario di potersi avvalere a sua volta di altro soggetto (si tratta dell'ipotesi descritta efficacemente con la locuzione *avvalimento a cascata*).

Se poi si considera il potere discrezionale del giudice amministrativo nel bilanciare i suddetti principi, costituenti, come detto, i "criteri orientativi" dell'attività di esegesi della complessa normativa multilivello sull'avvalimento⁽⁹⁾, all'operatore del diritto potrebbe anche sembrare abbastanza ragionevole e consequenziale il fatto che siano frequenti le pronunce difformi nonostante il concreto *thema decidendum* sembri essere perlopiù simile⁽¹⁰⁾.

Ciò non di meno, come a suo tempo si era già evidenziato nella vigenza del vecchio codice degli appalti pubblici⁽¹¹⁾, si tratterebbe comunque di un esito processuale non soddisfacente - oltre che scarsamente comprensibile - agli occhi degli operatori economici interessati a contribuire attivamente al buon funzionamento del fondamentale mercato delle commesse pubbliche, in quanto tale situazione lede evidentemente i principi basilari di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento, a fronte peraltro delle assai elevate spese di giustizia previste per il rito speciale in materia di contratti pubblici.

Di fronte a questo intricato nodo problematico, riprendendo il pensiero di autorevole dottrina processualistica, il tema che si pone per gli operatori del diritto (non solo giudici, ma anche avvocati), non dovrebbe essere tanto quello se meritino o no considerazione i precedenti, perché

la meritano sicuramente, ma in che misura si deve su di essi innestare un dibattito di tipo inventivo e creativo, per cercare di migliorarli e renderli coerenti⁽¹²⁾. Ciò sia per ragioni di coerenza del quadro giurisprudenziale di riferimento, sia soprattutto in funzione della necessaria prevedibilità (e in qualche modo di una certa opportuna standardizzazione del c.d. diritto vivente) delle regole che effettivamente disciplinano la partecipazione delle imprese alla procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici⁽¹³⁾.

La questione decisa e la sentenza di primo grado

La questione affrontata dal giudice amministrativo riguardava una gara di appalto, indetta da una società pubblica, per l'affidamento della gestione *full service* di un certo numero di autobus, che prevedeva, quale requisito di ammissione, il possesso, nei tre esercizi finanziari antecedenti la data di pubblicazione del bando, di un fatturato specifico in servizi di manutenzione di autobus non inferiore al cinquanta per cento dell'importo presunto relativo al lotto o alla somma dei lotti a cui si sarebbe riferita la partecipazione (l'importo complessivo a base d'asta era di euro 59.045.500).

In caso di raggruppamento temporaneo di imprese, detto requisito avrebbe dovuto essere posseduto dalla mandataria in misura non inferiore al sessanta per cento e dalle mandanti in misura non inferiore al venti per cento.

Alla selezione partecipava, per i cinque lotti messi a gara, un raggruppamento composto da tre imprese: di conseguenza, il fatturato specifico richiesto dalla *lex specialis* di gara ammontava ad almeno euro 17.713.650 per la mandataria e ad almeno 5.904.550 per ciascuna delle mandanti.

Per raggiungere il prescritto fatturato minimo le suddette imprese riunite avevano così operato:

a) la società mandataria Pogliani Service (in possesso di un fatturato proprio pari a euro 13.500.000) avvalendosi del duplice fatturato - c.d. *avvalimento frazionato o plurimo*⁽¹⁴⁾- dell'impresa Eurobus (per euro 2.977.000) e dell'impresa Cimep (per euro 1.674.000);

b) la Società mandante Ares, in possesso di un fatturato di euro 1.805.420, avvalendosi del fatturato messo a disposizione dall'altra Società mandante Italmeccanica - c.d. *avvalimento interno* - per un importo di euro 4.150.000;

c) la Società mandante Italmeccanica, originariamente in possesso di un fatturato proprio pari a euro 5.700.000, ridottosi a euro 1.550.000 dopo il contratto di avvalimento stipulato con l'altra Società mandante Ares, avvalendosi, per raggiungere il requisito in parola, del fatturato dell'impresa Ricambi e Rettifiche Laziali per un importo di euro 4.400.000.

La stazione appaltante, tuttavia, disponeva l'esclusione del raggruppamento, in particolare sostenendo che la Società mandante Italmeccanica, assunta la veste di ausiliaria, non potesse a sua volta ricorrere all'avvalimento di altro soggetto per raggiungere il requisito mancante, in quanto ciò avrebbe configurato un'ipotesi di c.d. *avvalimento a cascata* espressamente vietata dal comma 6 dell'art. 89 del codice dei contratti pubblici.

Secondo quanto trascritto utilmente nella parte in fatto della sentenza di primo grado⁽¹⁵⁾, il raggruppamento escluso proponeva ricorso deducendo che, secondo la giurisprudenza amministrativa, il divieto di *avvalimento a cascata* mirerebbe a scongiurare la presenza nelle gare pubbliche di "scatole vuote", e che tale tipologia ricorrerebbe quando l'ausiliario presta requisiti che non possiede direttamente, ma ottiene da un soggetto terzo, e il soggetto terzo, reale possessore dei requisiti, resti estraneo al rapporto con l'amministrazione appaltante.

Ad avviso delle ricorrenti, tali eccezionali condizioni ostative (le uniche desumibili dal testo dell'art. 63, comma 1 ultimo capoverso, Dir. n. 24/2014/UE)⁽¹⁶⁾ non ricorrerebbero nella fattispecie oggetto del giudizio: la Società mandante Italmeccanica ha prestato all'altra Società mandante Ares una parte del suo fatturato, pertanto sia Italmeccanica ed Ares, nella veste di componenti dell'offerente raggruppamento, sia l'impresa Ricambi e Rettifiche Laziali, nella qualità di ausiliaria impegnata direttamente nei confronti della stazione appaltante, sono soggetti tutti solidalmente responsabili, in via diretta o indiretta, nei confronti di quest'ultima, di conseguenza tale corresponsabilità, in via diretta o indiretta, escluderebbe la frattura della catena di garanzia colpita dal divieto di *avvalimento a cascata*. In sintesi, per la parte ricorrente, in caso di *avvalimento di garanzia* la responsabilità solidale sarebbe l'unica condizione sufficiente e necessaria affinché possa operare l'avvalimento, altrimenti sarebbe lesa la libertà delle imprese

di autorganizzazione ai fini della partecipazione alle gare anche attraverso degli avvalimenti plurimi interni e incrociati.

La sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio reputava tali argomentazioni infondate alla luce del dato testuale e della *ratio* del comma 6 dell'art. 89 più volte citato.

In particolare, argomentava il Tribunale, il divieto di *avvalimento a cascata* è finalizzato a rendere effettivo il ricorso all'istituto, evitando la circolazione meramente cartolare dei requisiti, che impedirebbe la puntuale individuazione del ruolo di ciascun soggetto coinvolto nell'esecuzione dell'appalto e delle connesse responsabilità, compromettendo la serietà e l'affidabilità dell'offerta.

Ad avviso della sentenza di primo grado, altresì, la giurisprudenza avrebbe chiarito che l'avvalimento rappresenta già di per sé una deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara, e deve pertanto essere consentito solo in ipotesi delineate in maniera rigorosa onde garantire l'affidabilità, *in executivis*, del soggetto concorrente, ed è, quindi, irrinunciabile la sussistenza di un rapporto diretto e immediato tra soggetto ausiliario e soggetto ausiliato, legati da vincolo di responsabilità solidale in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare. Il legame diretto e immediato richiesto dalla giurisprudenza non può costituire oggetto di interposizioni e non può determinare né l'interruzione né l'allungamento della catena che lega il soggetto realmente in possesso del requisito con la stazione appaltante. Ciò posto, sempre ad avviso del Collegio di prima istanza, quest'ultima condizione negativa si rinverrebbe nella fattispecie sopra rappresentata.

La Società mandante Italmeccanica, infatti, è una concorrente tenuta all'esecuzione in proprio di parte del servizio, che, nel meccanismo fatto proprio dall'offerta presenta dal raggruppamento, e atteso che l'avvalimento del fatturato specifico non consiste nella mera circolazione cartolare del requisito, ma deve essere effettivo e concreto, si è dapprima "svuotata" della propria capacità operativa, "prestata" all'altra Società mandante Ares con la messa a disposizione delle risorse e dei mezzi posseduti direttamente, per poi ricorrere all'avvalimento da parte di un soggetto terzo per "reintegrare" il medesimo requisito di fatturato specifico, che, anche in tal caso, comporta l'utilizzo in concreto dell'organizzazione aziendale e delle risorse messe a disposizione dall'ausiliata. Ne deriva che Italmeccanica avrebbe utilizzato in fase esecutiva le proprie risorse "dirette" non per eseguire l'appalto, bensì per far fronte all'avvalimento in favore della Ares, mentre per eseguire tali prestazioni in qualità di mandante avrebbe utilizzato la struttura operativa della propria ausiliaria Ricambi e Rettifiche Laziali.

Tale complessivo meccanismo, alla luce della articolata e frammentata ripartizione delle risorse, rende concreto il fenomeno di "allungamento della catena" che l'art. 89, comma 6, vuole evitare, atteso che esso rende, se non impossibile, oltremodo difficile per la stazione appaltante eseguire, in fase esecutiva, i controlli richiesti dalla stessa normativa relativi all'effettiva messa a disposizione delle risorse oggetto di avvalimento. E il rilievo non è di poco momento, atteso che tali controlli costituiscono per quest'ultima un ineludibile obbligo, ai sensi del comma 9 dell'art. 89⁽¹⁷⁾.

Questa la *ratio decidendi* fondante il rigetto del ricorso nel giudizio di prima istanza; da essa traspare in modo nitido una piena adesione del Tribunale al filone giurisprudenziale che opta per una interpretazione assai rigorosa e restrittiva della normativa sull'avvalimento.

[La sentenza di appello](#)

La sentenza d'appello non condivide nessuna delle superiori statuizioni, in primo luogo avendo cura di evidenziare il fatto che il comma 6 dell'art. 89, secondo cui "L'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto", attua correttamente il principio della legge delega che impone "di escludere la possibilità di ricorso all'avvalimento a cascata"⁽¹⁸⁾.

La suddetta disposizione va intesa, in coerenza con le finalità che la connotano, nel senso che non rientra nell'oggetto del suo divieto qualunque ipotesi in cui l'ausiliario si avvalga a sua volta di altro soggetto, ma soltanto quella che dà luogo al fenomeno del c.d. *avvalimento a cascata*. Quest'ultimo, in base al diritto vivente, si realizza allorché l'impresa ausiliaria, priva (del tutto o in parte) del requisito che intende mettere a disposizione del concorrente, lo acquisisca a sua volta, mediante avvalimento, da altro soggetto.

L'istituto dell'avvalimento, che risponde all'esigenza della massima partecipazione alle gare, ma che al contempo non può pregiudicare l'interesse pubblico ad una sicura e efficiente esecuzione

del contratto, comporta che la possibilità di ricorrere a soggetti ausiliari presuppone che i requisiti mancanti siano da questi integralmente e autonomamente posseduti, senza poter estendere teoricamente all'infinito, la catena dei possibili subausiliari⁽¹⁹⁾.

La deroga che l'istituto in parola reca al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è, pertanto, condizionata alla possibilità di configurare un rapporto diretto e immediato tra ausiliaria e ausiliata da cui discenda una responsabilità solidale delle due imprese in relazione alla prestazione da eseguire e l'innesto di un ulteriore passaggio tra l'impresa che partecipa alla gara e quella che possiede i requisiti, infrangerebbe l'ineludibile vincolo di responsabilità che giustifica il ricorso all'istituto dell'avvalimento e la deroga al principio del possesso in proprio dei requisiti di gara⁽²⁰⁾.

Nel caso di specie non è, però, configurabile un'ipotesi di *avvalimento a cascata*, atteso che la Società mandante Italmeccanica ha fornito un requisito che già possedeva in proprio (detta impresa, in possesso di un fatturato specifico di euro 5.700.000, ha messo a disposizione della Società mandante Ares un fatturato di euro 4.150.000).

Solo successivamente la suddetta Italmeccanica, essendo a sua volta concorrente, si è avvalsa di una terza impresa per acquisire la parte di fatturato specifico mancante per integrare il prescritto requisito di partecipazione alla gara. Non si è verificata, pertanto, quell'interruzione del rapporto immediato e diretto tra ausiliaria e ausiliata e quell'allungamento della catena dei subausiliari che costituisce il *proprium* dell'*avvalimento a cascata* e che ne giustifica il divieto.

Osserva infine il Consiglio di Stato che non ha rilievo, nell'economia della controversia decisa, la norma dell'art. 89, comma 9, del codice dei contratti pubblici, richiamata dalla sentenza appellata: la doverosa attività di controllo demandata dalla norma alla stazione appaltante non è ostacolata o aggravata dal meccanismo nella specie posto in essere dalle due mandanti, atteso che l'ausiliaria di ciascuna di esse ha fornito un requisito posseduto in proprio, per cui non si è interrotto il dovuto rapporto diretto e immediato tra ausiliaria e ausiliata. Le verifiche da compiere, in sostanza, non divergono da quelle la stazione appaltante avrebbe dovuto svolgere se ausiliaria della Società Ares fosse stata un'impresa terza.

Brevi considerazioni finali

Una prima importante notazione da fare è che, nel solco della *ratio decidendi* della sentenza in commento, si colloca la di poco successiva pronuncia della medesima Sezione V del Consiglio di Stato che ha ritenuto legittimo, sempre in un caso riguardante un raggruppamento temporaneo di imprese, che l'impresa mandataria presti un requisito di capacità economico-finanziaria a favore di più mandanti dello stesso raggruppamento temporaneo "se e nella misura in cui questa modalità di prestito plurimo non si risolva in una elusione dei requisiti previsti, e si consenta quindi ad imprese non qualificate di essere ammesse alla procedura di affidamento oppure si privi l'ausiliaria del requisito stesso"⁽²¹⁾.

Ad avviso di chi scrive, queste decisioni del Consiglio di Stato sono senz'altro da condividere avendo sapientemente interpretato il diritto positivo alla luce di quello che sembra essere il nucleo caratterizzante l'istituto dell'avvalimento: anziché essere un semplice atto di disposizione di risorse economiche e tecniche tra imprese, esso rappresenta piuttosto uno strumento a disposizione di queste ultime non solo strutturalmente molto agile e duttile (è un dato intuitivo, infatti, che in Europa le imprese hanno dimensioni e caratteristiche molto differenti tra loro), ma soprattutto pienamente funzionale sia ad accrescere la concorrenza nel settore degli appalti pubblici, sia a migliorare l'efficienza organizzativa e la capacità di profitto delle imprese (è altrettanto intuitivo che un conto è l'obbligo di possedere in proprio determinate risorse e mezzi, altro conto è la loro temporanea messa a disposizione attraverso una impresa ausiliaria).

Di qui la personale proposta di inquadrare, a pieno titolo, l'avvalimento nell'alveo della categoria dei *contratti di impresa*.

Eventuali eccessi e distorsioni a cui può occasionalmente prestarsi l'utilizzo dell'avvalimento, come si è sostenuto nei precedenti scritti sull'argomento, possono essere adeguatamente contrastati attraverso l'esercizio, da parte della stazione appaltante, del potere di controllo nella fase esecutiva dell'appalto, come opportunamente previsto in termini innovativi dal codice dei contratti pubblici (comma 9 dell'art. 89). Inoltre, costituisce valido ed efficace strumento di prevenzione degli abusi, la previsione normativa sanzionatoria che stabilisce l'esclusione dalle procedure di appalto dell'operatore economico (i) che si è reso colpevole, in precedenti appalti,

di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua affidabilità, (ii) oppure che abbia presentato, nella procedura di gara in corso, documentazione o dichiarazioni non veritiere [comma 5, lett. c) e f *bis*), dell'art. 80].

In un altro caso di c.d. *avvalimento interno* è stato poi statuito dal Consiglio di Stato che, ammessa la facoltà della stazione appaltante di indicare nel bando i limiti massimi di partecipazione della mandataria all'interno del raggruppamento temporaneo, si pone in contrasto con le regole del bando la condotta dell'impresa mandataria che, possedendo il requisito in percentuale superiore a quella massima stabilita, lo presti ad un mandante che ne sia sprovvisto. Di fatto, in questo modo, la mandataria partecipa al raggruppamento con requisiti in percentuale superiore a quella indicata come limite massimo dal bando. Portate alle estreme conseguenze, simile condotta consentirebbe alle imprese mandatarie di scegliere quale mandante un soggetto del tutto privo di requisiti di partecipazione che, poi, esse stesse qualificano prestando quel *surplus* di cui siano titolari⁽²²⁾.

A mio sommosso avviso, entrambi gli argomenti sopra richiamati non sembrano essere molto persuasivi in quanto, per un verso, la funzione dell'avvalimento è proprio quella di consentire a un soggetto che è in radice sfornito di un certo requisito oggettivo di partecipare alla gara mediante il prestito dello stesso ad opera dell'impresa ausiliaria. Per altro verso, la quota di requisito messa a disposizione dell'impresa ausiliata non può essere considerata come una partecipazione di fatto alla gara dall'impresa mandataria in misura superiore al limite previsto dal bando, poiché tale considerazione fattuale svuota di peso giuridico la decisiva circostanza che, proprio per effetto della sua messa a disposizione, la predetta quota di requisito risulta imputabile giuridicamente e soggettivamente alla sola impresa ausiliata.

Allargando lo sguardo sull'attuale panorama giurisprudenziale in tema di avvalimento, credo che debba essere accolto molto positivamente il progressivo affermarsi del filone giurisprudenziale secondo il quale, premessa la distinzione tipologica tra c.d. *avvalimento di garanzia* e c.d. *avvalimento operativo*⁽²³⁾, per l'avvalimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria, ed in particolare del fatturato globale o specifico, non è richiesta l'indicazione nel contratto di avvalimento dei mezzi e delle risorse aziendali messe a disposizione dall'ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto, perché l'impegno assunto da quest'ultima riguarda la complessiva solidità patrimoniale e finanziaria, la quale è riferibile all'azienda nel suo complesso⁽²⁴⁾. In particolare, si è riconosciuto che la clausola del contratto di avvalimento che prevede la responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria e di quella ausiliata in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto, non costituirebbe un elemento ridondante in quanto ripetitivo di un effetto legale tipico dell'avvalimento (comma 5 dell'art. 89), piuttosto, la responsabilità solidale delle due imprese verrebbe in rilievo quale strumento di realizzazione della "comunione" delle risorse finanziarie di cui è in possesso l'impresa ausiliaria e della quale il requisito del fatturato è espressione, appartenendo quindi al piano della fattispecie, prima ancora che a quello degli effetti, dell'avvalimento, ergo alla sfera dei presupposti costitutivi dell'istituto⁽²⁵⁾.

Tale importante differenziazione, ormai a pieno titolo entrata a far parte del vocabolario usuale delle prevalenti decisioni della giurisprudenza amministrativa, rende alle imprese assai più agevole il compito di definire il contenuto (anche detto "oggetto") del contratto di avvalimento in quelle peculiari ipotesi in cui, anche secondo la *communis opinio* delle stesse imprese, i requisiti prestati hanno dei connotati essenzialmente immateriali e indeterminati, e pertanto sono scarsamente trasponibili in termini specifici e dettagliati all'interno di un accordo negoziale. Da altra prospettiva, sempre ad avviso di chi scrive, il minore rigore nella specificazione del contenuto del contratto in caso di *avvalimento di garanzia*, consente poi di apprezzare come ragionevole e proporzionata la rigorosa tesi giurisprudenziale che non reputa possibile supplire alle eventuali lacune dei contratti di avvalimento esibiti in gara mediante il rimedio endoprocedimentale del soccorso istruttorio, dovendo essere detti contratti "validi fin dal principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume"⁽²⁶⁾.

Infine, è da condividere, in quanto giustamente fondata sulla piena esplicazione del principio del *favor participationis*, la decisione secondo cui, nella peculiare ipotesi di avvalimento *ad abundantiam*, l'eventuale inadeguatezza o invalidità dell'avvalimento - dichiarato in sede di gara dalla stazione appaltante - non configurerebbe un mutamento della domanda di partecipazione, né una inammissibile contraddizione con quanto dichiarato nell'istanza (circostanze queste che, di regola, determinerebbero la necessaria esclusione del concorrente), nel momento in cui il

concorrente prova di essere comunque in possesso dei requisiti in relazione ai quali aveva dichiarato di far ricorso all'avvalimento⁽²⁷⁾.

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Cons. Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23, in questa *Rivista*, 2017, 410.

(2) Una ampia e aggiornata ricostruzione delle varie questioni sollevate dall'avvalimento si può leggere nel recente volume a cura di R.D. Cogliandro, *L'avvalimento. Profili interdisciplinari*, Milano, 2018. Invece, per una descrizione degli orientamenti giurisprudenziali prima della pronuncia dell'Adunanza Plenaria, sia consentito rinviare a Figuera, *Avvalimento delle certificazioni di qualità: non liquet*, in questa *Rivista*, 2014, 942.

(3) Sulla genesi comunitaria dell'istituto dell'avvalimento, oltretutto per ulteriori approfondimenti sui relativi profili sostanziali e funzionali, oltre al volume citato nella nota precedente, da ultimo, A. Cianflone - G. Giovanni - V. Lopilato, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2018, I, 719, R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 990; G. Bruno - G.P. Cirillo in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2017, I, 1130. Sulle difficoltà di inquadramento sistematico dell'avvalimento, fra gli altri, C. Commandatore, *L'avvalimento: un alieno collegamento tra contratto e procedimento amministrativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 594; e, per chi lo voglia, Figuera, *L'avvalimento come contratto tipico d'impresa*, in questa *Rivista*, 2016, 659, dove era formulata una possibile ricostruzione dell'avvalimento che, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 89, [D.Lgs. n. 50/2016](#), considero tutt'ora valida e attuale: il nuovo codice dei contratti pubblici ha solo marginalmente innovato il regime previgente, ad esempio consentendo espressamente la possibilità dell'avvalimento anche tra operatori economici che partecipano a un medesimo raggruppamento temporaneo. Sotto la vigenza del precedente codice, pur in mancanza di esplicita previsione, la giurisprudenza comunque riteneva che "il c.d. avvalimento interno - vale a dire il prestito dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali tra imprese del medesimo raggruppamento temporaneo - era certamente consentito, in conformità all'interpretazione dell'art. 48, [commi 3 e 4, dir. 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE](#)" Cons. Stato, Sez. III, 5 marzo 2018, n. 1339, che richiama come precedenti Cons. Stato, Sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5687; Cons. Stato, Sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 18; Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 965. Descrive puntualmente l'iter legislativo del [D.Lgs. n. 56/2017](#) che ha modificato anche l'art. 89 del (rinominato) codice dei contratti pubblici, A. Presti in M.A. Sandulli - M. Lipari - F. Cardarelli (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, 2017, 259.

(4) In questi termini la succitata sentenza dell'Ad. Plen. n. 23/2016, che richiama la decisione della Corte Giust. CE, Sez. IV, 23 dicembre 2009, n. 305, *CoNISMa*, pubblicata su questa *Rivista*, 2010, 551, con nota di L. De Pauli, *La partecipazione delle Università alle procedure di evidenza pubblica*. Su questo tema, M. Clarich, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Relazione nel corso del 61° Convegno di studi amministrativi 17-19 settembre 2015, Villa Monastero, Varenna, pubblicata su [www.giustizia-amministrativa.it](#).

(5) Come evidenziato da C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, 93, la configurazione del criterio dell'interpretazione conforme, quale meta criterio dell'attività ermeneutica, include la regola per cui tra più significati tutti compatibili con il testo da interpretare e perciò ammissibili, va preferito quello conforme al diritto comunitario, il quale funziona come diversa norma parametro alla stessa stregua di come la Costituzione funziona quale norma parametro per l'interpretazione adeguatrice delle norme interne; in entrambi i casi secondo un verso unidirezionale.

(6) M. Cafagno, *Flessibilità e negoziazione, riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2013, 991, "La disciplina dei contratti pubblici si è notoriamente evoluta intrecciando antiche norme di contabilità, preoccupate di assicurare una gestione corretta e trasparente delle risorse pubbliche, con successive disposizioni comunitarie

o derivate, propense a intravedere nel corretto funzionamento del mercato e della concorrenza la miglior garanzia del buon uso del denaro dei cittadini".

(7) C. Zucchelli, *L'avvalimento*, in M. A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, II, 1489. Più di recente, A. Manzi, *La regola della sostituibilità dell'impresa ausiliaria vale solo per il futuro*, in questa *Rivista*, 2018, 183, commentando positivamente Corte Giust. CE, Sez. I, 14 settembre 2017, C-223/2016, ma già in precedenza, annotando la decisione del Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2015, n. 5359, in questa *Rivista*, 2016, 696. Esprime invece un giudizio positivo sull'avvalimento, ad esempio, R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, II ed., 2012, 355.

(8) La legge di delegazione per il recepimento delle tre direttive europee del 2014 in materia di appalti pubblici e contratti di concessione - [L. 28 gennaio 2016, n. 11](#) - ha ritenuto opportuno dettare dei principi e criteri direttivi particolarmente puntuali in tema di avvalimento, in particolare prevedendo che il contratto di avvalimento dovesse indicare nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati a tutela della stazione appaltante. Tuttavia è stato il decreto correttivo - [D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56](#) - ha introdotto nel codice dei contratti pubblici la citata regola sulla nullità del contratto di avvalimento, in proposito aderendo al suggerimento formulato nel parere del Cons. Stato, Comm. speciale, 30 marzo 2017, n. 782, in [www.giustizia-amministrativa.it](#), che aveva evidenziato come l'imposizione dell'onere di specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione fosse necessaria sia per evitare il ricorso a quelli che la dottrina ha definito "avvalifici", sia per rendere effettivi i controlli previsti al comma 9 dell'art. 89.

(9) In proposito è emblematico quanto recentemente statuito da Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2183, in [www.giustizia-amministrativa.it](#), "In altri termini, dai precedenti giurisprudenziali in esame si desume che le finalità di massima partecipazione sottese all'istituto dell'avvalimento non devono andare a discapito dell'interesse della stazione appaltante a contrarre con operatori economici affidabili ed effettivamente in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dalla normativa di gara".

(10) Così, ad esempio, pervengono ad opposte statuizioni, nel valutare la validità di un contratto di avvalimento avente ad oggetto la certificazione di qualità, nonostante l'apparente somiglianza delle due vicende decise, T.A.R. Roma Sez. II *ter*, 23 febbraio 2018, n. 2108, e T.A.R. Piemonte, Sez. I, 6 giugno 2018, n. 705, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](#). Sul fondamentale concetto di "sentenza giusta" merita di essere ricordato quanto recentemente osservato da M. Luciani, *Il "giusto" processo amministrativo e la sentenza amministrativa "giusta"*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 36, "La sentenza che il giudice deve emettere, dunque, non deve essere 'giusta' dal punto di vista di un'inattuabile giustizia sostanziale onnicomprensiva, bensì, semplicemente, 'esatta' o se si preferisce 'corretta', nel senso che deve assegnare correttamente il torto e la ragione sulla base del diritto positivo (che la sentenza sia 'esatta' o 'corretta', è bene precisare, lo si può dedurre dal consenso ottenuto in dottrina e in giurisprudenza, esattamente come una teoria scientifica è "esatta" perché e finché è riconosciuta tale dalla maggioranza degli esperti)".

(11) Figuera, *Avvalimento delle certificazioni*, cit.

(12) C. Consolo, *Il valore del precedente fra interpretazione giuridica e scandaglio del fatto del caso concreto*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 25. Sul tema del precedente, spicca da ultimo il volume di A. Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato*, Bologna, 2018, frutto del convegno su "I Precedenti" tenutosi a Roma il 6 luglio 2017 sotto il patrocinio dell'Accademia Nazionale dei Lincei.

(13) In proposito vanno condivise le preoccupazioni e le osservazioni critiche recentemente manifestate da M.A. Sandulli, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici*, in [federalismi.it](#), n. 11/2018.

(14) In tema di c.d. *avvalimento frazionato* merita di essere segnalata la recente pronuncia T.A.R. Torino, Sez. I, 29 gennaio 2018, n. 119, che, dopo avere ricordato la circostanza che tale tipologia di avvalimento deve il suo ingresso nel nostro ordinamento alla Corte di Giustizia della UE, sentenza resa sul caso C-94/12, del 10 ottobre 2013 (poi seguita da altre sentenze), si conclude con la seguente condivisibile osservazione: "Chiarito allora che sul piano normativo l'avvalimento plurimo, o frazionato, deve ritenersi autorizzato con l'elasticità necessaria e sufficiente ad evitare di frustrare la *ratio* dell'istituto, il problema della sua ammissibilità nel caso concreto non può che essere risolto caso per caso dalle amministrazioni giudicatrici, che a fronte

del ricorso a tale istituto da parte di un concorrente debbono verificare di volta in volta se la sommatoria dei requisiti prodotti comprovi il possesso di quella capacità di cui il requisito è espressione. Una tale valutazione è frutto di discrezionalità e può essere sindacata dal Giudice Amministrativo solo nei limiti del tradizionale sindacato generale di legittimità".

(15) T.A.R. Roma, Sez. I *quater*, 13 ottobre 2017, n. 10345, in www.giustizia-amministrativa.it. In effetti, i motivi di ricorso erano formulati dalla parte ricorrente in modo più articolato e complesso di quanto qui riportato sinteticamente, tuttavia, ai fini qui d'interesse, se ne può omettere il relativo contenuto.

(16) "Se un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economico e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto".

(17) "In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto di appalto. Ha inoltre l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni di cui all'articolo 52 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori. La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità".

(18) Precisamente il comma 1, lett. zz), dell'art. 1 della L. 28 gennaio 2016, n. 11, Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, 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.

(19) Sono richiamate le decisioni conformi Cons. Stato, Sez. III, 1° ottobre 2012, n. 5161; Cons. Stato, Sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2832, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it. In termini, altresì, Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1251, che afferma "il principio di diritto secondo cui non è ammissibile che la società ausiliata si avvalga di un soggetto (con cui stipuli il contratto di avvalimento), il quale, a sua volta, debba fare perno sui requisiti maturati in capo ad altro soggetto a cui sia avvinto da vincoli di collegamento. In tal modo si realizza, infatti, una fattispecie di avvalimento a cascata, da ritenersi vietata in quanto elide il necessario rapporto diretto che deve intercorrere tra ausiliaria e ausiliata, allungando e, quindi, indebolendo, la catena che, lega, innescando i relativi precipitati in punto di responsabilità solidale, il soggetto ausiliato al soggetto ausiliario munito in via diretta dei requisiti da concedere *quo ad proceduram*. A sostegno dell'assunto depone la decisiva considerazione che l'avvalimento rappresenta già di per sé una deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara, e deve pertanto essere consentito solo in ipotesi delineate in maniera rigorosa onde garantire l'affidabilità, *in executivis*, del soggetto concorrente. E infatti, l'istituto dell'avvalimento - e la correlata deroga al principio del possesso in proprio dei requisiti di gara - si giustifica solo sulla base del vincolo di responsabilità che lega il soggetto che partecipa alla gara a quello munito, in via diretta, dei requisiti prescritti dalla disciplina regolatrice della procedura competitiva. È, quindi, irrinunciabile la sussistenza di un rapporto diretto e immediato tra soggetto ausiliario e soggetto ausiliato, legati dal menzionato vincolo di responsabilità solidale in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare".

(20) Sono in proposito richiamati i precedenti Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2977; Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3347.

(21) Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2183, che, anche in questo caso, ha ribaltato la decisione di primo grado - T.A.R. Napoli, Sez. IV, 23 novembre 2017, n. 5516 - che aveva invece sostenuto che a ciò ostasse la previsione del comma 7 dell'art. 89 del codice degli appalti pubblici, secondo cui "in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa



impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti". Per il giudice di appello, a mio avviso condivisibilmente, la *ratio* del menzionato divieto andrebbe piuttosto ravvisata nella "funzione di assicurare la lealtà del confronto concorrenziale ed impedire che della stessa capacità tecnico-organizzativa o economico-finanziaria si avvalgano più partecipanti alla medesima gara, oltre che di prevenire che anche le offerte possano essere alterate. Per ragioni analoghe la disposizione in esame vieta all'impresa ausiliaria di assumere la veste del concorrente nella medesima procedura di affidamento".

(22) Cons. Stato, Sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5687; condivisa dalla successiva Cons. Stato, Sez. III, 5 marzo 2018, n. 1339, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

(23) Secondo Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1216, in www.giustizia-amministrativa.it, "In proposito vale rammentare, in termini generali, che la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha elaborato e maturato, avuto riguardo alle caratteristiche ed alle modalità dell'ausilio, una distinzione tipologica tra: b) avvalimento c.d. di garanzia, che ricorre nel caso in cui l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata la propria solidità economica e finanziaria, rassicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento (...) tale è l'avvalimento che abbia ad oggetto i requisiti di carattere economico - finanziario e, in particolare, il fatturato globale o specifico; b) avvalimento c.d. tecnico od operativo, che ricorre, per contro, nel caso in cui l'ausiliaria si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico - organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto: tale è l'avvalimento che abbia ad oggetto i requisiti di capacità tecnico - professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale".

(24) Da ultimo, ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, 4 aprile 2018, n. 2102, che richiama diversi precedenti del medesimo giudice d'appello, in particolare Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2017, n. 3422, secondo cui "nelle gare pubbliche, in caso di avvalimento avente ad oggetto il requisito di capacità economica finanziaria, rappresentato dal fatturato sia globale che specifico, la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato, l'impresa ausiliata; in sostanza, ciò che la impresa ausiliaria mette a disposizione della impresa ausiliata è il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore, dei quali il fatturato costituisce indice significativo; ne consegue che non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che da essa dichiarazione emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a mettere a disposizione la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 2952/2016; n. 5038/2015; n. 5041/2015; vedi anche, in senso analogo, V, n. 1032/2016). Tali elementi minimi risultano soddisfatti dal contratto di avvalimento in esame, che indica puntualmente il fatturato messo a disposizione e prevede la responsabilità solidale con l'ausiliata nei confronti della stazione appaltante, e non può quindi configurarsi alla stregua di un prestito di un valore puramente cartolare ed astratto, tale da soddisfare su di un piano meramente formale il requisito di partecipazione (ciò che, effettivamente, renderebbe l'avvalimento illegittimo - cfr. CGUE 7 aprile 2016, in C-324/14)". In termini, Cons. Stato, Sez. V, 14 febbraio 2018, n. 953; Cons. Stato, Sez. V, 15 gennaio 2018, n. 187; Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2017, n. 5429, che ritiene insufficiente un avvalimento di garanzia con il quale l'impresa ausiliaria si limita a "mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto", così riproducendo semplicemente la locuzione contenuta nell'art. 49 D.Lgs. n. 163/2006; Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4973. *Contra*, sia pure in termini sfumati, la citata Cons. Stato, n. 1339/2018. Sulla necessaria distinzione tipologica tra *avvalimento operativo* e *avvalimento di garanzia*, sia consentito rinviare a Figuera, *L'avvalimento come contratto tipico d'impresa*, cit., 670.



(25) La sopra citata Cons. Stato, n. 2102/2018, la quale ha confermato la motivazione della sentenza di primo grado - T.A.R. Roma, Sez. III *quater*, 14 novembre 2017, n. 11307, in www.lexitalia.it - nella parte cui ha ritenuto illegittima la clausola del bando di gara che imponeva che il contratto di avvalimento "deve contenere la dettagliata indicazione delle risorse messe a disposizione anche nel caso dell'autonomo istituto dell'avvalimento di garanzia".

(26) Cons. Stato, Sez. V, 30 marzo 2017, n. 1456, in www.lexitalia.it, riformando sul punto la sentenza di primo grado T.A.R. Umbria, Sez. I, 13 aprile 2016, n. 344, sebbene in relazione ad una gara disciplinata dal [D.Lgs. n. 163/2006](#). In termini, sebbene riconoscendo che la questione presenta dei "margini di opinabilità", Cons. Stato, Sez. V, 8 maggio 2018, n. 2753; Cons. Stato, Sez. III, 19 giugno 2017, n. 2985; T.A.R. Catania, Sez. I, 6 ottobre 2017, n. 2338. Tuttavia, se la vigente disciplina di cui al comma 9 dell'art. 83 non sembra in effetti concedere alcuno spazio al soccorso istruttorio in relazione alle eventuali carenze del contratto di avvalimento, diversamente la disciplina precedente sembrava concedere tale favorevole possibilità ai concorrenti: in proposito, per chi lo voglia, Figuera, *L'avvalimento come contratto tipico d'impresa*, cit., 670.

(27) Cons. Stato, Sez. V, 12 settembre 2017, n. 4301, in www.giustizia-amministrativa.it.

IL CONFLITTO DI INTERESSI COME CAUSA DI ESCLUSIONE NEL NUOVO CODICE - IL COMMENTO

di Luca Presutti(*)

T.A.R. Puglia Lecce Sez. II, 26 febbraio 2018, n. 337

D.Lgs. 18-04-2016, n. 50, Art. 42

D.P.R. 16-04-2013, n. 62, Art. 7

Nell'ambito della disciplina dell'anticorruzione, hanno rilevanza giuridica sia le situazioni di conflitto di interessi conclamato, che le situazioni di conflitto di interessi meramente potenziale. Il conflitto di interessi può definirsi "conclamato", quando è sorretto da un regime di tipicità, poiché è il legislatore stesso che detta le qualità personali dalle quali discende, di tal che la sua individuazione non necessita di alcuno sforzo ermeneutico. Il conflitto di interessi può definirsi "potenziale", invece, quando la sua individuazione necessita di uno sforzo ermeneutico, poiché le qualità personali dalle quali discende non sono direttamente dettate dal legislatore. Nel secondo caso, affinché l'individuazione delle situazioni di incompatibilità non degeneri in arbitrio, è necessario utilizzare una interpretazione finalistica che tenga in considerazione della necessità di non violare il principio di imparzialità dell'azione amministrativa, in modo che ogni operatore economico che partecipi ad una pubblica gara sia posto nello stesso piano di equidistanza con gli altri operatori dalla Stazione appaltante. Per tali ragioni, ai fini dell'individuazione della situazione di incompatibilità, non rilevano soltanto interessi di natura patrimoniale, ma rilevano anche interessi di natura non patrimoniale, che possano sviare comunque l'esercizio del potere amministrativo attribuito dall'ordinamento al centro decisionale.

Sommario: [Premessa](#) - [I fatti di causa](#) - [L'anticorruzione come principio generale](#) - [Il concetto di conflitto di interessi](#) - [Il concetto di potenzialità](#) - [Il conflitto di interessi nel nuovo codice degli appalti pubblici](#) - [L'atipicità delle situazioni di conflitti di interessi](#)

Premessa

La sentenza del T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 26 febbraio 2018, n. 337, offre diversi spunti di ricerca sulla individuazione delle situazioni di conflitto di interessi che possono riguardare gli operatori economici che partecipano alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici.

La difficoltà nella corretta individuazione dei soggetti che versano in una condizione di conflitto di interessi si scorge principalmente nella considerazione che, molto spesso, non sussiste un catalogo ben codificato delle cariche che generano una situazione di incompatibilità.

Il principale nodo problematico della disciplina dell'anticorruzione⁽¹⁾ è costituito, pertanto, dall'ambiguità di fondo che caratterizza i connotati dei soggetti in conflitto di interessi, essenzialmente, perché non sussiste un *numerus clausus* di figure istituzionali che possano trovarsi in situazioni di incompatibilità.

Di conseguenza, l'individuazione della situazione di conflitto di interessi riposa, sul piano del diritto sostanziale, nella discrezionalità amministrativa dell'organo dotato di potere decisionale, che di volta in volta è chiamato ad operare la scelta amministrativa e, sul piano del diritto processuale, nella discrezionalità dell'autorità giudicante, che di volta in volta è chiamata a decidere il caso concreto.

Ulteriore criticità della disciplina in parola è costituita dalla circostanza che la soglia della riprovevolezza sociale della situazione di incompatibilità non si arresta al conflitto di interessi conclamato, ma arretra fino al conflitto di interessi meramente potenziale, in linea con l'intento del legislatore di eliminare in radice non solo la formazione di situazioni che possono generare corruzione, ma la semplice possibilità di formazione delle stesse.

I fatti di causa

Un'azienda sanitaria pubblica indicava una procedura aperta telematica per l'affidamento delle attività di laboratorio dei centri diurni del dipartimento di salute mentale, per la sottoscrizione di un contratto della durata di 36 mesi, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Una cooperativa sociale, costituita da alcuni dipendenti dell'azienda sanitaria, partecipava alla gara, presentando la propria offerta.

I dipendenti membri della cooperativa non davano neppure comunicazione alla Stazione appaltante della possibile sussistenza di un conflitto di interessi.

La Stazione appaltante, esaminata la domanda, escludeva la cooperativa sociale dalla gara, ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. b), D.Lgs. n. 50 del 2016, in quanto il legale rappresentante e un consigliere della stessa erano dipendenti in servizio dell'azienda sanitaria che aveva indetto la gara.

La Stazione appaltante, infatti, riteneva che entrambi si trovassero in una situazione di incompatibilità e conflitto di interessi ai sensi dell'art. 53 del D.Lgs. n. 165 del 2001 e dell'art. 2, lett. G e dell'art. 5 lett. e) del Regolamento aziendale relativo agli incarichi istituzionali.

L'anticorruzione come principio generale

In seguito alla necessità crescente di arginare il fenomeno della corruzione all'interno delle Pubbliche Amministrazioni, l'Italia ha dato attuazione, con la L. 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anticorruzione), all'art. 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della L. 3 agosto 2009, n. 116, e agli artt. 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della L. 28 giugno 2012, n. 110.

Per tale ragione, la L. n. 190/2012 può essere considerata il punto di partenza di una rinnovata concezione dell'ordinamento amministrativo nazionale, nell'ambito del quale la lotta efficace alla corruzione assume un aspetto volto ad impedirne la formazione in radice.

La principale innovazione, infatti, è consistita nella notevole amplificazione di istituti dalla funzione preventiva, mediante il concepimento di un sistema di tutela anticipata⁽²⁾, che ha affiancato il classico modello sanzionatorio⁽³⁾, del quale l'ordinamento nazionale è storicamente già permeato.

Del resto, la principale criticità del classico modello sanzionatorio nazionale consiste nell'avere sviluppato per anni una tutela unicamente repressiva, che di conseguenza interviene soltanto nel momento in cui il fenomeno della corruzione in senso lato si è già consumato.

La legge anticorruzione, invece, ha affermato il principio secondo il quale una lotta efficace ai fenomeni di corruzione all'interno delle amministrazioni pubbliche si svolge prima che il fenomeno della corruzione si sia consumato e non soltanto dopo, con l'applicazione di norme sanzionatorie.

Una siffatta concezione ha spostato l'ambito di individuazione della situazione di pericolo, legata ai fenomeni della corruzione, dal piano dell'azione amministrativa al piano dell'organizzazione amministrativa, sulla base della convinzione che nessuna corruzione può mai crearsi, se nessuna situazione di incompatibilità coinvolge gli organi preposti alla gestione del procedimento amministrativo.

Invero, con l'art. 1, comma 41, L. n. 190/2012, l'anticorruzione è divenuta un principio generale⁽⁴⁾ di diritto amministrativo, in quanto è stato introdotto⁽⁵⁾ l'art. 6 bis alla L. n. 241/1990, secondo il quale il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i

pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale.

L'introduzione di un siffatto principio all'interno della legge sul procedimento amministrativo ha ampliato⁽⁶⁾ la gamma dei vizi che possono interessare il provvedimento amministrativo, in quanto offre l'opportunità di far valere in giudizio motivi di illegittimità che prima non potevano essere dedotti qualora i relativi divieti non fossero stati espressamente codificati nelle varie norme speciali che regolano i diversi procedimenti.

L'introduzione del principio generale del conflitto di interessi, tuttavia, se da un lato offre al cittadino maggiori garanzie, dall'altro è destinata a creare maggiore ambiguità nell'individuazione della situazione di incompatibilità nel caso concreto, con conseguente attenuazione della possibilità di svolgere un'attendibile analisi prognostica sugli esiti di un eventuale giudizio.

In altri termini, la espressa indicazione legislativa delle cariche amministrative che generano una situazione di incompatibilità consente al cittadino di individuare con facilità la situazione di conflitto di interessi e farla valere in giudizio con una analisi prognostica sugli esiti ragionevolmente affidabile.

L'art. 6 *bis* della L. n. 241/1990, invece, non consente di svolgere un giudizio prognostico attendibile sugli esiti della controversia, attesa l'ambiguità dei concetti in esso contenuti.

Invero, ai fini di una corretta individuazione delle situazioni di incompatibilità di cui all'art. 6 *bis* della L. n. 241/1990, è preliminarmente necessario capire cosa si intenda per "conflitto di interessi" e cosa si intenda per "potenziale".

Il concetto di conflitto di interessi

Il legislatore dell'anticorruzione non ha espressamente codificato la nozione di conflitto di interessi, pur avendone fatto il cardine dell'intera riforma⁽⁷⁾.

L'ordinamento civilistico, tuttavia, soccorre ai fini della corretta individuazione della sua definizione giuridica, in quanto l'art. 1394 c.c., nell'ambito dell'istituto della rappresentanza, contempla l'annullamento del contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi⁽⁸⁾.

Di conseguenza, da una tale collocazione sistematica può desumersi agevolmente che una situazione di conflitto di interessi può aversi soltanto laddove un soggetto agisca nell'interesse di un altro, nella cui sfera giuridica si producono gli effetti dei negozi giuridici posti in essere dal primo ai sensi dell'art. 1388 c.c.

Un siffatto schema, dunque, si perfeziona con la presenza di due soggetti di diritto, dei quali uno agisce e l'altro assorbe gli effetti delle azioni del primo.

Tale situazione ricorre certamente nei rapporti di pubblico impiego, dove l'organo amministrativo è chiamato a svolgere delle scelte che vengono imputate all'Ente di appartenenza, in uno schema che viene definito rapporto di immedesimazione organica.

Nel rapporto di immedesimazione organica, tuttavia, a differenza della rappresentanza, non vengono imputati alla persona giuridica solo gli effetti degli atti compiuti, ma anche gli atti stessi⁽⁹⁾, che non sono in linea di principio compiuti dall'organo, ma sono compiuti dalla persona giuridica stessa⁽¹⁰⁾.

La Pubblica Amministrazione, inoltre, è retta del principio cardine dell'imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., di talché le scelte adottate dall'organo devono essere compiute con un atteggiamento di equidistanza da tutti i consociati, che si trovino a dialogare con il pubblico potere.

L'organo, pertanto, non può compiere per la persona giuridica di appartenenza degli atti che comportino benefici propri, altrimenti verrebbe meno l'osservanza del principio di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa.

La scelta operata dall'organo⁽¹¹⁾ in conflitto di interessi, dunque, può essere affetta anche da eccesso di potere per sviamento dell'azione amministrativa, in quanto, in una siffatta direzione, la finalità del perseguimento dell'interesse pubblico cede il passo al perseguimento di un interesse privato⁽¹²⁾.

Da un siffatto inquadramento sistematico, pertanto, si può desumere che il conflitto di interessi è una condizione giuridica che si verifica quando viene affidato un potere decisionale a un

soggetto che ha interessi personali in contrasto con l'imparzialità richiesta dall'esercizio di un pubblico potere⁽¹³⁾.

È infine opportuno sottolineare che l'interesse dell'organo dotato del potere di operare la scelta amministrativa non deve essere rinvenuto soltanto in una utilità materiale e, quindi, di natura patrimoniale, ma ben può essere riscontrato in soddisfazioni puramente immateriali⁽¹⁴⁾.

Del resto, la *ratio legis*, alla luce della quale l'intera disciplina dell'anticorruzione deve essere interpretata, è costituita dalla necessità di evitare la violazione del principio di imparzialità, che ben può verificarsi anche soltanto per la sussistenza di interessi immateriali.

La corretta individuazione di una situazione di conflitto di interessi, dunque, non può prescindere da un'indagine teleologica, volta a preservare l'obiettivo di evitare ogni situazione che possa minare l'imparzialità dell'azione amministrativa.

Il concetto di potenzialità

L'art. 6 *bis* della L. n. 241/1990, come introdotto dall'art. 1, comma 41, L. n. 190/2012, prevede l'obbligo di astensione dell'organo amministrativo in conflitto di interessi "anche potenziale".

Di conseguenza, nell'ambito della disciplina dell'anticorruzione, hanno rilevanza giuridica sia la situazione di conflitto di interessi conclamata, che la situazione di conflitto di interessi meramente potenziale.

Particolari difficoltà interpretative, tuttavia, reca in sé l'ambiguità dell'aggettivo "potenziale" nella qualificazione della situazione di conflitto di interessi, che impone l'obbligo di astensione dell'organo chiamato ad operare la scelta amministrativa.

In una prima direzione ermeneutica, per conflitto di interessi potenziale potrebbe intendersi la situazione in cui l'obbligo di astensione sussiste a prescindere dalla concreta formazione di una situazione di corruzione.

In una tale prospettiva, quindi, sembrerebbe che si verifichi una situazione di conflitto di interessi conclamata laddove sia stato effettivamente consumato un fenomeno di corruzione all'interno della pubblica amministrazione; mentre, si verifichi una situazione di conflitto di interessi potenziale laddove sussistano soltanto i presupposti per la consumazione di un fenomeno di corruzione, che però non è mai stato posto in essere.

La soglia di protezione dell'ordinamento, conseguentemente, non si arresta al fenomeno di corruzione consumato, ma arretra fino a far sorgere l'obbligo di astensione anche in quelle situazioni in cui un fenomeno di corruzione, pur non essendosi effettivamente verificato, potrebbe verificarsi in ragione della situazione del caso concreto, in cui l'organo ha degli interessi che confliggono con quelli dell'amministrazione di appartenenza.

Una siffatta interpretazione, tuttavia, non convince, perché l'aggettivo "potenziale" in tal modo non farebbe riferimento alla situazione di conflitto di interessi, ma farebbe riferimento al fenomeno di corruzione, che, tuttavia, la lettera della norma addirittura non menziona.

Nella direzione ermeneutica appena illustrata, inoltre, sarebbe apodittico e ricorsivo anche l'utilizzo dell'aggettivo potenziale con riferimento al conflitto di interessi, perché la definizione stessa di conflitto di interessi implica una soglia di tutela dell'ordinamento già arretrata alla possibilità del fenomeno di corruzione, con la conseguenza che non vi sarebbe alcuna differenza tra conflitto di interessi potenziale e conflitto di interessi conclamato.

Il legislatore, dunque, deve aver voluto intendere altro con l'utilizzo dell'espressione "potenziale" con riferimento alla situazione di conflitto di interessi.

In una seconda direzione ermeneutica, invero, l'aggettivo potenziale attiene alla capacità di individuare il conflitto di interessi a prescindere dalle qualità soggettive dell'organo amministrativo, ma mediante la situazione che può crearsi nel caso concreto.

In tal senso, il conflitto di interessi conclamato, generalmente, è individuabile facilmente, perché risiede nelle qualità personali stesse dell'organo.

Si consideri a titolo esemplificativo l'art. 51 c.p.c., che, nel disciplinare l'obbligo di astensione del giudice, prevede alcune situazioni di conflitto di interessi conclamato, in quanto in tal caso l'incompatibilità nella gestione dei compiti istituzionali è ravvisata nelle qualità personali dei soggetti del processo, quali il giudice, le parti e relativi difensori.

Di conseguenza, sussiste l'obbligo di astensione se il giudice stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori oppure se è tutore, curatore, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti.

A differenza di una situazione conclamata, il conflitto di interessi potenziale copre tutte quelle situazioni in cui la confusione di interessi non è individuabile mediante un apprezzamento meramente estetico della figura istituzionale di riferimento, con la conseguenza che si rinviene in situazioni del tutto atipiche, in cui emerge dalle evenienze del caso concreto.

In una situazione di conflitto di interessi potenziale, infatti, le qualità soggettive degli attori sociali non offrono elementi indicativi per l'individuazione di un caso di incompatibilità⁽¹⁵⁾.

Di conseguenza, al di là delle caratteristiche soggettive degli attori sociali, ricorre il conflitto di interessi potenziale⁽¹⁶⁾, ogni volta in cui le relazioni sociali tra l'organo amministrativo e il cittadino inquinano astrattamente l'imparzialità e l'equidistanza della P.A., in violazione del principio del buon andamento dell'azione amministrativa.

Il conflitto di interessi nel nuovo codice degli appalti pubblici

Il conflitto di interessi trova espressa codificazione anche nel nuovo codice dei contratti pubblici, che costituisce una legge speciale rispetto alla [L. n. 190/2012](#) in materia di anticorruzione.

I principi generali della disciplina del conflitto di interessi nelle procedure di appalto sono attualmente dettati dall'art. 42 del [D.Lgs. n. 50/2016](#), secondo il quale le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interessi nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici⁽¹⁷⁾.

È opportuno precisare che, a differenza della disciplina generale dettata dalla [L. n. 190/2012](#), il Codice dei contratti pubblici contiene una definizione espressamente codificata di conflitto di interessi, in quanto l'art. 42, [comma 2, D.Lgs. n. 50/2016](#) stabilisce che esso ricorre quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione.

La situazione di conflitto di interessi del personale dipendente costituisce una causa di esclusione codificata nelle disposizioni di cui all'art. 80, [comma 5, lett. d\), D.Lgs. n. 50/2016](#).

Di conseguenza, nel rispetto del principio di tassatività delle cause di esclusione, la Stazione appaltante può legittimamente escludere l'operatore economico, che versa in una situazione di conflitto di interessi.

È tuttavia necessario rilevare che la causa di esclusione in parola non è destinata ad operare in ogni caso, perché l'art. 80, [comma 5, lett. d\), D.Lgs. n. 50/2016](#) stabilisce che l'operatore economico è escluso qualora la sua partecipazione alla gara determini una situazione di conflitto di interessi non diversamente risolvibile⁽¹⁸⁾.

In tale contesto, inoltre, sebbene il conflitto di interessi sia espressamente previsto come causa di esclusione, non lo è sempre la situazione che lo può generare, che in molti casi resta indeterminata e rimessa alla sensibilità dell'organo chiamato ad operare la scelta di esclusione.

Anche se il codice dei contratti pubblici non contempla direttamente al suo interno l'indicazione di situazioni di conflitto di interessi individuabili mediante qualità personali, esso opera, ai sensi dell'art. 42, [comma 2, D.Lgs. n. 50/2016](#), un rinvio esterno alle ipotesi di obbligo di astensione previste dall'art. 7 del [d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62](#), recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a mente del quale il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti,

associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente.

L'ultimo periodo dell'art. 7 del [d.P.R. n. 62/2013](#), inoltre, prevede che il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano "gravi ragioni di convenienza", rendendo la disciplina di riferimento ricca di indeterminatezza.

La disposizione appena richiamata è evidentemente ricalcata sul disposto dell'art. 51 c.p.c., in quanto, come questo, contiene situazioni che si possono definire di conflitto di interessi conclamato, perché direttamente riconducibili a qualità personali, ed altre situazioni che si possono definire conflitto di interessi potenziale, perché individuabili solo mediante l'esame delle circostanze del caso concreto.

È tuttavia opportuno evidenziare che, al contrario delle disposizioni di cui all'art. 51, comma 2, c.p.c., le "gravi ragioni di convenienza", nella disciplina degli appalti pubblici, comportano un vero e proprio obbligo di astensione; mentre, per il giudice costituiscono semplicemente una mera facoltà⁽¹⁹⁾ non coercibile.

Le lacune generate dall'indeterminatezza delle situazioni che possono generare situazioni di conflitto di interessi non espressamente codificate devono essere colmate mediante un esame teleologico, che tenda ad indagare se effettivamente nel caso concreto l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa della Stazione appaltante siano messi in pericolo⁽²⁰⁾.

Rispetto alla disciplina generale, l'art. 42 del [D.Lgs. n. 50/2016](#) codifica espressamente la rilevanza di interessi immateriali⁽²¹⁾ dell'organo dotato del potere di operare la scelta amministrativa, laddove prevede che il conflitto di interessi ricorre quando il personale di una stazione appaltante ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o "altro interesse personale".

È interessante notare, inoltre, che la disciplina sul conflitto di interessi non si applica soltanto nel procedimento di gara e, quindi, nella fase connotata di evidenza pubblica, ma, ai sensi dell'art. 42, comma 4, [D.Lgs. n. 50/2016](#), si applica anche nella fase di esecuzione dei contratti, con la conseguenza che gli apprezzamenti giudiziali sulla ricorrenza della situazione di incompatibilità sono svolti dal giudice amministrativo fino alla sottoscrizione del contratto e dal giudice ordinario qualora dovessero insorgere durante l'esecuzione del medesimo⁽²²⁾.

Infine, la particolare attenzione che il legislatore ha riservato alla lotta contro la corruzione nell'ambito dei procedimenti di gara si evince anche dalla espressa previsione della necessità di irrogare sanzioni disciplinari a carico del personale della Stazione appaltante che viola l'obbligo di comunicare alla stessa la situazione di conflitto di interessi in cui versa e di astenersi dal partecipare alla procedura di gara.

[L'atipicità delle situazioni di conflitto di interessi](#)

Il conflitto di interessi dell'operatore economico in una gara d'appalto può essere tipico o atipico, attesa l'insussistenza di un *numerus clausus* di situazioni che comportano incompatibilità.

In caso di tipicità, il conflitto di interessi può definirsi "conclamato", in quanto la sua individuazione non necessita di alcuno sforzo ermeneutico, poiché le qualità personali dalle quali discende sono direttamente dettate dal legislatore.

In tale ipotesi, il conflitto di interessi sussiste con riferimento a: 1) rapporti di coniugio o convivenza; 2) rapporti di parentela o affinità entro il secondo grado; 3) rapporti di frequentazione abituale; 4) la pendenza di una causa o di grave inimicizia; 5) rapporti di credito o debito significativi; 6) rapporti di tutorato, curatela, rappresentanza o agenzia; 7) rapporti di amministrazione, dirigenza o gestione di associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti.

In caso di atipicità, invece, il conflitto di interessi può definirsi "potenziale", in quanto la sua individuazione necessita di uno sforzo ermeneutico, poiché le qualità personali dalle quali discende non sono direttamente dettate dal legislatore.

Le ipotesi di conflitto di interessi potenziale riguardano le situazioni in cui esistano "gravi ragioni di convenienza".

È evidente che una espressione così ampia lascia all'interprete una notevole discrezione nell'individuazione della situazione di pericolo; conseguentemente, affinché la scelta non degeneri in arbitrio, è necessario utilizzare una interpretazione finalistica che tenga in

considerazione della necessità di non violare il principio di imparzialità dell'azione amministrativa, di tal che ogni operatore economico che partecipi ad una pubblica gara sia posto sullo stesso piano di equidistanza con gli altri operatori dalla Stazione appaltante.

Per tali ragioni, ai fini dell'individuazione della situazione di incompatibilità, non rilevano soltanto interessi di natura patrimoniale, ma rilevano anche interessi di natura non patrimoniale, che possano sviare comunque l'esercizio del potere amministrativo attribuito dall'ordinamento al centro decisionale.

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) R. Cantone, *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla "riforma Madia" della pubblica amministrazione*, in *Riv. Società*, 1, 2018, 233; G. Cocco, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 2, 374; F. Siciliano, *Conflitto di interessi e arte di amministrare*, Milano, 2018; A. Cioffi, *Moralità amministrativa e conflitto di interessi*, in *Dir. amm.*, 2017, 685 ss.; F. Marone, *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 3, 743; E. Carloni, *Regolazione del lobbying e politiche anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 371, 2; M. Martone, *Rapporto di lavoro e corruzione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2016, 575, 5-6; G. Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016; F. Costantino, *Semplificazione e lotta alla corruzione nella [legge 241 del 1990](#)*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, 623; A. Lalli, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 1, 155; G.M. Racca, *Dall'autorità sui contratti pubblici all'autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015, 2-3, 345; E. D'Avino Emilia, *L'imperfetta contrattualizzazione del lavoro pubblico nel prisma della disciplina anticorruzione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2015, 2, 285; G. Iudica, *Le misure di integrità nell'affidamento di servizi pubblici*, in *Foro amm.*, 2015, 5, 1601; F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2015, 1529, 6; A. Cioffi, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 797, 4; I. Piazza, *La disciplina dell'attività amministrativa di soggetti privati tra autonomia organizzativa e garanzie degli amministrati*, in *Dir. amm.*, 2015, 541, 2-3; L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 291, 2-3; F. Saitta, *I protocolli di legalità al vaglio dei giudici europei*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2015, 1, 244; F. Peirone, *La tutela dell'integrità negli appalti pubblici e la giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 2015, 1940, 7-8; M. Savino, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 641, 2; N. Parisi - M. L. Chimenti, *Il ruolo dell'A.N.A.C. nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2015, 419, 2; M. C. Cavallaro, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. amm.*, 2015, 121, 1; A. Boscati, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale: alla ricerca della fattispecie*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2014, 525, 3-4; G. Nicosia, *"Sapere sapienziale" e gestione responsabile del capitale umano nella riforma "continua" del lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, 351, 2; L. R. Perfetti, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 53, 1; D. Bolognino, *Per una risposta corale dell'amministrazione etica al fenomeno corruttivo: compiti e responsabilità del responsabile della prevenzione e l'auspicabile task force della prevenzione ([l. n. 190/12](#))*, in *Lav. pubbl. amm.*, 5, 2013, 811; M. Clarich - B. G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, in *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. Mattarella - M. Pelissero, Torino, 2013, 60; B. G. Mattarella - M. Pelissero, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013; B. G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia. Commento alla [legge 6 novembre 2012, n. 190](#)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 123.

(2) D. Bolognino, *Per una risposta corale dell'amministrazione etica al fenomeno corruttivo: compiti e responsabilità del responsabile della prevenzione e l'auspicabile task force della*



prevenzione (*l. n. 190/12*), in *Lav. pubbl. amm.*, 2013, 5, 811; dove si legge che "con la [legge n. 190/12](#) il legislatore ha inteso dunque dare una risposta (parimenti) sistemica nella lotta alla corruzione nelle PP.AA. Tale normativa, sia pur da implementare e migliorare, rappresenta un cambio di passo nell'approccio italiano al contrasto alla corruzione, sino a questo momento prevalentemente imperniato su un sistema di carattere repressivo di natura penalistica, per passare ad un sistema che, in maniera sistematica ed 'anticipata', mira a prevenire i fenomeni di carattere corruttivo all'interno delle amministrazioni. Sicché, la [legge n. 190/12](#), affiancandosi all'impianto penalistico di cui sopra (parimenti implementato), si pone quale risposta amministrativa, improntata sulla logica della prevenzione, a tutti i fenomeni di 'cattiva amministrazione', volendo così prevenire comportamenti, sia pur non rientranti necessariamente nelle fattispecie penalistiche, ma tuttavia potenzialmente idonei a minare il buon andamento dell'amministrazione ed idonei a creare (sia pur astrattamente) possibili conflitti di interesse". Sul tema vedi anche F. Saitta, *I protocolli di legalità al vaglio dei giudici europei*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2015, 1, 244, dove l'Autore cita la giurisprudenza che evidenzia l'anticipazione di tutela introdotta dalla [Legge n. 190/2012](#).

(3) R. Cantone, *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla "riforma Madia" della pubblica amministrazione*, in *Riv. Società*, 2018, 1, 233, dove si legge che "la funzione della prevenzione, in questa filosofia, si affianca al tradizionale approccio normativo, fondato sulla sola repressione penale, che aveva connotato fino a quel momento la legislazione italiana ma che aveva mostrato oggettivi limiti e soprattutto una palese insufficienza ad affrontare da solo il complesso fenomeno della corruzione". L'Autore richiama sul punto M. Clarich - B. G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. Mattarella - M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, 60.

(4) A. Lalli, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 1, 155, dove si legge che "è da segnalare l'esplicito rilievo di valenza generale che viene per la prima volta attribuito al conflitto d'interessi nell'ambito della legge sul procedimento amministrativo. L'art. 6 bis della [L. 7 agosto 1990, n. 241](#) afferma l'obbligo per il responsabile del procedimento e per i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale, di astenersi in caso di conflitto di interessi e di segnalare ogni situazione di conflitto, anche potenziale. La disposizione, anche se inserita nel capo relativo alla figura del responsabile del procedimento, per la sua formulazione generale, si applica a tutti coloro che partecipino, anche solo nella fase istruttoria, alla elaborazione o all'adozione del provvedimento".

(5) È opportuno segnalare che alcuni autori tra i primi commentatori della riforma non attribuiscono una importanza molto elevata all'introduzione del principio nella [L. n. 241/1990](#). Vedi in tal senso B. G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia. Commento alla [legge 6 novembre 2012, n. 190](#)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, n. 2, 130, dove si legge che il comma 41 "è forse inutile ma non dannoso, in quanto pone un obbligo di astensione in presenza di conflitto di interessi, che era già presente nell'ordinamento: nel Codice di comportamento dei dipendenti pubblici e come principio generale, di cui la relativa previsione del testo unico degli enti locali è espressione. La sua enunciazione in termini generali, in un atto legislativo, può essere giustificata".

(6) Sulla portata innovativa dell'art. 6 bis della [L. n. 241/1990](#), vedi, a titolo esemplificativo, T.A.R. Abruzzo, Pescara, 19 febbraio 2015, n. 84, in *Foro amm.*, 2015, 2, 607, "in materia di incompatibilità dei membri della commissione esaminatrice, il quadro normativo è oggi in parte mutato a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 6-bis della legge sul procedimento amministrativo - recentemente introdotto dalla [L. 6 novembre 2012, n. 190](#) - che oggi impone a tutti i soggetti che a qualunque titolo intervengono nel procedimento amministrativo (formulando pareri, valutazioni tecniche e atti endoprocedimentali o adottando il provvedimento finale) di astenersi "in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale". Ne consegue che il legislatore ha coniato un canone di generale applicazione, che postula ineludibili esigenze di imparzialità, trasparenza e parità di trattamento e l'alveo applicativo di tale principio va ricondotto alle determinazioni dal contenuto discrezionale, che implicano quindi apprezzamenti



di stampo soggettivo che ben possono, anche solo in astratto, essere condizionati dal fatto che chi concorre all'adozione dell'atto versa nella vicenda un interesse personale".

(7) Sul tema vedi F. Siciliano, *Conflitto di interessi e arte di amministrare*, Milano, 2018; A. Cioffi, *Moralità amministrativa e conflitto di interessi*, in *Dir. amm.*, 2017, 685 ss.; G. Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016.

(8) A. Lalli, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 1, 155, dove si legge che "la situazione di conflitto, come premesso, postula l'esistenza di un soggetto che svolga un'attività che ha incidenza, di fatto o di diritto, sugli interessi di altri soggetti. Il diritto privato ne offre numerosi esempi. Si pensi, oltre che al rappresentante e all'amministratore di società, anche al mandatario (si v. gli artt. 1703 ss. c.c.), al tutore e al curatore (artt. 343 ss. c.c. e 424 ss. c.c.). Si tratta di situazioni nelle quali c'è un potere di determinare effetti in capo ad altri. Il codice civile non contiene una nozione di conflitto di interessi. Si limita a disciplinarne le conseguenze, prevedendo, ad esempio, l'annullabilità del negozio compiuto, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo ([art. 1394 c.c.](#) in tema di rappresentanza)".

(9) F. Caringella, *Manuale di Dir. amm.*, Roma, 2009, 572, dove si evidenzia che l'opinione di considerare il rapporto organico come un rapporto di rappresentanza, in cui "il preposto agirebbe come rappresentante dell'organo (e quindi dell'ente)", è inesatta, in quanto "la rappresentanza implica la presenza di due soggetti diversi, mentre gli organi sono parte integrante dell'ente".

(10) M. Galli, *Immedesimazione organica e rappresentanza negli enti*, in *Annali della Facoltà di Economia di Benevento*, 2005, 9, dove l'Autore studia la rappresentanza negli enti, con un'attenzione particolare rivolta agli enti pubblici, approfondendo l'istituto della rappresentanza organica. Ciò alla luce del c.d. principio di tutela dell'affidamento del terzo che contratto con una persona giuridica. Considerata la funzione della immedesimazione organica e della rappresentanza degli enti, volte entrambe anche a tutelare il terzo che abbia rapporti con la persona giuridica, e analizzata la disciplina generale di tale ultimo istituto e le regole dettate specificamente per la rappresentanza degli enti (siano essi associazioni o società per azioni), ne è emersa la identità di fondamento e di disciplina, dunque la inutilità di una duplicazione concettuale. L'immedesimazione organica aveva quale scopo in origine la necessità di sopperire alla reputata assenza di capacità di agire degli enti. In seguito servì l'esigenza di garantire il terzo da disconoscimenti dell'attività svolta dall'ente. Nonostante il nobile fine, la teoria dell'immedesimazione organica è stata utilizzata per spiegare la non imputabilità del negozio alla pubblica amministrazione qualora si fosse verificato un vizio del procedimento amministrativo. Le pronunce giurisprudenziali riguardanti il difetto del potere rappresentativo del funzionario pubblico, viceversa, considerano interrotto il nesso di immedesimazione organica, perlomeno nell'attività contrattuale. Sembra piuttosto che l'unica particolarità che si verifica allorché stipula un ente, anziché una persona fisica, è data dalla assenza di due soggetti (persone fisiche) sui quali si producono gli effetti giuridici dell'attività posta in essere. Peculiarità che necessita sì di regole particolari, ma che non importa alcuna diminuzione dell'applicazione del principio dell'affidamento. Nessun problema è prospettabile, infatti, qualora si parte dalla considerazione del rapporto giuridico quale rapporto non tra soggetti (persone fisiche), ma tra situazioni giuridiche soggettive. Ciò rende un non problema l'assenza di due soggetti (persone fisiche). Dualità di soggetti che manca pure nell'ipotesi del contratto con se stesso ([art. 1395 c.c.](#)). Negli enti, pertanto, assume un peso notevole la scelta del rappresentante, la pubblicità dei poteri attribuiti al medesimo. Di conseguenza le relative responsabilità gravano sull'ente. Dimostrazione è data dall'introduzione della responsabilità amministrativa (non penale) delle persone giuridiche: è venuto meno uno degli argomenti principali utilizzati dai sostenitori della teoria della immedesimazione organica. Reputata inutile la creazione di un nuovo istituto giuridico e nel tentativo di ricostruire il fenomeno rappresentativo degli enti, si è suggerito di aver riguardo non soltanto alla disciplina generale indicata negli artt. 1387 ss. c.c., ma anche alle disposizioni rinvenibili in altre parti del codice, e in particolare di quelle degli artt. 19, 23, comma 2, 25, comma 2, 2298, 2377, comma 3, 2383, comma 7, 2384, comma 2, 2384 bis e 2391, comma 3, c.c., sì che ne emerge una normativa volta a garantire la massima tutela del terzo.



(11) La dottrina si è interrogata anche sui profili di legittimità del provvedimento emesso da un organo in conflitto di interessi anche con riferimento ai vizi non invalidanti di cui all'art. 21 *octies* L. n. 241/1990. Vedi sul tema G. Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016, 6, dove si legge: "Ci si chiede a questo punto se nuovi percorsi legittimanti vengano ad essere introdotti con le recenti normative sulla trasparenza (D.Lgs. n. 33/2013) e sulla prevenzione della corruzione (Legge n. 190/2012). La normativa sulla trasparenza sembra legittimare il potere sotto il profilo oggettivo, dovendo la decisione e l'attività amministrativa (la programmazione ad es.), essere comprensibile, "visibile", da parte del cittadino. La normativa sulla prevenzione della corruzione sembra invece porre maggiormente l'accento sui doveri d'integrità del dipendente pubblico e quindi su profili soggettivi del potere. La legittimazione dell'amministrazione deriva dall'adempimento dei doveri d'integrità: il funzionario deve astenersi nel caso vi sia un conflitto, anche solo potenziale d'interessi, indipendentemente dal concreto pregiudizio che l'amministrazione possa ricevere. Un profilo oggettivo può essere individuato da questa normativa nel valore dell'apparenza: l'amministrazione nell'esercizio della sua attività deve "salvare le apparenze", cioè evitare che il cittadino possa ritenere, o minimamente sospettare, che non siano stati rispettati i principi d'imparzialità e di integrità nello svolgimento della funzione. L'amministrazione si legittima con una azione che garantisce una certa immagine, un certo prestigio, conquistando così la fiducia dei cittadini".

(12) È opportuno segnalare che, tra le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, lo sviamento dell'azione amministrativa è tra i più complessi da rilevare, perché bisogna provare il reale fine per cui il provvedimento è stato emesso; ma tale fine è sempre celato dietro altre motivazioni istituzionali apparenti. Il concetto è bene illustrato da V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1998, 618, che l'Autore definisce lo sviamento dell'azione amministrativa come la forma più genuina dell'eccesso di potere, in quanto "una volta dimostrato che il fine di una determinata azione amministrativa non è quello di legge, ma altro e diverso, o addirittura illecito, evidentemente il potere discrezionale, come potere in principio vincolato nel fine, si appalesa illegittimo".

(13) T.A.R. Trento, Sez. I, 6 settembre 2016, n. 327, in *Foro amm.*, 2016, 9, 2206, "Il conflitto di interessi è una situazione di contrasto o di divergenza tra interessi che o impedisce la soddisfazione di entrambi gli interessi o può far temere che uno di essi pregiudichi l'altro, indipendentemente dal fatto che questo pregiudizio concretamente si verifichi. Agire in conflitto di interessi significa agire nonostante sussista contrasto tra gli interessi che siano, anche in modi diversi, riconducibili allo stesso agente e in presenza di interessi antagonisti la legge impone sia l'obbligo di informare l'Amministrazione sia quello di astenersi. In tal senso, dispongono molteplici norme del diritto societario, il T.U. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, le norme sull'ineleggibilità e sull'incompatibilità dei titolari delle cariche pubbliche, il regime delle incompatibilità dei dipendenti pubblici disseminato in numerose disposizioni di legge, la L. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella P.A.); l'art. 323 c.p., l'art. 51 c.p.c., disposizioni tutte che prevedono misure di prevenzione e obblighi di astensione, anche assistiti da sanzioni, a carico di chi si trovi in conflitto (anche potenziale) di interessi. In particolare, è il regime dell'incompatibilità la soluzione introdotta dal legislatore per contrastare i conflitti di interessi dei dipendenti pubblici (come riconosciuto dalla Corte Costituzionale con le argomentazioni svolte nella sent. 24 luglio 2003, n. 275). Da tale disciplina, attuativa del principio di imparzialità, cui deve ispirarsi tutta l'attività dei pubblici ufficiali a norma dell'art. 97 Cost., deriva il generale obbligo per il dipendente pubblico di astenersi in presenza di un conflitto, anche solo potenziale, con un interesse proprio o di un prossimo congiunto, interesse che può anche essere non patrimoniale".

(14) È opportuno segnalare, come si dirà in seguito, che il legislatore, in materia di contratti pubblici, ha espressamente codificato la rilevanza di interessi immateriali ai fini dell'individuazione di una situazione di incompatibilità, per evitare evidentemente ambiguità interpretative (art. 42 del D.Lgs. n. 50/2016).

(15) M. Martone, *Rapporto di lavoro e corruzione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2016, 5-6, 575, dove l'Autore individua le figure in potenziale conflitto di interessi nel rapporto di lavoro pubblico,

anche con riferimento ai vari codici etici delle amministrazioni, affermando che "a titolo esemplificativo, vengono considerate situazioni in potenziale conflitto di interesse lo svolgimento di una funzione di vertice (Amministratore Delegato, Consigliere, Responsabile di Funzione) e nel contempo l'avere interessi economici con fornitori, clienti, o concorrenti (possessione di azioni, incarichi professionali ecc.) anche attraverso i familiari; oppure la cura dei rapporti con i fornitori e lo svolgimento di attività lavorativa, anche da parte di un familiare, presso fornitori; accettare denaro o favori da persone o aziende che sono o intendono entrare in rapporti di affari con la società datrice di lavoro; nonché l'utilizzo della propria posizione in azienda o delle informazioni o opportunità di affari acquisite nell'esercizio del proprio incarico, a vantaggio indebito proprio o di terzi".

(16) È opportuno segnalare che già con il parere n. 11/2015, l'Anac svolge una riflessione sul significato e sull'intensità del conflitto di interessi potenziale, richiamando anche il precedente orientamento espresso con parere n. 95 del 7 ottobre 2014, dove ha precisato che in presenza di un conflitto di interessi, anche potenziale, "l'obbligo di astensione dei pubblici dipendenti di cui all'articolo 6 bis, della Legge n. 241/1990 costituisce una regola di carattere generale che non ammette deroghe ed eccezioni". Secondo l'Autorità la qualificazione del conflitto anche solo potenziale deve indurre il dipendente pubblico ad interrogarsi, ed eventualmente a segnalare la possibile incompatibilità. In tale occasione, l'Anac puntualizza che la situazione di potenziale incompatibilità, e quindi di impossibilità a proseguire la pratica amministrativa assegnata, si verifica quando "il dipendente pubblico (responsabile unico del procedimento e titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale) è portatore di interessi della sua sfera privata, che potrebbero influenzare negativamente l'adempimento dei doveri istituzionali". Si deve trattare, pertanto, "di situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta al dipendente pubblico nell'esercizio del potere decisionale". Di conseguenza, a fronte di una situazione che potrebbe anche solo teoricamente compromettere l'imparzialità delle valutazioni, il dipendente deve immediatamente astenersi dal compimento degli atti di sua competenza.

(17) Per un inquadramento sistematico della disciplina v. C. Acocella, *Commento all'art. 42. Conflitto di interessi*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, II ed., Milano, 2017, 443 ss.

(18) Vedi in tal senso T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 4 aprile 2016, n. 485, in *Foro amm.*, 2016, 4, 962, "alle autorità aggiudicatrici non incombe un obbligo assoluto di escludere sistematicamente gli offerenti in situazione di conflitto di interessi, dato che siffatta esclusione non sarebbe giustificata nei casi in cui si potesse dimostrare che tale situazione non ha avuto alcuna incidenza sul loro comportamento nella procedura di gara, e non determina alcun rischio reale di pratiche atte a falsare la concorrenza tra gli offerenti. Viceversa, l'esclusione di un offerente in situazione di conflitto di interessi è indispensabile qualora non esista un rimedio più adeguato per evitare una qualsiasi violazione dei principi di parità di trattamento tra gli offerenti e di trasparenza. Infatti, l'Amministrazione aggiudicatrice è tenuta a vegliare sul rispetto, in ogni fase della procedura di gara d'appalto, del principio di parità di trattamento e di conseguenza della pari opportunità di tutti gli offerenti".

(19) Il principio generale in materia è molto risalente. Vedi a titolo esemplificativo Cass., Sez. I, 15 aprile 1971, n. 1061, in *Foro it.*, 1971, 94, n. 12, 3007/3008-3013/3014; "la ricusazione del giudice è possibile nei casi in cui è fatto obbligo al giudice di astenersi, mentre non è proponibile nei casi in cui il giudice, in presenza di gravi ragioni di convenienza, può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi"; nello stesso senso vedi anche Cass., Sez. I, 20 febbraio 1998, n. 1842, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 393, "L'autorizzazione ad astenersi, prevista dal comma 2 dell'art. 51 c.c. deve essere richiesta, dal giudice, al capo dell'ufficio, nell'ipotesi di astensione per "gravi ragioni di convenienza", con implicita esclusione dell'ipotesi di astensione obbligatoria prevista nei casi elencati dal comma 1 dello stesso articolo. Quanto poi all'onere di comunicare l'astensione, esso deve essere osservato solo nelle ipotesi in cui alla designazione di altro giudice debba provvedere il capo dell'ufficio, e non - pertanto - nell'ipotesi in cui ad astenersi sia lo stesso giudice avente il potere di provvedere alla designazione". Connotato di notevole apertura è l'orientamento espresso da Cass., SS.UU., 13 novembre 2012, n. 19704, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 11, 1294; "L'obbligo di astensione, rilevante in sede disciplinare a



norma dell'art. 2, comma 1, lett. c, D.Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, non è limitato alle sole ipotesi previste dall'art. 51, comma 1, c.p.c. e dagli art. 36 e 37 c.p.p., ma è configurabile in tutti i casi nei quali sia ravvisabile un interesse proprio del magistrato o di un suo prossimo congiunto, poiché l'art. 323 c.p. fonda un dovere generale di astenersi, ove sussista un conflitto, anche solo potenziale, di interessi, che possono essere anche non patrimoniali, in quanto la previsione costituisce modalità di attuazione del principio di imparzialità, cui deve ispirarsi tutta l'attività dei pubblici ufficiali a norma dell'art. 97 Cost., ed il richiamo della disposizione ai requisiti della patrimonialità e dell'ingiustizia del danno attiene non all'interesse, ma all'evento del reato. Ne consegue che, con riferimento al giudice civile, la facoltà di astenersi per gravi ragioni di convenienza deve ritenersi abrogata per incompatibilità e sostituita dal corrispondente obbligo, in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, tanto più che la diversa soluzione esporrebbe la norma di cui all'art. 51, comma 2, c.p.c. al dubbio di costituzionalità, per disparità di trattamento rispetto al giudice penale, su cui incombe l'obbligo di astenersi ai sensi dell'art. 36, comma 1, lett. h, c.p.p., e a tutti i dipendenti della P.A., gravati di identico dovere per effetto dell'art. 6 d.m. 28 novembre 2000, emanato dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri". Vedi per la magistratura penale Cass., SS.UU., 5 dicembre 2012, n. 21853, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 12, 1381; *Giust. civ.*, 2013, 3-4, I, 599; "Il magistrato del p.m. ha l'obbligo disciplinare di astenersi ogni qual volta la sua attività possa risultare infirmata da un interesse personale o familiare, giacché l'art. 52 c.p.p., che ne prevede la facoltà di astensione per gravi ragioni di convenienza, va interpretato alla luce dell'art. 323 c.p., ove la ricorrenza di 'un interesse proprio o di un prossimo congiunto' è posta a base del dovere generale di astensione, in coerenza col principio d'imparzialità dei pubblici ufficiali ex art. 97 Cost., occorrendo, altresì, equiparare il trattamento del magistrato del p.m. - il cui statuto costituzionale partecipa dell'indipendenza del giudice - al trattamento del giudice penale, obbligato ad astenersi per gravi ragioni di convenienza ai sensi dell'art. 36 c.p.p. (Nella specie, la Corte ha respinto il ricorso di un magistrato del p.m. avverso la sanzione disciplinare inflittagli per non essersi astenuto dal condurre le indagini preliminari nei confronti dei membri della giunta regionale, sebbene cointeressato a una struttura sanitaria convenzionata con la regione, appartenente alla sua famiglia e diretta dal proprio coniuge, quest'ultimo, inoltre, candidato al posto di direttore generale di una Asl)". Degna di nota sui sospetti di illegittimità costituzionale è infine Cass. pen., Sez. III, 10 febbraio 2016, n. 10120, in *CED Cassazione penale*, 2016, "è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 36, comma primo, lett. d) e 37 cod. proc. pen., in relazione agli artt. 111, 54, secondo comma, 117 Cost. e 6 CEDU, nella parte in cui non prevedono uno specifico obbligo di astensione e la facoltà di ricsuazione del giudice che abbia presentato querela nei confronti dell'indagato per fatti diversi da quelli oggetto del procedimento. (In motivazione, la Corte ha precisato, che, tale circostanza non può assumere portata generale ma, impregiudicata la facoltà del giudice di astenersi per 'gravi ragioni di convenienza', può in concreto integrare l'ipotesi di 'inimicizia grave', quando, ad esito di un rigoroso scrutinio, si possa ritenere che la presentazione della denuncia o querela abbia tratto origine da esperienze di vita e rapporti interpersonali che esulano dalla sfera strettamente professionale)".

(20) Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415, in *Foro Amministrativo*, 2017, 7-08, 1555, che conferma T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 9 gennaio 2017, n. 21, "Al di là delle singole disposizioni normative ogni Pubblica amministrazione deve conformare la propria immagine, prima ancora che la propria azione, al principio generale di imparzialità e di trasparenza ex art. 97 Cost., atteso che le regole sull'incompatibilità, oltre ad assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa, sono rivolte ad assicurare il prestigio della Pubblica amministrazione ponendola al di sopra di ogni sospetto, indipendentemente dal fatto che la situazione incompatibile abbia in concreto creato o non un risultato illegittimo. Le situazioni di conflitto di interessi, nell'ambito dell'ordinamento pubblicistico, non sono tassative, ma possono essere rinvenute volta per volta, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., quando esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite". Con riferimento agli incarichi di progettazione di opere pubbliche ex art. 24 D.Lgs. n. 50/2016, v. Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853, in *www.giustizia-amministrativa.it*; dove si legge "Quanto all'interesse rilevante per l'insorgenza del conflitto, la norma, come rileva l'appellante, va intesa come operante

indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare, a salvaguardia della genuinità della gara da assicurare (non solo mediante gli obblighi di astensione espressamente previsti dal terzo comma, ma anche) attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415)".

(21) L'esercizio di un pubblico potere al fine di conseguire un interesse privato di natura non patrimoniale è stato spesso, anche in passato, oggetto di attenzione della codificazione penale, come per il reato di "abuso di ufficio" di cui [all'art. 323 c.p.](#), nelle pregresse formulazioni, e quello di "interesse privato in atti di ufficio" di cui [all'art. 324 c.p.](#), ormai abrogato. Vedi in tal senso Cass. pen., Sez. VI, 19 ottobre 1982, in *Giust. pen.*, 1983, II, 646 (s.m), "in tema di interesse privato in atti di ufficio, l'espressione 'interesse' non è sinonimo di 'lucro' o di 'utilità', ma si riferisce anche all'interesse non patrimoniale e quindi affettivo"; Cass. pen., Sez. VI, 16 febbraio 1996, n. 5507, in *Giust. pen.*, 1997, II, 297 (s.m), "nel reato di abuso in atti di ufficio come modificato dalla [L. 26 aprile 1990, n. 86](#), possono ritenersi confluite le originarie figure di peculato per distrazione, interesse privato e abuso innominato ed il reato è punito a titolo di dolo specifico, sicché alla cosciente e volontaria condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio di "abusare" del suo ufficio, deve accompagnarsi la cosiddetta 'finalizzazione' della condotta stessa, integrante appunto la specificità del dolo, consistente nella necessità che il fatto sia posto in essere "al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale (comma 2) o non patrimoniale (comma 1)"; Cass. pen., Sez. VI, 27 giugno 1990, in *Cass. pen.*, 1991, I, 1226; *Giust. pen.*, 1991, II, 407, "l'abrogata fattispecie criminosa di cui [all'art. 324 c.p.](#) - che si distingueva dall'abuso innominato ex [art. 323 c.p.](#) per il fatto che lo sfruttamento dell'ufficio era, nell'una, in funzione di un tornaconto personale, nell'altro, finalizzato al vantaggio e nel danno del terzo - appare assorbita, qualora quel tornaconto abbia carattere di ingiustizia, di per sé o per i modi delle sue realizzazioni, nella nuova formulazione (exart. 13, [L. n. 86 del 1990](#)) dell'[art. 323 c.p.](#), nel quale sono ipotizzate due figure di abuso di ufficio, finalizzato ad ingiusto vantaggio patrimoniale nella più grave (comma 2), o di ingiusto vantaggio non patrimoniale (oltre che al danno del terzo) nella meno grave (comma 1). Pertanto, quando in precedenza sia stato contestato il reato ex [art. 324 c.p.](#) connotato da un abuso tradottosi nella strumentalizzazione dell'ufficio in funzione di un vantaggio ingiusto economicamente rilevante, il fatto, dopo l'abrogazione della norma sopra indicata, viene a corrispondere nei suoi elementi essenziali alla previsione di cui [all'art. 323, comma 2, c.p.](#) (secondo la modifica ex art. 13 legge sopra indicata)"; Cass. pen., Sez. VI, 28 settembre 1984, n. 178, in *CED Cassazione penale*, 1985, "i reati di abuso innominato di atti di ufficio, e di interesse privato in atti di ufficio possono essere realizzati anche mediante l'adozione di provvedimenti amministrativi viziati da illegittimità. In tale ipotesi l'elemento che discrimina le due fattispecie risiede nella finalità, perseguita dall'autore dell'atto, che nel delitto di abuso d'ufficio consiste nel recar vantaggio o danni a terzi, e nel delitto di interesse privato nel soddisfare un interesse proprio del pubblico ufficiale. Tale interesse può anche essere di natura non patrimoniale ed il reato si realizza pure nel caso in cui il risultato vantaggioso, perseguito attraverso il provvedimento, incida direttamente nella sfera di un terzo destinatario di esso, allorché l'agente faccia in qualche modo propria, personalizzandola in se medesimo, quella prospettiva di vantaggio".

(22) Nelle ipotesi di conflitto di interessi sopravvenuto, suscita particolare interesse la qualificazione della situazione giuridica che colpisce i contratti ad esecuzione continuata, situazione che, attesa la sopravvenienza della causa di incompatibilità, non può certamente incidere sulla validità del negozio. La soluzione più ragionevole, tuttavia, induce a ritenere che l'intervenuta incompatibilità soggettiva dell'organo amministrativo non comporti alcuna conseguenza sul contratto di appalto, ma rilevi semplicemente ai fini dell'obbligo di astensione dell'organo medesimo. Problemi ermeneutici, invece, si hanno nell'ipotesi in cui l'incompatibilità sopravvenuta colpisca la Stazione appaltante stessa (come nell'ipotesi della sentenza in commento), dove la soluzione dovrebbe ravvisarsi in istituti giuridici che determinino la cessazione degli effetti di un contratto comunque originariamente valido, come la risoluzione, qualora il conflitto di interessi non sia altr

LA DEROGA ALL'OBLIGO DI RICORSO ALLE "CONVENZIONI CONSIP"

La sentenza in commento affronta il tema della possibilità per le pubbliche amministrazioni di indire autonome procedure per l'approvvigionamento di beni e servizi, in deroga al "generale" obbligo di avvalersi delle cc.dd. "Convenzioni Consip", ossia le convenzioni - sottoscritte da Consip o dalle centrali di committenza regionali - di cui all'art. 26, comma 3, L. 23 dicembre 1999, n. 488. Il Consiglio di Stato, in linea con la precedente giurisprudenza ed in coerenza con i principi di buon andamento, efficienza ed economicità, ha affermato che la deroga all'obbligo in questione è consentita quando ciò permetta alle pubbliche amministrazioni di ottenere una fornitura o un servizio a condizioni economiche più favorevoli rispetto alle Convenzioni Consip.

Sommario: [L'oggetto del giudizio](#) - [Il quadro normativo di riferimento](#) - [Ambito soggettivo di applicazione](#) - [Obbligo o facoltà di adesione](#) - [Inesistenza di idonea Convenzione Consip](#) - [Possibilità di ottenere condizioni economiche più favorevoli](#) - [Considerazioni conclusive](#)

[L'oggetto del giudizio](#)

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato si è espresso sull'obbligatorietà del ricorso alle cc.dd. "Convenzioni Consip" - qui da intendersi genericamente come le convenzioni sottoscritte non solo da Consip, ma anche dalle centrali di committenza regionali -, di cui all'art. 26, comma 3, L. 23 dicembre 1999, n. 488, precisando che, fermo l'obbligo, in via generale, di aderire alle convenzioni in questione - al fine di razionalizzare i processi di approvvigionamento di beni e servizi pubblici e contenere la spesa pubblica -, permane la facoltà per le pubbliche amministrazioni di attivare propri strumenti di scelta del contraente, laddove tale opzione sia orientata a conseguire condizioni economiche più convenienti rispetto a quelle previste dalle Convenzioni Consip.

Nel caso specifico, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto corretta la condotta del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo ("MIBACT") il quale, ai fini dell'approvvigionamento dei servizi relativi alla gestione integrata alla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, anziché rivolgersi al RTI aggiudicatario della procedura indetta da Consip per l'affidamento di una convenzione avente ad oggetto i servizi in questione, ha deciso, dopo una proroga dell'affidamento al gestore uscente, di indire un'apposita procedura di evidenza pubblica.

Il Consiglio di Stato - in linea con la precedente giurisprudenza - ha rilevato che la scelta operata dal MIBACT è stata quella maggiormente aderente al quadro normativo in materia di razionalizzazione degli acquisti da parte delle PP.AA. In tal modo, il Consiglio di Stato ha riaffermato il principio secondo il quale l'obbligo generale di ricorso alle Convenzioni Consip può essere derogato, ove ciò consenta il rispetto dei principi di buon andamento, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

Poiché la regolamentazione della razionalizzazione degli acquisti della P.A. è il frutto di molteplici interventi legislativi succedutisi negli anni, è utile una breve ricostruzione del quadro normativo nel quale la sentenza in commento è intervenuta⁽¹⁾.

[Il quadro normativo di riferimento](#)

Come si evince dalla sentenza in esame, la possibilità di deroga all'obbligo generale di utilizzo delle Convenzioni Consip si ricava dalla lettura combinata dell'art. 26 della L. 23 dicembre 1999, n. 488, *"Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2000)"* e dell'art. 1, comma 1, D.L. 6 luglio 2012, n. 95, *"Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario"*, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 135.

Il Legislatore ha infatti introdotto lo strumento delle Convenzioni Consip al fine di razionalizzare i processi di approvvigionamento di beni e servizi delle pubbliche amministrazioni e conseguentemente di contenere la spesa pubblica con la Finanziaria 2000. In particolare, l'art. 26 (*"Acquisto di beni e servizi"*) di tale legge (nella versione attualmente vigente, a seguito di una serie di interventi normativi effettuati nel corso degli anni, a partire dal 2001) stabilisce che, all'esito di "procedure competitive tra primarie società nazionali ed estere", vengano stipulate



"convenzioni con le quali l'impresa prescelta si impegna ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura di beni e servizi deliberati dalle amministrazioni dello Stato" (comma 1).

Il successivo comma 3 dello stesso art. 26 prevede che le pubbliche amministrazioni possono ricorrere alle convenzioni in questione, "ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l'acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse, anche utilizzando procedure telematiche per l'acquisizione di beni e servizi" e che la stipula di un contratto in violazione delle previsioni di cui allo stesso comma 3 "è causa di responsabilità amministrativa".

Il comma 3 *bis* dell'art. 26 in argomento prevede poi che "i provvedimenti con cui le amministrazioni pubbliche deliberano di procedere in modo autonomo a singoli acquisti di beni e servizi sono trasmessi alle strutture e agli uffici preposti al controllo di gestione, per l'esercizio delle funzioni di sorveglianza e di controllo [...]".

È importante sottolineare come tale norma del 1999 consenta alle pubbliche amministrazioni, oltre che di far ricorso alle Convenzioni Consip, anche di utilizzare distinte procedure telematiche per l'acquisto di beni e servizi, servendosi dei parametri di prezzo-qualità delle Convenzioni Consip come limiti massimi; occorre tuttavia considerare che anche tali procedure hanno un costo (in termini sia economici, sia temporali) di cui occorre tener conto per valutare se effettivamente sia conveniente seguire un iter alternativo a quello delle Convenzioni Consip già disponibili.

L'art. 1, comma 1, D.L. n. 95 del 2012, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 135, stabilisce invece che "i contratti stipulati in violazione dell'art. 26, comma 3, L. 23 dicembre 1999, n. 488 ed i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.a. sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa". Dunque, la mancata adesione alle Convenzioni Consip non solo può essere causa di responsabilità amministrativa (come già stabilito dall'art. 26 citato), ma anche di illecito disciplinare; inoltre, i contratti sottoscritti in violazione della normativa in materia di approvvigionamento tramite le Convenzioni Consip sono (addirittura) nulli. L'art. 1 del D.L. n. 95 del 2012 prevede tuttavia una serie di casi in cui è possibile una deroga all'obbligo "generale" di adesione alle Convenzioni Consip; la rigorosa disposizione in questione, infatti, "non si applica alle Amministrazioni dello Stato quando il contratto sia stato stipulato ad un prezzo più basso di quello derivante dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.a., ed a condizione che tra l'amministrazione interessata e l'impresa non siano insorte contestazioni sulla esecuzione di eventuali contrattistipulati in precedenza", come stabilito al quarto periodo del medesimo art. 1, comma 1.

Il successivo comma 3 stabilisce che "le amministrazioni pubbliche obbligate sulla base di specifica normativa ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni di cui all'art. 26 della L. 23 dicembre 1999, n. 488 stipulate da Consip S.p.a. o dalle centrali di committenza regionali [...] possono procedere, qualora la convenzione non sia ancora disponibile e in caso di motivata urgenza, allo svolgimento di autonome procedure di acquisto dirette alla stipula di contratti aventi durata e misura strettamente necessaria e sottoposti a condizione risolutiva nel caso di disponibilità della detta convenzione".

Oltre alle due norme sopra indicate e puntualmente richiamate nella sentenza in commento, altra disposizione di rilievo per delineare il quadro normativo in materia di razionalizzazione dei processi di approvvigionamento di beni e servizi da parte delle PP.AA. è quella contenuta nella L. 23 dicembre 2000, n. 388, "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001)", all'art. 58 ("Consumi intermedi"), ove è previsto che le convenzioni di cui al sopra riportato art. 26 della Finanziaria 2000 "sono stipulate dalla Concessionaria servizi informatici pubblici (CONSIP) Spa". È infatti con tale previsione che Consip è diventata il cardine del sistema di razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi da parte delle PP.AA.

Si segnala, inoltre, l'art. 1, comma 449, L. 27 dicembre 2006, n. 296, "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)", in base al quale "nel rispetto del sistema delle convenzioni di cui agli artt. 26 della l. n. 488/1999, e

successive modificazioni, e 58 della [L. n. 388/2000](#), tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative e le istituzioni universitarie, sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro. Le restanti amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del [D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165](#), e successive modificazioni, possono ricorrere alle convenzioni di cui al presente comma e al comma 456 del medesimo articolo, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti. Gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni quadro stipulate da Consip s.p.a.". Quindi anche nella legge finanziaria 2007 è prevista la possibilità di utilizzare i parametri delle Convenzioni Consip come limite massimo per la sottoscrizione di un autonomo contratto, fermo restando, ovviamente, il rispetto anche in tal caso dei principi che regolano le procedure ad evidenza pubblica.

Di particolare rilievo ai fini della presente analisi è anche l'art. 11, comma 6, [D.L. 6 luglio 2011, n. 98](#), "*Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*", convertito con modificazioni dalla [L. 15 luglio 2011, n. 111](#), in base al quale "ove non si ricorra alle convenzioni di cui all'art. 1, comma 449, [L. 27 dicembre 2006, n. 296](#), gli atti e i contratti posti in essere in violazione delle disposizioni sui parametri contenute nell'articolo 26, comma 3, della [legge 23 dicembre 1999, n. 488](#) sono nulli e costituiscono illecito disciplinare e determinano responsabilità erariale". Anche in tale norma si ribadiscono le gravissime conseguenze (nullità del contratto, illecito disciplinare, responsabilità erariale) che derivano dalla violazione della normativa in materia di acquisti mediante Convenzioni Consip.

Per delineare la cornice normativa in tema di razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi pubblici, si rammenta, infine, la [L. 28 dicembre 2015, n. 208](#), "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)*", che all'art. 1, comma 510, stabilisce che "Le amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni di cui all'articolo 26 della [legge 23 dicembre 1999, n. 488](#), stipulate da Consip SpA, ovvero dalle centrali di committenza regionali, possono procedere ad acquisti autonomi esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione specificamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei conti, qualora il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali". In tale norma è quindi consentita la deroga all'obbligo di ricorso alle Convenzioni Consip solo nel caso in cui esse comprendano beni o servizi che non abbiano le caratteristiche essenziali per soddisfare lo specifico fabbisogno della P.A.

Il successivo comma 512 fissa l'obbligo, per "le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1 della [legge 31 dicembre 2009, n. 196](#)", di provvedere agli acquisti di beni e servizi informatici e di connettività "esclusivamente tramite gli strumenti di acquisto e di negoziazione di Consip Spa o dei soggetti aggregatori, ivi comprese le centrali di committenza regionali, per i beni e i servizi disponibili presso gli stessi soggetti".

Infine, il comma 517 della stessa norma stabilisce (ancora una volta) che la violazione dell'obbligo di ricorso alle Convenzioni Consip "rileva ai fini della responsabilità disciplinare e per danno erariale"⁽²⁾.

Ambito soggettivo di applicazione

Il quadro normativo sopra delineato è volto, nel suo complesso, a garantire il contenimento della spesa pubblica ed attesta un *favor* crescente per l'adesione alle Convenzioni Consip, quale strumento per realizzare risparmi di spesa e rapidità ed efficienza dell'approvvigionamento di beni e servizi per le pubbliche amministrazioni.

In particolare, Consip (così come le centrali di committenza regionali), attraverso le convenzioni per determinate categorie di servizi e forniture, crea un mercato di soggetti "già scelti" con procedure ad evidenza pubblica, a cui le PP.AA., possono celermente attingere, senza dover esperire *ex novo* onerose gare.

L'ambito soggettivo delle Convenzioni Consip si è via via esteso, ricomprendendo le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, [D.Lgs. n. 165 del 2001](#)⁽³⁾ e poi anche gli enti inseriti

nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione come individuati dall'ISTAT, quindi anche gli organismi di diritto pubblico e le società pubbliche. Ciò è avvenuto in base a numerose leggi, non sempre tra loro coordinate, che si sono succedute nel corso del tempo, creando un quadro normativo intricato.

L'amplessissima portata soggettiva della normativa qui in esame risulta evidente anche dalla "Tabella obblighi-facoltà per gli acquisti di beni e servizi", pubblicata sul proprio sito da Consip, che in tal modo intende agevolare l'individuazione della disciplina di volta in volta applicabile in relazione alla specifica esigenza da soddisfare, sulla base della categoria merceologica del bene o del servizio da acquistare, del relativo valore e della tipologia di soggetto pubblico che deve procedere all'acquisto⁽⁴⁾.

Pur se nell'ambito di una cornice normativa così complessa ed articolata, quale quella sopra delineata, le Convenzioni Consip sono uno strumento che "funziona" ed il cui utilizzo, infatti, negli ultimi anni ha avuto un notevole incremento; basti considerare che nel solo primo semestre del 2018 i contratti conclusi in base alle convenzioni stipulate da Consip sono stati 35.142⁽⁵⁾.

Obbligo o facoltà di adesione

Tutti i soggetti pubblici sopramenzionati (che per comodità espositiva qui sono indicati genericamente come pubbliche amministrazioni) sono tenuti - nei limiti puntualmente indicati nella citata "Tabella obblighi-facoltà" - ad aderire alle Convenzioni Consip, senza dover motivare tale adesione, dato che, in base al quadro normativo sopra delineato, vi è una presunzione *ex lege* della convenienza (e perciò correttezza) di tale adesione. Ciò deriva dalla circostanza che Consip ha già espletato una procedura di evidenza pubblica centralizzata, volta a conseguire le migliori condizioni, economiche e tecniche, ottenibili sul mercato: il rispetto dei principi comunitari, così assicurato, esonera la P.A. che intenda aderire alle Convenzioni Consip dal motivare sull'interesse pubblico sotteso a tale adesione. Vi sono altresì vantaggi indiretti, non meno rilevanti, pure rilevati dal Consiglio di Stato, quali il "risparmio" di attività amministrativa - e dei relativi oneri finanziari - per lo svolgimento di singole procedure di acquisto e per la cura del potenziale contenzioso⁽⁶⁾.

Le PP.AA., tuttavia, possono anche decidere di non aderire alle Convenzioni Consip. In tal caso dovranno dare puntuale motivazione di tale decisione, dando evidenza della sussistenza di una delle seguenti due condizioni: (i) inesistenza di una Convenzione Consip avente ad oggetto lo specifico bene o servizio di cui la P.A. si deve approvvigionare; (ii) possibilità di ottenere condizioni economiche più favorevoli rispetto alle Convenzioni Consip.

Inesistenza di idonea Convenzione Consip

Nell'ipotesi in cui l'offerta Consip dovesse risultare incompleta, ossia nell'ipotesi in cui "il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali" (art. 28 della legge di stabilità 2016), le Convenzioni Consip possono non essere utilizzate. Infatti, ipotizzando un utilizzo "inderogabile" di una Convenzione Consip "non idonea", la pubblica amministrazione dovrebbe procedere ad un ulteriore affidamento delle prestazioni non comprese nella convenzione "inidonea", con una dispendiosa duplicazione dei procedimenti e dei relativi oneri ed un rallentamento dell'azione amministrativa; in tal modo, si andrebbe in direzione opposta rispetto alle finalità perseguite con le Convenzioni Consip, in quanto procedendo ad un affidamento "ad ogni costo", anche in presenza di una convenzione "inidonea", il risultato paradossale sarebbe l'aggravio degli oneri di cui dovrebbe farsi carico la pubblica amministrazione⁽⁷⁾.

In altri termini, nell'ipotesi in cui l'offerta di Consip non comprenda un bene che soddisfi pienamente i bisogni della pubblica amministrazione, è corretta la deroga all'obbligo di ricorso delle Convenzioni Consip, in quanto un loro utilizzo risulterebbe in ultima analisi foriero di una soluzione inefficiente e svantaggiosa economicamente.

Il ricorso alle Convenzioni Consip deve infatti sempre garantire alla P.A. un risultato conveniente, ed è per tale ragione che, malgrado il *favor* legislativo per le Convenzioni Consip, esse non devono sempre e necessariamente essere utilizzate, in coerenza con i principi di buon andamento, efficienza ed economicità, che sempre devono informare l'azione amministrativa.

Possibilità di ottenere condizioni economiche più favorevoli

Ove le pubbliche amministrazioni possano ottenere condizioni economiche più favorevoli rispetto alle Convenzioni Consip, possono anche non farvi ricorso.

È questo il caso oggetto della sentenza del Consiglio di Stato qui in esame, che - come sopra detto - trova i suoi "presidi normativi" nell'art. 26, comma 3, L. n. 488 del 1999 e nell'art. 1, comma 1, D.L. n. 95 del 2012.

In coerenza con la *ratio* sottesa alle Convenzioni Consip, tali norme sono tuttora valide ed efficaci, in quanto non abrogate (né espressamente, né tacitamente) dalla successiva legge stabilità 2016, pur se tale legge - come detto - prevede come unica deroga all'obbligo generalizzato di ricorso alle Convenzioni Consip il caso dell'inidoneità dei relativi beni o servizi al soddisfacimento delle specifiche esigenze della Pubblica Amministrazione⁽⁸⁾.

I giudici di Palazzo Spada hanno perciò accolto la tesi del MIBACT precisando che "fermo il carattere di principio del dovere di cui al richiamato articolo 26 (comma 3 della [legge 488/99](#)), nondimeno permane la facoltà per le amministrazioni (ivi comprese le amministrazioni statali centrali e periferiche) di attivare in concreto propri strumenti di negoziazione laddove tale opzione sia orientata a conseguire condizioni economiche più favorevoli rispetto a quelle fissate all'esito delle convenzioni-quadro".

La decisione ha altresì evidenziato che la disposizione che sancisce la nullità del contratto stipulato in violazione del richiamato art. 26 non si applica alle PP.AA., quando il contratto sia stato stipulato ad un prezzo più basso di quello derivante dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione dalla Consip ed a condizione che tra l'amministrazione interessata e l'impresa non siano insorte contestazioni sulla esecuzione di eventuali contratti stipulati in precedenza⁽⁹⁾.

La normativa in materia di acquisti delle PP.AA., dunque, consente il ricorso a procedure alternative alle Convenzioni Consip, quando da ciò possa derivare una convenienza maggiore rispetto a quella che si otterrebbe con l'utilizzo di tali convenzioni⁽¹⁰⁾.

In particolare, dalla lettura combinata dell'art. 26 della Finanziaria 2000 e dell'art. 1 del [D.L. n. 95 del 2012](#), il Consiglio di Stato, con la sentenza qui in esame, descrive un quadro normativo che, al fine di razionalizzare gli acquisti delle PP.AA.:

- "- demanda alla Consip il cruciale compito di rinvenire, in sede di centralizzazione, le migliori possibili condizioni di offerta da porre a disposizione delle amministrazioni;
- consente (ma in via eccezionale e motivata) alle amministrazioni di procedere in modo autonomo, a condizione che possano dimostrare di aver ricercato e conseguito condizioni migliorative rispetto a quelle contenute nelle convenzioni-quadro;
- responsabilizza le amministrazioni che intendano procedere in modo autonomo fissando taluni vincoli *ex ante* (insuperabilità delle condizioni trasfuse nelle convenzioni quadro) e talune serie conseguenze *ex post* (nullità degli atti realizzati in violazione e responsabilità in capo ai funzionari che abbiano agito in violazione di legge e con ingiustificato dispendio di risorse pubbliche)".

Pertanto, il ricorso alle Convenzioni Consip (in tal modo evitando una "nuova" gara, con un conseguente risparmio, sia in termini economici, sia in termini temporali) non è sempre la soluzione ottimale, che infatti può essere raggiunta anche utilizzando una procedura di affidamento diversa; la mancata adesione alle Convenzioni Consip deve però essere adeguatamente motivata.

Considerazioni conclusive

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha condotto una puntuale operazione ermeneutica, volta a chiarire quando è possibile la deroga all'obbligo di utilizzare le Convenzioni Consip, attraverso il ricorso a strumenti negoziali alternativi, che consentano risparmi di spesa. Ciò risulta coerente: i) con l'attuazione dei principi di buon andamento, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, laddove tali principi implicano la realizzazione degli obiettivi della P.A. attraverso il migliore (e possibilmente minore) impiego di risorse economiche; ii) con la *ratio* delle diverse norme sopra indicate, volte a razionalizzare e ridurre la spesa pubblica; iii) con l'espressione più "compiuta" del concetto di discrezionalità amministrativa, che va intesa come attuazione ragionata delle opzioni normative attraverso il bilanciamento degli interessi coinvolti, dando priorità agli interessi ritenuti prevalenti.

Ad ogni modo, ferma restando l'utilità delle indicazioni fornite dal Consiglio di Stato con la sentenza in rassegna, sarebbe sicuramente auspicabile un intervento legislativo volto a ricomporre e riordinare le disposizioni in materia di Convenzioni Consip, visto che il vigente e

variegato quadro normativo è il risultato di una serie di interventi succedutisi negli anni, secondo logiche che non sempre appaiono chiare e tra loro coordinate.

(1) Un elemento meritevole di segnalazione - seppur non attinente alla tematica dell'obbligo di ricorso alle convenzioni Consip - è dato dalla circostanza che la sentenza n. 1937 del 2018 ha rigettato nel merito il ricorso, dopo che il T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *quater*, in primo grado, con sent. n. 9258 del 2017 l'aveva invece giudicato inammissibile, affermando che la ricorrente non aveva tempestivamente impugnato le note con cui il MIBACT, prima della pubblicazione del bando impugnato, aveva già manifestato con chiarezza alla ricorrente la volontà di non ricorrere alla Convenzione Consip. Il Consiglio di Stato - diversamente dal T.A.R. - ha invece ritenuto il ricorso ammissibile, evidenziando che "nonostante l'amministrazione avesse manifestato in più occasioni il richiamato intendimento di non avvalersi delle convenzioni-quadro stipulate" con il R.T.I. avente come mandataria la ricorrente in primo grado ed in appello, "nondimeno le note con cui tale intendimento era stato rappresentato non assumevano valenza provvedimentale, non risultavano concretamente lesive della sfera giuridica dell'appellante e non facevano conseguentemente sorgere in capo ad essa uno specifico onere di impugnativa" e che "la realizzazione concreta (ex post) del richiamato intendimento non può produrre, ai fini processuali, l'effetto di anticipare il momento della concreta ed effettiva violazione della sfera giuridica del soggetto interessato (e, in via mediata, l'onere della conseguente impugnativa da parte sua)". Al riguardo, il Consiglio di Stato - contrariamente al T.A.R. Lazio - ha rilevato che, laddove la ricorrente "avesse impugnato le richiamate note ministeriali, deducendone l'illegittimità, l'impugnativa si sarebbe rivelata inammissibile in quanto rivolta avverso atti privi di immediata e concreta valenza lesiva".

(2) Per una dettagliata descrizione del quadro normativo di riferimento in tema di razionalizzazione degli acquisiti delle Pubbliche Amministrazioni si rinvia alla Circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 25 agosto 2015, richiamata nella sentenza in commento.

(3) Il **D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165**, "*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*", all'art. 1 ("*Finalità ed ambito di applicazione*"), comma 2, come noto, contiene un elenco amplissimo di pubbliche amministrazioni, che è sempre utile ricordare: "Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al **decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300**. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI".

(4) La tabella in questione è disponibile sul sito <https://www.acquistinretepa.it>; in essa sono elencate le seguenti categorie di enti: amministrazioni statali, enti del servizio sanitario nazionale, amministrazioni territoriali, enti previdenziali e agenzie fiscali, scuole e università, altre amministrazioni, organismi di diritto pubblico, società pubbliche e altre stazioni appaltanti. Per ciascuna di tali categorie, in relazione alla specifica categoria merceologica da acquistare ed al relativo valore, viene indicata la sussistenza dell'obbligo o della facoltà di ricorso alle Convenzioni Consip.

(5) Informazione tratta dal sito https://www.acquistinretepa.it/opencms/opencms/programma_numeri.html, dove sono disponibili anche altri dati statistici da cui risulta che il ricorso alle Convenzioni - come anche agli altri strumenti resi disponibili da Consip sul portale "Acquisti in rete" (ossia Mercato Elettronico, Accordi Quadro, Sistema Dinamico) - ha avuto negli ultimi anni un notevole aumento, anche per quanto riguarda il valore dei contratti conclusi e degli utenti abilitati.



(6) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7261, sent.: "la scelta di aderire alla convenzione Consip, [...] proprio perché la individuazione del miglior contraente avviene nel rispetto dei principi comunitari, non richiede da parte della amministrazione che se ne avvale una specifica motivazione dell'interesse pubblico che la sottende. Ed infatti per le amministrazioni non statali vi è una facoltà implicitamente desumibile dalla norma senza che per questo incomba sulle stesse un obbligo di motivazione sul perché della scelta di avvalersi o di non avvalersi della convenzione. È l'ente che, nell'ambito della sua autonomia e nell'esercizio di una attività non imposta ma consentita dalla norma, assume la decisione di aderire alla convenzione e tale adesione non necessita del supporto di una specifica delibera"; Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2015, n. 2194, sent.: "Le norme vigenti esprimono per le convenzioni della Consip -anche quando la relativa adesione non sia obbligatoria- un sicuro favor, desumibile anche dal fatto che queste, in difetto di adesione, rilevano comunque come parametri di prezzo-qualità fungenti da limiti massimi per la stipulazione dei contratti. [...] tale adesione, indubbiamente privilegiata dal legislatore, e qualificata anche dal fatto di trovarsi sorretta da una peculiare presunzione di convenienza, corrisponde pertanto, per le Amministrazioni, ad una sorta di regola di azione. È appena il caso di ricordare, infatti, che a monte viene espletata una procedura di evidenza pubblica centralizzata, dalla Consip appunto, proprio per conseguire le migliori condizioni, economiche ma al tempo stesso anche tecniche, ottenibili sul mercato. Orbene, con un assetto siffatto è coerente che una specifica motivazione sulla convenienza occorra quando l'Amministrazione si determini in concreto nel senso di fare nuovamente ricorso al mercato, in quanto l'Ente pubblico dovrà in tal caso far constare l'utilità della propria iniziativa rispetto ai parametri della convenzione Consip di settore. Una motivazione del genere non può ritenersi invece necessaria, per lo meno di regola, quando la scelta dell'Amministrazione cada proprio sulla convenzione della Consip".

(7) Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 14 aprile 2015, n.1908, sent.: "l'amministrazione non avrebbe potuto aderire alla convenzione Consip che non soddisfaceva ab origine interamente le sue esigenze, per poi colmare le relative lacune mediante l'integrazione a trattativa privata del contratto. [...] Il servizio non previsto nella convenzione Consip non avrebbe potuto essere affidato ad una seconda impresa, a meno di gravi disfunzioni e inconvenienti, con l'effetto che l'amministrazione non avrebbe potuto aderire alla convenzione Consip che non soddisfaceva interamente le sue esigenze, né poteva colmare la parziale inidoneità della convenzione affidando a trattativa privata servizi complementari, peraltro di peso economico e durata non indifferenti, dividendo artificiosamente il servizio in due tronconi di cui uno, adesivo alla convenzione Consip, mentre l'altro attribuito alla medesima ditta ai sensi dell'art. 57, V co. del codice dei contratti".

(8) Cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 30 maggio 2017, n. 189, sent.: "Dalla rilevata diversità fra il servizio previsto in Convenzione CONSIP e quello appaltato, deriva l'inesistenza di un obbligo a carico della Provincia di aderire alla gestione convenzionata. L'affermato (e non comprovato come inesistente) risparmio di spesa, inoltre, avrebbe di per sé giustificato il ricorso all'acquisizione del servizio prescindendo dalla convenzione CONSIP in ossequio a quanto disposto dall'art. 1, comma 7, D.L. n. 95/2012 (sopra riportato) poiché la norma, si deve precisare, non è abrogata come sostiene parte ricorrente. Sul punto è sufficiente rammentare che l'art. 1, comma 510, L. n. 208/2015 non determina l'implicita abrogazione della norma in questione atteso che non opera alcuna individuazione degli enti tenuti al ricorso delle Convenzioni CONSIP e laddove prevede una specifica procedura in deroga alla Convenzione CONSIP ("...autorizzazione specificamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei conti...") la riferisce alle "amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni..." con ciò presupponendo una già effettuata (da altra fonte) individuazione di queste". Pertanto, in tale sentenza si dà evidenza della mancata abrogazione delle norme precedenti da parte della Finanziaria 2016, anche in base all'interpretazione letterale di tale ultima norma.

(9) Come stabilito dall'art. 1, comma 1, quarto periodo del citato [D.L. 6 luglio 2012, n. 95](#).

(10) Si segnala, tuttavia, che la Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per l'Emilia Romagna, con la Delibera n. 88 del 9 maggio 2017, sembra aver operato una lettura molto più restrittiva della derogabilità dell'obbligo di ricorso alle convenzioni Consip; ha infatti stabilito che

l'art. 1, comma 510, Finanziaria 2016 "prevede che gli enti obbligati ad approvvigionarsi attraverso le Convenzioni stipulate da Consip o dalle altre Centrali di committenza possono procedere ad acquisti autonomi solo 'qualora il bene o il servizio oggetto di Convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'Amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali'. Pertanto, non rileva né che l'Ente pubblico sia in grado, stipulando in deroga, di ottenere un risparmio rispetto a dette Convenzioni, né che non vi sia 'piena corrispondenza delle prestazioni offerte con quelle richieste', poiché gli acquisti in deroga sono ammessi dal Legislatore nei limitati casi in cui il bene o il servizio oggetto di Convenzione non siano idonei al soddisfacimento dello specifico fabbisogno per mancanza di caratteristiche essenziali".

CONTRATTI DELLA P.A. - RIFLESSIONI SUL PROFILO "QUANTITATIVO" DELLE PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA

Marco Ceruti

[T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 92](#)

[Cons. Stato Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1136](#)

T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 92 e Cons. Stato., Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1136 si occupano - da due prospettive diametralmente opposte - della dimensione "quantitativa" delle procedure di affidamento. Sono ormai lontani i tempi in cui la Corte di Giustizia propugnava la rigida separazione fra requisiti soggettivi e criteri oggettivi, gli uni per la partecipazione e gli altri per l'aggiudicazione. Se il "criterio dimensionale" non può mai costituire una pratica discriminatoria, esso deve comunque essere un incentivo per l'operatore economico a migliorare continuamente il suo curriculum professionale.

Le controversie decise da T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 92 e Cons. Stato., Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1136 si occupano - da due prospettive diametralmente opposte (forse perché la prima concerne una gara sotto-soglia, la seconda sopra-soglia) - della dimensione "quantitativa" delle procedure di affidamento.

Secondo T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 92, anche in considerazione della modesta entità dell'appalto, nei criteri di valutazione delle offerte non è possibile prevedere elementi quantitativo-dimensionali della capacità tecnica del concorrente. Detta regola sarebbe posta a garanzia della parità di trattamento e della concorrenza tra gli operatori e risulterebbe applicabile anche alle procedure sotto soglia. Nella fattispecie è stata ravvisata l'illegittimità - con conseguente annullamento degli atti di gara - della previsione del punteggio massimo (30 punti) all'esperienza maturata nel settore dell'assistenza ai disabili presso scuole dell'infanzia in quanto si avrebbe la valorizzazione del solo profilo quantitativo e non qualitativo.

Detta statuizione, che pare invero fondarsi su una concezione arcaica e superata delle procedure di gara, stona palesemente con la pressoché coeva decisione del Cons. Stato, Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1136, pubblicata il giorno precedente.

Per il Consiglio di Stato, infatti, in materia di contratti di fornitura con clausola di adesione, sarebbe legittima la previsione del limite massimo dell'estensione del valore entro il 500% in una fattispecie dove la durata della fornitura per adesione non può protrarsi oltre quella del contratto originario.

La stonatura appare ancora più evidente se si considera che nella fattispecie decisa dal T.A.R. Lazio, Latina il bando era impugnato perché prevedeva l'attribuzione di un punteggio massimo per l'esperienza maturata dal concorrente nel settore dell'assistenza ai disabili graduandolo in base al numero di scuole dell'infanzia (primaria o secondaria di primo grado).

Si rammenti che in ambedue i casi il principio generale in base al quale valutare la legittimità delle suddette previsioni è pur sempre la concorrenza declinata in tutti i suoi corollari, perciò sorge qualche perplessità di fronte a due interpretazioni così divergenti.

Se per il T.A.R. Lazio, Latina non è possibile prevedere elementi quantitativo-dimensionali della capacità tecnica del concorrente, in quanto sarebbe discriminatoria la valorizzazione del solo profilo quantitativo in seno ai criteri di valutazione delle offerte, il Consiglio di Stato ha reputato legittima e ragionevole la soglia del 500% quale limite massimo dell'estensione del valore di

un contratto di fornitura con clausola di adesione sul presupposto che la scadenza della fornitura per adesione coincideva con quella del contratto originario.

Il T.A.R. Lazio, Latina ha ritenuto in parte fondate le censure formulate avverso il bando di gara e, in particolare, quelle che denunciavano la illegittima commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e parametri per la valutazione delle offerte. Ciò ha comportato, con assorbimento di ogni altra censura, l'annullamento della *lex specialis* di gara e, in via derivata, di tutti gli atti del procedimento.

In ordine alle conseguenze dell'annullamento il Collegio ha ritenuto: a) di non dichiarare inefficace il contratto ex art. 122 c.p.a., considerato che non avrebbe attribuito alcun concreto vantaggio alla ricorrente e avrebbe privato soltanto gli utenti del servizio; b) di respingere la domanda avente ad oggetto l'aggiudicazione della gara alla ricorrente e il suo "subentro" nel servizio dato che la ricorrente non ha proposto vizi il cui positivo riscontro avesse una tale conseguenza, ma esclusivamente vizi il cui riscontro avrebbe implicato l'integrale rinnovazione (e tale sarebbe la conseguenza del vizio riscontrato); c) di respingere infine la domanda di risarcimento dei danni "anche in forma specifica" formulata in termini del tutto generici senza neppure la allegazione dello specifico danno di cui si chiedeva la riparazione. Verrebbe da dire: "molto rumore per nulla".

Si risparmia ai lettori l'esame puntuale della corposa decisione del Consiglio di Stato e si ritiene preferibile effettuare un celere e sintetico confronto con la decisione del T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 92.

Con la sentenza appellata (n. 585/2017), il T.A.R. per la Lombardia aveva in parte dichiarato inammissibile ed in parte respinto il ricorso di primo grado proposto dall'appellante, diretto all'annullamento della determinazione dirigenziale avente ad oggetto "Adesione alla procedura aperta telematica per l'affidamento del servizio lavanolo della biancheria piana e confezionata per un periodo settennale esperita dall'Azienda Ospedaliera Bolognini di Seriate (Bg) - CIG 634962437C" nonché del presupposto accordo interaziendale per la disciplina delle forme aggregate riguardanti le forniture di beni e l'appalto di servizi. Parte appellante non contestava il carattere atipico e non codificato del meccanismo di adesione, quale modalità procedimentale di affidamento di un pubblico appalto, ma deduceva la valenza anticoncorrenziale dello stesso, in quanto suscettibile di determinare, nel periodo di vigenza della clausola, l'assorbimento, in misura sostanziale, del corrispondente settore di mercato, costituendo in capo all'aggiudicatario una posizione dominante e precludendo l'accesso allo stesso degli altri operatori economici interessati: ciò, per di più, in un contesto caratterizzato dalla indeterminabilità "a priori" dell'importo economico complessivo degli affidamenti derivanti dall'applicazione della clausola di adesione e dalla mancata verifica del possesso, in capo ai partecipanti alla gara cui la stessa afferiva, dei necessari requisiti di partecipazione.

Tralasciando il riferimento alle gare cd. "a doppio oggetto" - poco pertinente con l'oggetto della trattazione, pur trattandosi di profilo "quantitativo" - il Consiglio di Stato ha evidenziato che tale doglianza non può essere accolta. Dopo aver considerato ragionevole la previsione secondo cui la durata della fornitura eventualmente affidata in adesione non poteva protrarsi oltre quella del contratto originario e quella ulteriore secondo cui l'ampliamento del valore di quest'ultimo, per effetto del meccanismo di adesione, non poteva eccedere la soglia del 500%, la conclusione più ovvia non poteva che essere un approccio pro-competitivo a tutela della concorrenza sul presupposto che l'oggetto di gara predeterminato e non genericamente descritto esclude l'agevole aggiramento delle regole.

Il raffronto con la decisione del T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 92 mette in risalto la diversa prospettiva adottata dai due giudici: se il primo ha preferito una esegesi difensiva e conservatrice che parrebbe frenare la concorrenza in nome della concorrenza stessa (qui sta il paradosso), il Consiglio di Stato sembra essersi allineato all'orientamento neoliberalista, ormai prevalente a livello europeo nonostante alcuni contrappesi di carattere sociale e ambientale volti ad evitare derive esiziali e perniciose (in tal senso si pensi, ad esempio, alle regole particolari per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi nei settori ordinari di cui all'art. [142](#), [D.Lgs. n. 50/2016](#) o alla Strategia "Europa 2020" o alla suddivisione in lotti e alle altre misure per le PMI).

Ma, in fondo, il meccanismo sotteso alla concorrenza è quello del "pesce grosso mangia pesce piccolo".

Alla luce di tutto quanto appena illustrato, sorge il dubbio che la decisione del T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 92 abbia interpretato la disciplina in maniera non propriamente corretta, alquanto soggettiva, addentrandosi in questioni di merito che rientrano nell'amministrazione attiva e sono quindi insindacabili per il giudice amministrativo. A scopo di raffronto si è riportata la decisione del Consiglio di Stato, Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1136, dove il giudice ha scelto un approccio esegetico totalmente opposto.

Non è chi non veda la profonda discrasia fra le due interpretazioni giudiziali e, di conseguenza, il dubbio relativo allo splafonamento nel merito da parte del T.A.R. Lazio, Latina pare acquistare i contorni della certezza (Cass., Sez. un. n. 2720, 5 febbraio 2018, si è espressa sul delicato rapporto sussistente tra eccesso di potere giurisdizionale e merito amministrativo: D'Agostino, *Merito amministrativo e limiti del sindacato giurisdizionale: e se le regole del gioco cambiano in corsa?* in *App. e Contr. Impr.*, 12 febbraio 2018). A fortiori se si considera che dall'annullamento della *lex specialis* di gara e, in via derivata, di tutti gli atti del procedimento, non sono derivate conseguenze: non è stato dichiarato inefficace il contratto ex art. 122 c.p.a.; è stata respinta la domanda avente a oggetto l'aggiudicazione della gara alla ricorrente e il suo "subentro" nel servizio; infine è stata respinta la domanda di risarcimento dei danni "anche in forma specifica". Insomma, la sentenza è da considerarsi *inutiliter data* in quanto lascia il tempo che trova.

Ma consente di sviluppare ulteriori considerazioni nell'ottica quantitativa sull'art. [95, D.Lgs. n. 50/2016](#), rubricato "Criteri di aggiudicazione dell'appalto", secondo cui i criteri di aggiudicazione garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. Le stazioni appaltanti verificano l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti e, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criteri di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita. I contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché i servizi ad alta intensità di manodopera, sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo e "valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto". Nell'ambito di tali criteri possono rientrare "l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto". I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto "sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita". Infine l'art. 95 del Codice prevede che "Compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior rating di legalità e di impresa dell'offerente, nonché per agevolare la partecipazione alle procedure di affidamento per le microimprese, piccole e medie imprese, per i giovani professionisti e per le imprese di nuova costituzione. Indicano altresì il maggior punteggio relativo all'offerta concernente beni, lavori o servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente ivi inclusi i beni o prodotti da filiera corta o a chilometro zero".

Si è risparmiato al lettore il contenuto della decisione del Cons. Stato, Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1136, ma non si poteva non riportare il testo dell'art. [95, D.Lgs. n. 50/2016](#). Senza di esso, imprescindibile punto di partenza, sarebbe difficile comprendere appieno le considerazioni che saranno svolte appresso. Tale norma - unitamente all'art. 97 e alle linee guida ANAC n. 2 - ha subito una evoluzione non di poco conto nel corso del tempo e nell'ultima versione sia europea sia nazionale. Senza dimenticare che nel caso deciso dal T.A.R. Lazio, Latina trovano applicazione le disposizioni speciali dettate dall'art. 142.



TUTOR MAGISTRALIS

MARIA ROSARIA SODANO

Oltre all'art. 95, deve essere tenuto in considerazione anche l'art. 97, comma 10°*bis*, del [D.Lgs. n. 50/2016](#): "La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. A tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento".

Nelle Linee Guida n. 2, di attuazione del [D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50](#), (recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" - Delibera di ANAC n. 1005 del 21 settembre 2016), viene infine *expressis verbis* decretato che "Si deve anche considerare che con l'elenco di cui all'art. 95, viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica. Nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli; in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione. Naturalmente, anche in questo caso, la valutazione dell'offerta riguarda, di regola, solo la parte eccedente la soglia richiesta per la partecipazione alla gara, purché ciò non si traduca in un escamotage per introdurre criteri dimensionali".

E questo ci porta al summenzionato art. 142, [D.Lgs. n. 50/2016](#), dove viene sancito che, nei settori ordinari, ai servizi individuati dall'allegato IX (servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative) si applica una disciplina speciale. L'affidamento dei predetti servizi deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti. Si applicano le procedure di aggiudicazione ordinarie di cui agli artt. da 54 a 58 e da 60 a 65 e devono essere, altresì, applicate per l'aggiudicazione le disposizioni di cui agli artt. 68, 69, 75, 79, 80, 83 e 95, adottando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Gli appalti di servizi di cui al comma 5°*bis*, di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 35, 1° comma, lett. d), sono affidati nel rispetto di quanto previsto all'art. 36, [D.Lgs. n. 50/2016](#).

Emerge pertanto il fondato sospetto che una certa discrezionalità l'amministrazione aggiudicatrice ce l'abbia. Non solo per la particolare prestazione oggetto del servizio, ma anche per la dimensione quali-quantitativa entro cui il bando può circoscrivere il criterio dell'esperienza professionale ed il relativo punteggio. Tenuto conto che soltanto per il punteggio economico è previsto un tetto massimo entro il limite del 30 per cento, si desume che tale limite possa essere preso a riferimento per qualunque altro criterio di aggiudicazione. Nel caso deciso dal T.A.R. Lazio, Latina il legame con l'oggetto del contratto e la non manifesta irragionevolezza (30 punti) avrebbero suggerito di verificare in concreto l'asserito effetto discriminatorio del criterio.

Sono ormai lontani i tempi in cui la Corte di Giustizia propugnava la rigida separazione fra requisiti soggettivi e criteri oggettivi, gli uni per la partecipazione e gli altri per l'aggiudicazione.

Corte di giustizia, Sez. VI, 19 giugno 2003, C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH* (GAT - ECLI:EU:C:2003:360 - con nota di Diman, *Motivi di illegittimità sollevati d'ufficio e diritto al risarcimento del ricorrente nelle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2003, 2013-2018) aveva ritenuto inammissibile la presa in considerazione di un elenco delle principali forniture anteriori sostenendo la separatezza fra Criteri d'idoneità e Criteri di aggiudicazione nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture: "La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture, l'amministrazione aggiudicatrice tenga conto delle diverse referenze relative ai prodotti proposti dagli offerenti ad altri clienti non già come criterio di verifica dell'idoneità dei primi ad eseguire l'appalto di cui si tratta, bensì come criterio di aggiudicazione dell'appalto stesso". La presentazione di un elenco delle principali forniture effettuate nel corso degli ultimi tre anni, con indicazione dell'importo, della data e del destinatario pubblico o privato, figurava espressamente

tra le referenze probanti o tra i mezzi di prova che, ai sensi della direttiva, potevano essere richiesti a giustificazione della capacità tecnica dei fornitori. Per la Corte, un semplice elenco di referenze che comportava unicamente l'identità e il numero dei clienti precedenti degli offerenti, senza contenere altre precisazioni relative alle consegne effettuate a tali clienti, non forniva alcuna indicazione che consentisse di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa e non poteva quindi in nessun modo costituire un criterio di aggiudicazione (v. par. 65-67).

Ma sono trascorsi ormai quindici anni e la [Dir. 93/36/CEE](#) è stata dapprima modificata dalla [Dir. 97/52/CE](#) dalla [Dir. 93/36/CEE](#) e sostituita dalla [Dir. 2004/18/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, ed infine dalla [Dir. 2014/24/UE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che ha abrogato la [Dir. 2004/18/CE](#).

Questo per quanto attiene ai settori ordinari, ma lo stesso vale per i settori speciali.

Per Corte di giustizia, Sez. IV, 12 novembre 2009, C-199/07, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica ellenica* - ECLI:EU:C:2009:693 (Protto, *Requisiti di ammissione e criteri di aggiudicazione*, in *Urb. e Appalti*, 2010, 1, 55 e segg.) - sarebbero esclusi come criteri di aggiudicazione i criteri di selezione qualitativa, che sono essenzialmente connessi alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto. Si trattava di un ricorso per inadempimento in cui la Corte ha statuito che "la Repubblica ellenica è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni" atteso che "nella presente causa, i criteri prescelti dall'amministrazione aggiudicatrice come 'criteri di aggiudicazione', di cui alla sezione IV, punto 2, del bando di gara controverso, vertono sull'esperienza e sulla capacità effettiva di garantire la corretta esecuzione dell'appalto in esame. Si tratta di criteri riguardanti l'idoneità degli offerenti all'esecuzione dell'appalto e non si configurano quindi come 'criteri di aggiudicazione', ai sensi della direttiva 93/38" (par. 56). La decisione ha ritenuto inammissibile la confusione tra criteri di selezione qualitativa e di aggiudicazione in violazione del principio di non discriminazione tra gli offerenti. È vero che la pronuncia è del 2009 ma la direttiva europea di riferimento (93/38/CEE) risale a ben 25 anni fa. La [Dir. 93/38/CEE](#) del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordinava le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, è stata modificata dalla [Dir. 98/04/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, sostituita dalla [Dir. 2004/17/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordinava le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, ed infine dalla nuova [Dir. 2014/25/UE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, che ha abrogato la [Dir. 2004/17/CE](#).

Le oscillazioni della Corte di Giustizia UE con riferimento ai criteri di selezione qualitativa e di aggiudicazione vanno interpretate nel senso che, essendo molteplici gli interessi da bilanciare, le amministrazioni devono assicurare la miglior soluzione per soddisfare l'interesse collettivo sotteso al servizio pubblico *lato sensu*.

Oggi l'art. 58, §4, della [Dir. 2014/24/UE](#) (Criteri di selezione) sancisce che "Per quanto riguarda le capacità tecniche e professionali, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità. Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere, in particolare, che gli operatori economici dispongano di un livello sufficiente di esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza".

Mentre gli artt. 67 della [Dir. 2014/24/UE](#) e 82 della [Dir. 2014/25/UE](#) (Criteri di aggiudicazione dell'appalto), recepiti in Italia dall'art. 95, [D.Lgs. n. 50/2016](#), stabiliscono che "2. L'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita conformemente all'articolo 68, e può includere il miglior rapporto

qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione. Tra tali criteri possono rientrare ad esempio: a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, caratteristiche sociali, ambientali e innovative, e la commercializzazione e relative condizioni; b) organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto; ... 4. I criteri di aggiudicazione non hanno l'effetto di conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà di scelta illimitata. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte".

Dalla lettura delle norme si ricava che i requisiti di partecipazione costituiscono la base minima di valutazione (*standard*) per poter accedere alla procedura di gara, mentre i criteri di aggiudicazione sottendono il miglior rapporto qualità/prezzo e rappresentano un incentivo all'eccellenza e alla specializzazione del lavoro (*premium*). Ovviamente, come detto, deve essere evitata l'applicazione discriminatoria.

Una tale constatazione, se si può riscontrare agevolmente in Cons. Stato, Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1136, invece viene completamente obliterata in T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 92 che pare ancora legata al precedente quadro giuridico, ormai superato (seppure non interamente: v. linee guida n. 2 di ANAC).

Quando la dimensione quantitativa degli affidamenti pubblici è finalizzata a implementare la concorrenza, deve inevitabilmente considerarsi ragionevole il meccanismo dell'"ubi maior, minor cessat" che tende a premiare l'eccellenza e l'economia di scala (così si spiega la legittimità - per il Consiglio di Stato - del valore-limite del 500% che era stato sottoposto al vaglio del mercato, mentre non si riesce a comprendere come il T.A.R. Lazio, Latina abbia potuto ravvisare effetti discriminatori nel premiare la maggior esperienza nel servizio, tanto più che il servizio in questione è di tipo assistenziale e presuppone una certa specialità).

Altri sono gli strumenti predisposti dall'ordinamento a tutela delle considerazioni sociali e ambientali nelle procedure di aggiudicazione, ma tale scelta è in ogni caso rimessa alla pubblica amministrazione. Il giudice non può sostituire il proprio giudizio a quello della P.A., qualora questa abbia deciso di svolgere una gara fortemente competitiva e la scelta non sia manifestamente irragionevole ed arbitraria; altrimenti si sconfina nel merito amministrativo, in considerazioni di opportunità, e si rischia di inibire una delle possibili forme della concorrenza, la cui essenza non è solidale ma volta a selezionare i migliori. Se si nega questa premessa, allora non si coglie nemmeno il senso dei pubblici affidamenti. Ad esempio, per la giurisprudenza il principio della suddivisione in lotti di un appalto può essere derogato attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata ed è espressione della discrezionalità della stazione appaltante, sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria, in ordine alla decisione di frazionare o meno in lotti un appalto "di grosse dimensioni". Lo ha chiarito il Consiglio di Stato con la sentenza n. 2044 del 3 aprile 2018 (riforma T.A.R. Umbria, Perugia, Sez. I, n. 391/2017) nella quale ha interpretato l'art. 51, [D.Lgs. n. 50/2016](#) (cd. Codice dei contratti) secondo il quale l'amministrazione aggiudicatrice, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, deve suddividere gli appalti in lotti funzionali, ma può anche non farlo motivando la scelta all'interno del bando di gara o nella lettera di invito (nel caso di specie, i Giudici di Palazzo Spada hanno escluso che la disciplina di gara contestata potesse produrre effetti restrittivi della concorrenza in danno alle micro-piccole e medie imprese, stante anche il valore economico oggettivamente modesto dell'appalto: € 344.265,00 nel triennio). In definitiva, poiché l'appalto in esame non era di elevato importo economico e la scelta della stazione appaltante era stata motivata in modo ragionevole, la stessa era sottratta al sindacato del giudice di legittimità, non ravvisandosi manifesta illogicità, irragionevolezza o arbitrarietà nel tenore della medesima.

Diversamente opinando, si finisce con l'inverare discriminazioni "al contrario" nel senso di tutelare i "piccoli" a scapito dei "grandi", ma si tratta di un'erronea applicazione della impalcatura concorrenziale che deve garantire la bi-direzionalità della *par condicio*. Dall'evoluzione dell'ordinamento si comprende che, rispetto alla fase iniziale - per certi versi integralista - in cui

la gara doveva porre tutti i partecipanti non solo sulla stessa linea di partenza ma anche di arrivo (con la conseguente difficoltà di esperire effettivamente la gara), ora gli strumenti a disposizione della P.A. sono diversificati e calibrati sulle diverse esigenze (come dimostra la disciplina speciale in materia di servizi sociali ed assistenziali, o quella sugli aspetti sociali ed ambientali, nonché la recente implementazione del principio di rotazione: cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079, Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; Cons. Stato, Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125). Ciò non toglie, comunque, che una certa cautela deve essere opportunamente osservata nell'impostare una procedura di gara ad evidenza pubblica: la dimensione quantitativa deve premiare la qualità e non la quantità *ex se*, talché non può costituire una ingiustificata "barriera all'uscita" nei confronti degli operatori più piccoli, una volta che sia consentito loro l'accesso ad una procedura di affidamento di contratti pubblici. L'importante è che la *lex specialis* di gara specifichi espressamente sia le condizioni di partecipazione che quelle di aggiudicazione con riferimento all'oggetto della prestazione da affidare, fornendo a tutti gli interessati le stesse *chance* partecipative ma consentendo di selezionare il migliore o di estendere la portata originaria del contratto (laddove previsto). In tal senso si è espressa, da ultimo, Corte di Giustizia Europea, Sez. VIII, 19 dicembre 2018, C-216/17 su una clausola di estensione dell'accordo quadro ad altre amministrazioni aggiudicatrici: "L'art. 1, par. 5, e l'art. 32, par. 2, c.4, della [Dir. 2004/18/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nei seguenti termini:

- un'amministrazione aggiudicatrice può agire per sé stessa e per altre amministrazioni aggiudicatrici, chiaramente individuate, che non siano direttamente parti di un accordo quadro, purché i requisiti di pubblicità e di certezza del diritto e, pertanto, di trasparenza siano rispettati, e - è escluso che le amministrazioni aggiudicatrici che non siano firmatarie di tale accordo quadro non determinino la quantità delle prestazioni che potranno essere richieste all'atto della conclusione da parte loro degli accordi che gli danno esecuzione o che la determinino mediante riferimento al loro ordinario fabbisogno, pena violare i principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici interessati alla conclusione di tale accordo quadro".

Se a dire di ANAC il "criterio dimensionale" costituisce una pratica discriminatoria, allora viene da chiedersi quale incentivo abbia un operatore economico a migliorare continuamente il suo *curriculum* professionale, dato che non otterrebbe il giusto riconoscimento (mentre parrebbe più ragionevole il correttivo di contenere il premio in termini di punteggio proporzionato, come la soglia del 30% per il prezzo nell'OEPV). Non è facile trovare l'equilibrio fra le diverse istanze da rappresentare in seno alle procedure di competizione pubblica, perciò - si ribadisce - ha poco senso fare ragionamenti astratti quando un'amministrazione committente ha tutti gli strumenti per impostare una gara su basi pro-competitive (premiando adeguatamente i migliori) oppure su basi solidaristiche (privilegiando una logica distributiva per scopi socio-ambientali).

Ancor meno senso ha, ad opinione di chi scrive, il sindacato giudiziale sulla scelta della P.A. che non si riveli manifestamente arbitraria e contraria al buon andamento, in violazione dei principi generali dell'*agere* amministrativo cristallizzati dalla Costituzione e dal diritto nazionale e sovranazionale.

Urbanistica e appalti, 2019, 1, 97 (nota a sentenza)

IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI

di Margherita Amitrano Zingale^(*)

T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 05 novembre 2018, n. 1574

D.Lgs. 18-04-2016, n. 50, Art. 36

La sentenza in commento si colloca nell'ambito del dibattito giurisprudenziale sull'esatta portata del principio di rotazione in materia di appalti pubblici, che vede contrapporsi un'interpretazione

più restrittiva e strettamente letterale ad una maggiormente aperta a valutare ciascuna vicenda in concreto.

Il contributo si prefigge di far emergere le criticità che, sotto tale profilo, la Stazione appaltante si trova a dover gestire, a fronte di interpretazioni giurisprudenziali spesso non univoche, di strumenti telematici obbligatori ma non aggiornati all'evoluzione normativa e delle Linee guida Anac di riferimento.

Sommario: **Premessa** - Le indicazioni di cui alle Linee guida n. 4 a confronto con i recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa - Ambito oggettivo e temporale - Principio di rotazione e gare telematiche - Portata dell'indagine di mercato - Possibili scenari e relative criticità - La posizione giuridica degli "attori di processo": l'uscente, i precedenti invitati, gli invitati e i non invitati - Conseguenze del mancato rispetto delle linee guida - Postilla

Premessa

Con sentenza in forma semplificata eppur densa di significato, il Tribunale amministrativo regionale, sezione distaccata di Salerno, favorisce alcuni spunti di riflessione nella ricostruzione del principio di rotazione e della sua portata precettiva, dopo il recente correttivo al codice dei contratti pubblici e il conseguente aggiornamento delle Linee Guida n. 4 da parte dell'Anac⁽¹⁾. Nel confermare la legittimità dell'operato della Stazione appaltante, a fronte dell'aggiudicazione in favore dell'operatore uscente, il TAR campano sottolinea che:

funzione del principio di rotazione è quella di non favorire l'operatore che abbia già lavorato con la pubblica amministrazione e non quella di escludere tale operatore *tout court*;

l'apertura al mercato che può avvenire, come nel caso di specie, anche tramite indizione di una "manifestazione di interesse" o "consultazione di mercato"⁽²⁾ fa venire meno l'operatività del principio di rotazione, tale che - se ne deduce - la Stazione appaltante non sembrerebbe nemmeno tenuta ad una stringente motivazione, per giunta se seguita dall'espletamento di un sorteggio in seduta pubblica (all'esito del quale è evidentemente stato estratto l'operatore uscente poi aggiudicatario)⁽³⁾.

Quest'ultima affermazione - come si vedrà nel prosieguo - appare dissonante rispetto alla più rigida ma non univoca interpretazione giurisprudenziale⁽⁴⁾ data al principio di rotazione ed è foriera di ulteriori criticità in ordine all'iter che la stazione appaltante deve seguire nella predisposizione delle procedure ad evidenza pubblica, ed avrebbe forse richiesto una più approfondita motivazione.

In generale, la pronuncia in commento offre l'occasione per alcune riflessioni in ordine alla effettiva valenza del principio di rotazione.

Come noto, il principio di rotazione riguarda gli affidamenti sotto-soglia comunitaria ed ha una portata precettiva diversificata a seconda del tipo di procedura in concreto prescelta dalla Stazione appaltante. Esso si traduce in una sorta di "*ne bis in idem*" in materia di partecipazione alle gare pubbliche, diversamente modulato in capo al gestore uscente ed altresì agli operatori invitati a precedenti procedure, di cui pur non sono risultati aggiudicatari, con riferimento all'affidamento/procedura immediatamente precedente sotto il profilo temporale.

Nel caso di affidamento diretto, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. A) del Codice dei contratti pubblici (in seguito Codice), l'operatività del principio di rotazione rappresenta la regola, tale che la stazione appaltante deve adeguatamente motivare la deroga all'applicazione del principio in questione⁽⁵⁾.

Invero, nell'ipotesi di cui alla successiva lett. B) dell'art. 36, il principio di rotazione riguarda gli inviti - dunque, a rigore, una fase "a monte" della stessa indizione della procedura di gara - anticipando perciò il momento in cui è richiesto alla Stazione appaltante di rendere un'adeguata motivazione circa la deroga al suddetto principio⁽⁶⁾.

In ordine all'intensità dell'onere motivazionale, peraltro, è pacifico che esso sarà più stringente a fronte di affidamento o reinvio al gestore uscente, rispetto a una deroga alla rotazione concernente un operatore, pur invitato a precedenti procedure, ma non aggiudicatario⁽⁷⁾. Da tale constatazione deriva una differenziazione nella posizione giuridico-soggettiva dei vari operatori economici che aspirano all'aggiudicazione dell'appalto: si configura infatti un vero e proprio interesse legittimo pretensivo in capo agli operatori invitati, compreso il gestore uscente, innestato sulla scelta adeguatamente motivata da parte dell'Amministrazione di derogare al principio di rotazione, nell'indire una procedura ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. B)⁽⁸⁾.

Le indicazioni di cui alle Linee guida n. 4 a confronto con i recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativaAmbito oggettivo e temporale

Ad una lettura piana e letterale delle Linee guida di riferimento (in particolare, ai punti 3.6 e 3.7) sembra potersi ricavare anzitutto che il principio di rotazione ha un ambito temporale circoscritto all'affidamento immediatamente precedente a quello nuovo indetto dall'Amministrazione ed un ambito oggettivo delimitato dalla medesima categoria o settore merceologico.

Non si ritiene violato il principio in questione laddove il nuovo affidamento/procedura abbia un valore notevolmente superiore, benché rientrante nella medesima categoria/settore merceologico, rispetto all'affidamento/procedura immediatamente precedente⁽⁹⁾. Quest'ultima lettura sembra potersi ricavare da quanto previsto dalle Linee Guida in punto di suddivisione in fasce di valore economico dei vari affidamenti. In particolare, la previsione secondo cui l'Amministrazione può adottare un proprio regolamento nel quale "suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia" consente in sostanza ad un operatore affidatario/aggiudicatario di un servizio X rientrante in una fascia, di poter partecipare alle selezioni per l'aggiudicazione del medesimo servizio X rientrante però in una fascia di valore economico superiore.

Nel caso (e fintantoché) l'Amministrazione non si doti di un simile regolamento, ci si chiede se possa in ogni caso applicare la medesima soluzione in deroga, dovendosi prediligere però un'interpretazione (e conseguente applicazione) che effettivamente garantisca il principio di concorrenza.

A ciò si collega, infatti, l'ulteriore questione di evitare il frazionamento⁽¹⁰⁾ ovvero, viceversa, un accorpamento irrazionale dei servizi da aggiudicare, al fine di aumentare il valore economico dell'appalto e consentire la partecipazione all'uscente in virtù del fatto che il precedente affidamento aveva un valore economico di molto inferiore.

Altra criticità che emerge in ordine alla portata dell'ambito oggettivo, si rinviene nell'ipotesi in cui si susseguano due procedure aventi ad oggetto il medesimo settore merceologico o categoria, ma da espletarsi in sedi territoriali differenti: in tali casi appare più corretta una letterale applicazione del principio di rotazione ancorata sulla circostanza che trattasi appunto del medesimo settore merceologico o categoria, piuttosto che sulla base del dato territoriale, anche al fine di evitare che ciò si traduca in una non ammissibile frammentazione o in un modo per aggirare la rotazione senza un adeguato onere motivazionale.

Principio di rotazione e gare telematiche

Nell'intento di mettere in luce le concrete difficoltà incontrate dalle Stazioni appaltanti nella predisposizione della documentazione di gara con riferimento alla tematica in oggetto, si osserva che recente giurisprudenza amministrativa offre una peculiare applicazione del principio di rotazione nell'ambito di gare telematiche.

In particolare, in ordine al ricorso al Mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni, si è andato consolidando un orientamento giurisprudenziale che ritiene applicabile il principio di rotazione anche laddove l'Amministrazione opti per il c.d. "invito a tutti gli operatori iscritti al Mepa" (nella categoria/settore merceologico oggetto della procedura indetta)⁽¹¹⁾.

In tal senso, dunque, il principio di rotazione deve trovare applicazione proprio in ragione del fatto che non si verte in ipotesi di concorrenza "pura" (*id est*, procedura aperta) posto che *i non iscritti a detto portale non hanno potuto partecipare alla procedura in esame*.

Sotto il profilo testuale al par. 3.6. delle Linee Guida Anac n. 4 si legge che: "[...]La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione[...]", di cui appare doversi dare un'interpretazione stringente.

L'opzione "invito a tutti" - secondo la giurisprudenza salentina da ultimo citata - non solo si rivela non essere idonea a garantire la concorrenza ma altresì non può ritenersi integrare quell'indagine di mercato che eventualmente consente alla Stazione appaltante di derogare al principio di rotazione⁽¹²⁾ (ma sul punto si veda il successivo paragrafo).

Procedendo per gradi, un primo dato da considerare è che nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza, l'espressione "o comunque aperte al mercato" di cui alle citate Linee guida, deve

essere contestualizzata anche con riferimento agli ambiti degli strumenti telematici cui l'Amministrazione è sostanzialmente vincolata a ricorrere⁽¹³⁾.

Dunque, il ricorso al MEPA in sostanza integra una "limitazione in ordine al numero di operatori economici tra cui effettuare la selezione" e pertanto non è consentito alla Stazione appaltante invitare l'uscente o i precedenti invitati, in deroga al principio di rotazione, solo perché tramite l'opzione "invito a tutti" si invita un numero elevato di operatori (tutti quelli iscritti sul MEPA nella richiesta categoria).

L'inclusione dell'uscente e/o dei precedenti invitati non aggiudicatari richiederà perciò anche in tali casi un'adeguata motivazione.

Portata dell'indagine di mercato

Le statuizioni in ordine alla portata del principio di rotazione, a cui è giunta la giurisprudenza amministrativa, incidono altresì sulla portata e valenza dell'indagine di mercato effettuata a monte dalla Stazione appaltante prima di indire una procedura negoziata.

In tal senso, è logicamente consequenziale ritenere che laddove la Stazione appaltante non abbia effettuato alcuna limitazione del mercato e quindi abbia indetto una indagine di mercato in cui si stabilisce che tutti gli operatori che presentano domanda saranno successivamente invitati alla procedura negoziata, anche l'uscente e i precedenti invitati potranno partecipare⁽¹⁴⁾. Tuttavia, di fatto questa possibilità è solo astrattamente ipotizzabile, in ragione dell'obbligo di ricorso al MEPA, laddove si ritenga di aderire all'orientamento espresso dalla recente giurisprudenza salentina (cfr. nota 11).

Al contrario, se nell'indagine di mercato l'Amministrazione introduce delle limitazioni al numero di partecipanti ammessi (posto che nel caso di cui alla lett. b) dell'art. 36 è ritenuta sufficiente la consultazione di almeno cinque operatori)⁽¹⁵⁾ a rigore dovrebbe trovare applicazione il principio di rotazione e quindi l'inclusione dell'uscente o dei precedenti invitati dovrebbe essere già in tale atto adeguatamente motivata.

A questo punto si deve considerare un'ulteriore circostanza che si innesta nel tutt'altro che semplice iter di indicazione di una procedura negoziata, ossia il sorteggio.

L'eventuale previsione del sorteggio, laddove siano pervenute un numero di manifestazioni di interesse superiore al limite introdotto dalla Stazione appaltante nella indagine di mercato, non dovrebbe infatti essere idonea a derogare alla rigida applicazione del principio di rotazione⁽¹⁶⁾, in linea con la ricostruzione giurisprudenziale che attribuisce valore di limite alla piena concorrenza alla scelta amministrativa di predeterminare il numero di operatori da invitare alla successiva procedura.

Possibili scenari e relative criticità

Alla luce di quanto sopra, con particolare riferimento alle procedure negoziate di cui all'art. 36, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, possono perciò delinearsi varie situazioni:

1) affidamento diretto (art. 36, comma 2, lett. a) in assenza di o con previa indagine di mercato: opera il principio di rotazione, nei confronti dell'uscente e dei precedenti invitati non affidatari. Si deve pertanto adeguatamente motivare - pur con diversa intensità nei confronti delle due categorie di destinatari - l'ipotesi di reinvio⁽¹⁷⁾.

2) in caso di procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, lett. b), necessariamente preceduta da indagine di mercato, si delineano almeno due ipotesi di base⁽¹⁸⁾:

a) la stazione appaltante ha delimitato il numero di operatori economici invitati alla gara (potendo infatti consultare un numero minimo di operatori): il principio di rotazione deve ritenersi operativo⁽¹⁹⁾, per cui una sua deroga richiede adeguato onere motivazionale⁽²⁰⁾;

b) la stazione appaltante con l'indicazione di tale indagine si è effettivamente rivolta al mercato: il gestore uscente, così come gli altri operatori invitati in precedenza e non aggiudicatari, possono partecipare. Non appare configurabile un onere motivazionale in capo all'Amministrazione circa la deroga alla rotazione.

L'apertura al mercato in termini di concorrenza "pura" dovrebbe intendersi a rigore nella sola ipotesi in cui l'Amministrazione stabilisca di invitare alla successiva procedura tutti gli operatori che hanno manifestato interesse nell'ambito dell'indagine di mercato. Tuttavia, di fatto, una simile ipotesi appare di difficile verifica, come anticipato, posto che in presenza di obbligo di ricorso al MEPA l'ambito degli operatori è comunque circoscritto a coloro che vi sono iscritti e quindi non è configurabile in radice la situazione di concorrenza "pura".

Accanto a tali ipotesi, sembrano poi ipotizzabili alcune ulteriori "variazioni sul tema" legate alla previsione ed espletamento, da parte dell'Amministrazione, di un'ulteriore attività: il sorteggio in seduta pubblica.

Nella sentenza in commento, infatti, emerge come l'espletamento di tale attività - evidentemente già prevista nel provvedimento di indizione della manifestazione di interesse - giustifica una deroga al (ma più correttamente dovrebbe parlarsi di "non operatività" del) principio di rotazione.

Di conseguenza, può delinearsi l'ipotesi di:

c) indagine di mercato + delimitazione del numero di operatori economici invitati alla gara⁽²¹⁾+ sorteggio in seduta pubblica, che, secondo la sentenza in commento, appare integrare la condizione di strumentalità della rotazione che legittima la partecipazione dell'uscente ("quando ciò rappresenta un'estensione della platea degli offerenti").

In ciò forse l'aspetto più rilevante della pronuncia, che si contrappone a precedente proprio del medesimo T.A.R.⁽²²⁾ e più in generale all'orientamento che ritiene non derogabile la rotazione pur a fronte di un sorteggio degli operatori⁽²³⁾.

In tale ipotesi (*sub c*) potrebbe ancora invero discutersi sulla necessità di adeguatamente motivare circa l'invito comunque rivolto al gestore uscente e/o agli operatori già destinatari di precedenti inviti. Difatti, la previsione del sorteggio in seduta pubblica non vale comunque ad escludere un'alterazione della concorrenza laddove è previsto un numero limitato di soggetti invitati: anzi, il sorteggio nell'ambito di un numero ristretto di concorrenti - tra cui, gestore uscente e precedenti invitati - aumenta di fatto la probabilità della loro partecipazione (e conseguente aggiudicazione) alla procedura, in spregio del principio di rotazione (degli inviti) e quasi tramutandosi in un escamotage per evitare l'onere motivazionale.

Ciò induce a riflettere sul ruolo del sorteggio, poiché se da un lato esso reca seco un indubitabile effetto scenico, per la totale casualità dell'esito, dall'altro si ritiene che anch'esso debba essere comunque contestualizzato al fine di non renderne nulli gli effetti.

In particolare, l'opzione del sorteggio non può far venir meno la garanzia per la segretezza⁽²⁴⁾ delle offerte di cui all'art. 53, comma 2, lett. b) a tenore del quale: "Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito: [...]b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare".

Ciò significa che il sorteggio in seduta pubblica dovrà necessariamente garantire l'anonimato dei partecipanti, con conseguente onere per la Stazione appaltante di approntare quegli accorgimenti necessari a garantire l'anonimato degli operatori estratti, benché - svolgendosi il sorteggio in seduta pubblica - sia di fatto possibile la conoscenza quantomeno degli operatori che hanno presentato manifestazione di interesse⁽²⁵⁾.

Ad ogni modo, la scelta di procedere a sorteggio deve essere prevista già nel provvedimento di indizione della indagine di mercato, che cristallizza in tale sede le ragioni della deroga al principio della rotazione degli inviti, dovendosi ritenere illegittima la successiva decisione della Stazione appaltante di non considerare l'offerta dell'uscente (o di altro operatore precedentemente invitato), dapprima invitato, in fase di affidamento⁽²⁶⁾.

La lettura "aperta" offerta dal T.A.R. Salerno risulta già contrastata da una di poco successiva sentenza del T.A.R. Latina (Sez. I, 13 novembre 2018, n. 578)⁽²⁷⁾, nella quale si ribadisce l'ampia discrezionalità della Stazione appaltante nell'individuazione delle ditte da invitare e la mera facoltà di invitare l'uscente proprio per la rigorosa prevalenza del principio di rotazione⁽²⁸⁾.

Inoltre, in ordine alla valenza da attribuire al sorteggio - se derogatoria rispetto alla rotazione, come sembra prospettarsi nella sentenza in commento - sembra più corretto contestualizzarlo in relazione alla concreta procedura indetta dall'amministrazione. Ciò significa che, se è stato previsto un sorteggio, è perché la Stazione appaltante ha predeterminato il numero degli operatori da invitare e avendo ricevuto un numero elevato di manifestazioni di interesse

necessita di una loro riduzione al fine di garantire la speditezza della procedura stessa. Dunque, la stessa previsione di un sorteggio dovrebbe ritenersi sintomatica dell'operatività della rotazione, in linea peraltro con le Linee guida Anac di riferimento⁽²⁹⁾.

Appare evidente, allo stato, che l'alternarsi di pronunce di segno contrario denota tutta la difficoltà di giungere ad una corretta ed univoca interpretazione del principio di rotazione - le cui conseguenze gravano in sostanza sulla Stazione appaltante, il cui operato è suscettibile di essere rimesso continuamente in discussione per le troppe variabili anche di carattere interpretativo ed in spregio della stessa *ratio* di speditezza cui le procedure negoziate dovrebbero rispondere.

Nell'ipotesi opposta al sorteggio - che si verifica in presenza di un numero di adesioni all'indagine di mercato inferiore rispetto al numero previsto - si pone l'ulteriore problema di come integrare il numero degli operatori mancanti, da invitare alla successiva procedura. Nel caso di ricorso al mercato elettronico della p.a., come d'obbligo, l'individuazione degli operatori da invitare spetterà al RUP, ma è necessario che i criteri di scelta siano predeterminati a monte⁽³⁰⁾.

Un'ulteriore criticità in ordine all'operatività del principio di rotazione e alla conseguente portata della motivazione che l'Amministrazione deve rendere nel caso ritenga di derogarvi attiene all'ipotesi in cui la procedura indetta ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) sia andata "deserta"⁽³¹⁾.

La posizione giuridica degli "attori di processo": l'uscente, i precedenti invitati, gli invitati e i non invitati

Come è stato osservato⁽³²⁾, la scelta della Stazione appaltante in ordine ai soggetti da invitare incide sulla posizione giuridica che i vari operatori economici vanno ad assumere.

Ci si riferisce ad uno step successivo all'applicazione del principio di rotazione, in quanto una volta che la P.A. ha deciso di invitare l'uscente/i precedenti invitati ad altre gare o altri operatori, in capo a tutti costoro in qualità di "invitati" può ritenersi configurata una posizione qualificata di interesse legittimo pretensivo, che si traduce nel veder presa in considerazione la propria offerta (o comunque di partecipare al sorteggio).

Sicché sembra potersi delineare uno spartiacque tra la categoria degli invitati e quella dei "non invitati". Rispetto a questi ultimi, si è posta di recente la questione se nell'ambito delle procedure negoziate di cui all'art. 36 anche la ditta che non sia stata invitata e tuttavia ritenga di averne i titoli, possa comunque presentare domanda di partecipazione.

Allo stato, sulla questione degli "imbucati" si rinvergono solo due isolate pronunce⁽³³⁾ che tuttavia ne ammettono la partecipazione, a detrimento dello svolgimento celere proprio di tali procedure (nella specie non ritenuto intaccato).

Così, allo stato, potrà darsi la seguente situazione:

- Uscente non invitato: se la Stazione appaltante ha adeguatamente motivato il mancato invito (art. 36 lett. b), questi non potrà trovare soddisfazione in sede processuale. Questi potrebbe pure presentare domanda di partecipazione ma, si ritiene, che laddove la Stazione appaltante abbia adeguatamente motivato circa la sua esclusione in applicazione del principio di rotazione è legittimo che la stessa non prenda in considerazione l'offerta ricevuta e non richiesta;
- Uscente invitato: è titolare di una posizione giuridica qualificata e la sua offerta dovrà essere pertanto presa in considerazione, al pari di quelle degli altri invitati. Ogni valutazione amministrativa circa la deroga alla rotazione è evidentemente stata effettuato a monte, nel provvedimento di indizione della manifestazione di interesse (sede preferibile, per le ragioni sopra esposte, dove esplicitare l'eventuale invito o l'esclusione dell'uscente), semmai suscettibile di essere impugnato dagli altri operatori coinvolti;
- invitati a precedenti procedure: una volta che la Stazione appaltante ne ammette la partecipazione anche alla nuova procedura, dandone riscontro in motivazione, anch'essi sono titolari di un interesse qualificato al pari dei nuovi invitati⁽³⁴⁾;
- altri operatori non invitati: alla luce di quanto ricostruito, costoro rientrano in una categoria residuale, non avendo affatto presentato la propria manifestazione di interesse e non rientrando né tra gli "uscenti" né tra gli "invitati a precedenti procedure". Costoro dunque non avendo presentato domanda di partecipazione, difettano della legittimazione necessaria per poter lamentare una lesione⁽³⁵⁾.

Conseguenze del mancato rispetto delle linee guida

Occorre, da ultimo, un breve cenno alle potenziali conseguenze del mancato rispetto del principio di rotazione (*rectius*, della sua non corretta applicazione) laddove ciò si traduca in sostanza nella violazione delle Linee Guida Anac n. 4.

Sul punto, sotto alcuni profili ancora poco indagato⁽³⁶⁾, rileva che le Linee Guida n. 4 rientrano pacificamente tra quelle "non vincolanti"⁽³⁷⁾, aventi natura di ordinari atti amministrativi⁽³⁸⁾ e dunque inidonee ad integrare quella "violazione di regolamento" rilevante sotto il profilo penalistico dell'abuso d'ufficio.

Tuttavia, un'applicazione distorta dei principi, pure contenuti in tali Linee guida, nel caso in cui ingeneri un contenzioso significativo ovvero comporti un utilizzo antieconomico e poco efficiente delle risorse pubbliche, potrà concorrere alla configurabilità di un danno di tipo erariale⁽³⁹⁾.

Postilla

Nell'imminenza della pubblicazione del presente contributo, si dà atto di una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435)⁽⁴⁰⁾ che appare disattendere quanto espresso nel precedente parere del medesimo supremo Consesso, nonché le stesse indicazioni fornite dall'Anac in merito, ed ove si afferma l'inidoneità dell'invito a tutti gli operatori che avevano aderito alla manifestazione di interesse a legittimare la deroga alla rotazione. A fronte di un panorama più che mai frastagliato sull'esatta portata del principio di rotazione e sulle sue legittime deroghe, sarebbe dunque auspicabile un intervento chiarificatore da parte dell'Adunanza Plenaria.

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Dopo il correttivo di cui al [decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56](#) le Linee Guida Anac n. 4 sono state aggiornate con [delibera n. 206 del 1° marzo 2018](#). Con riferimento al principio di rotazione il punto 3.6 delle suddette Linee Guida stabilisce che: "Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento. La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. La stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia. Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori possono tenere conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori. In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici".

(2) Sulla sostanziale diversità tra "consultazione di mercato" (art. 66 del [D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50](#)) e "indagine di mercato", cfr. G. Savoia, *"Indagini di mercato" e "consultazioni di mercato"*



... *pari non sono*, in <http://www.news4market.it/>, 18 settembre 2017. Cfr. Cons. Stato, parere 13 settembre 2016, n. 1903. Sulle diverse implicazioni dell'uno o dell'altro istituto, di recente: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 11 luglio 2018, n. 4611. Tutte le sentenze amministrative menzionate nella presente e nelle successive note sono reperibili sul sito www.giustizia-amministrativa.it. In generale, A. Gamberini - M. Giustiniani, *Lezioni di diritto dei contratti pubblici*, Roma, 2017, 58 ss.

(3) Analogamente, T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 12 giugno 2017, n. 816, che riscontrava la correttezza dell'operato della Stazione appaltante consistito in un'indagine di mercato aperta a tutti (uscente compreso), cui solo due operatori avevano aderito e poi aggiudicata all'uscente. Sul punto, si v. il commento di M. Alesio, *Principio di rotazione e gestore uscente: finalmente una boccata d'aria fresca*, in *D&G*, fasc. 113, 2017, 2 ss.

(4) Nel solco di un'interpretazione meno stringente del principio di rotazione, si rileva altresì un'altra recente pronuncia del medesimo Tribunale (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 10 gennaio 2019, n. 60), nella quale espressamente si prevede che "la fattispecie dell'affidamento temporaneo ed in via d'urgenza non possa essere assimilata a quello che consegue all'aggiudicazione di una gara d'appalto e che, di norma, si protrae per un lungo lasso di tempo [...]", con la conseguenza che l'operatore anche affidatario diretto purché per un tempo minimo, necessario all'espletamento della gara, può comunque partecipare a tale nuova procedura. Simile interpretazione pone, invero, significative criticità poiché appare non trovare pieno conforto nella disposizione del codice dei contratti e risulta stridente anche con quanto dispongono le Linee guida Anac di riferimento - che, seppur non vincolanti, hanno un loro peso specifico rispetto all'interpretazione che le Stazioni appaltanti devono accogliere. La postulata deroga alla rotazione a fronte di un uscente meramente "temporaneo" pone l'ulteriore criticità della effettiva tempistica della gara almeno sotto due profili: ritenere che si possa derogare alla rotazione se l'affidamento diretto nelle more della gara copre quattro mesi (tempo considerato minimo), non consente però di ricavare un criterio univoco e generalizzabile, sicché sembra rimettersi alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione l'indicazione del tempo necessario all'espletamento della gara senza però un criterio guida espresso; inoltre, *quid iuris* se la procedura di gara dura più del previsto e l'originario tempo minimo si dilata molto di più?

(5) Cfr. in nota precedente: T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, n. 60/2019.

(6) F. Armenante, *In principio è la rotazione*, in www.amministrativamente.com, fasc. 8-9/2018, 5. L'assenza dell'indagine di mercato (o la sua mancata adeguata pubblicità) rende illegittima la procedura negoziata: T.A.R. Friuli Venezia-Giulia, Sez. I, 18 giugno 2018, n. 252; con riferimento al previgente Codice: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 6 luglio 2018, n. 7524. Si tenga conto tuttavia che mentre la giurisprudenza amministrativa distingue la fase dell'indagine di mercato dalla successiva fase di gara in senso stretto (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2018, n. 4597, che ammette comunque la facoltà per la Stazione appaltante di anticipare alla fase di indagine adempimenti propri della fase di gara in senso stretto, purché motivando adeguatamente tale scelta e fermo restando il rispetto dei principi di evidenza pubblica; Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6025), la giurisprudenza contabile di recente ha inteso l'indagine di mercato come primo atto della proceduranegoziata di cui all'art. 36, comma 2, lett. b), D.Lgs. n. 50/2016, con conseguente necessità di prenotazione della spesa già in tale atto (v. Corte Conti, Sez. reg. contr., Veneto, 14 novembre 2018, n. 439).

(7) C. Di Seri, *Appalti sotto-soglia: ulteriori indirizzi Anac sulla rotazione negli affidamenti e negli inviti*, in *quotidiano giuridico*, 24 aprile 2018.

(8) S. Deiana, *Il principio di rotazione e la tutela del gestore uscente*, in questa *Rivista*, 2018, 678 ss.

(9) Cfr. F. Manganaro - R. Parisi, *I contratti pubblici sottosoglia alla luce delle Linee Guida n. 4 dell'Anac*, in questa *Rivista*, 2018, 589 ss., secondo cui dovrebbe evitarsi che "l'applicazione indiscriminata del principio di rotazione possa condurre all'estromissione da un affidamento di notevole valore di un operatore già affidatario di una commessa di importo modesto". A tale conclusione, perviene anche altra dottrina (E. Lubrano) come emerso negli interventi nel corso del Convegno "*Problemi specifici in tema di contratti pubblici*" organizzato dalla Società italiana Avvocati Amministrativisti, presso il T.A.R. Toscana il 4 dicembre 2018.

(10) In generale, v. G. Perulli (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Torino, 2018, 114. D'altra parte le stesse Linee guida chiariscono che: "In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici".

(11) Da ultimo: T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 2 ottobre 2018, n. 1412; Id., 4 settembre 2018, n. 1322, su cui v. G. Sorrentino, *Il principio di rotazione nelle RDO Mepa: soluzioni operative a confronto alla luce della sentenza T.A.R. Puglia, 4 settembre 2018, n. 1332*, in *App.&contr.*, 2018, 10, 9 ss. *Contra*: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 23 luglio 2018, n. 4883.

(12) In adesione a tale ricostruzione, F. Armenante, *op. cit.*, 13, che mette in evidenza lo "scollamento" tra la normativa del codice dei contratti pubblici in ordine all'accezione di "procedura aperta al mercato" e quanto statuito dalle Linee guida Anac di riferimento.

(13) V. art. 1 della L. 27 dicembre 2006, n. 296, art. 7 del D.L. 7 maggio 2012, n. 52, art. 1, commi 1, 7, 8, 13, D.L. 6 luglio 2012, n. 95 in ordine agli obblighi per le amministrazioni di far ricorso al Mepa ovvero agli altri strumenti elettronici messi a disposizione da Consip s.p.a. per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria e alle conseguenze in termini di nullità dei contratti altrimenti stipulati. Cfr.: Corte conti, Sez. reg. Marche, 27-29 novembre 2012, n. 169. Utile per orientarsi la tabella "obblighi-facoltà" pubblicata da Consip (https://www.acquistinretepa.it/opencms/export/sites/acquistinrete/documenti/airpa/guide/ta_bella_obblighifacolta1.pdf). Di recente (dicembre 2018) è stata poi introdotta sul MEPA una nuova funzionalità che dovrebbe agevolare l'Amministrazione nell'applicazione del principio di rotazione, consentendosi la possibilità di prelevare direttamente dal riepilogo di una "RdO" l'elenco degli invitati da utilizzarsi per integrare la sezione "gestione esclusi RdO", tramite cui estromettere dalle operazioni di invito uno o più fornitori.

(14) Così conferma T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 20 giugno 2018, n. 519.

(15) Si osservi che la disposizione disciplina un'ipotesi minima, sicché appare opportuno per l'Amministrazione comunque aumentare il numero degli operatori da coinvolgere, al fine di non facilitare, tra gli stessi, accordi lesivi della concorrenza, fermo restando che in ogni caso la deroga alla rotazione deve essere adeguatamente motivata, anche evidenziando le ragioni per cui la suddetta deroga non produce effetti lesivi della concorrenza.

(16) A conferma di ciò, si veda la FAQ n. 5 alle Linee Guida Anac n. 4, che al quesito "Con riguardo all'applicazione del principio di rotazione, sussistendo i presupposti di cui al paragrafo 3.6 delle Linee guida e al di fuori delle ipotesi eccezionali contemplate al successivo paragrafo 3.7, è legittimo nelle procedure negoziate il re-invito all'operatore uscente, che abbia manifestato interesse alla candidatura a seguito di avviso pubblico e sia stato poi estratto tramite sorteggio con estrazione casuale?", danno la seguente risposta: "Come previsto al paragrafo 3.7 delle Linee guida n. 4, il re-invito all'operatore uscente costituisce ipotesi di stretta eccezionalità, ammissibile al ricorrere delle circostanze ivi indicate. Fermo quanto previsto ai paragrafi 3.6 e 3.7, il meccanismo dell'estrazione casuale, sia pure a seguito di avviso pubblico, non assicura il rispetto del principio di rotazione, come declinato all'articolo 36, primo comma del Codice dei contratti pubblici, novellato dal [decreto legislativo 19 aprile 2017](#), n.56. Tale disposizione, infatti, rende doverosa la rotazione tanto in relazione agli affidamenti che agli inviti".

(17) Corretto dunque se la Stazione appaltante affida direttamente l'appalto senza contattare l'uscente: v. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 15 dicembre 2016, n. 1906, su cui v. S. Usai, *Il rispetto del principio di rotazione e la tutela del pregresso affidatario*, in questa *Rivista*, 2017, 420 ss. Cfr., di recente: T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 3 ottobre 2018, n. 235. Sotto il profilo penale, di interesse Cass. pen., Sez. VI, 16 ottobre 2018, n. 52209, che esclude la configurabilità del reato di cui [all'art. 353 c.p.](#) a fronte di affidamenti diretti ex art. 36, comma 2, lett. a) cod. contr. pubbl. in quanto "non vi è gara in mancanza di forme procedurali [nello specifico precisi criteri di selezione], nel senso che, pur in presenza di un interpello, se non è stabilito alcun meccanismo selettivo di competizione e di concorrenza tra gli offerenti, vi è solo una

comparazione di offerte che la P.A. è libera di valutare, pur attraverso un esame contestuale delle stesse". Parimenti, la richiesta di preventivo non integra una procedura negoziata: T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 26 ottobre 2018, n. 1801.

(18) C. Di Seri, *op. cit.*

(19) D. Irollo, *Gli ultimi approdi giurisprudenziali sull'applicazione del principio di rotazione, tra divieti confermati e nuovi spazi derogatori*, in *quotidianopa.leggiditalia.it*, 23 novembre 2018.

(20) *Contra*: T.A.R. Veneto, Sez. I, 9 febbraio 2018, n. 146, che è recente espressione dell'opposta interpretazione: "[...] per giurisprudenza unanime proseguita anche sotto il vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, il principio di 'rotazione' degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate svolte ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 ... pur essendo funzionale ad assicurare un certo avvicinamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti. Infatti, a fronte di una normativa che pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, la prevalente giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale[...] Considerato, perciò, che secondo la più recente giurisprudenza, ove il procedimento di individuazione del contraente si sia svolto in maniera essenzialmente e realisticamente concorrenziale, con invito a partecipare alla gara rivolto a più imprese, ivi compresa l'affidataria uscente, e risultino rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità, può dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione, che non ha una valenza precettiva assoluta, per le stazioni appaltanti, nel senso di vietare - sempre e comunque - l'aggiudicazione all'affidatario uscente del servizio: se, infatti, questa fosse stata la volontà del Legislatore, il divieto sarebbe stato espresso in tal senso in modo assoluto". Cfr. la pregressa giurisprudenza ivi menzionata: Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2011, n. 6906; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 8 marzo 2017, n. 1336; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 11 marzo 2016, n. 3119. In tale ottica, non è legittimo l'esercizio dell'autotutela motivato con il mancato rispetto del principio di rotazione se comunque sono stati rispettati i principi di concorrenzialità e trasparenza: T.A.R. Veneto, Sez. I, 26 maggio 2017, n. 515. Ma è legittima l'autotutela rispetto ad una procedura cui ha partecipato il solo uscente, il cui originario affidamento era stato oltretutto oggetto di proroghe: T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 6 febbraio 2018, n. 184.

(21) Cfr. D. Irollo, *Procedure negoziate: anche la ditta non invitata ha titolo a partecipare al confronto competitivo?*, in *quotidianopa.leggiditalia.it*, 13 novembre 2018, a commento di T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 25 ottobre 2018, n. 397 e Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2018, n. 3989 (su cui v. *infra*), secondo cui "non sarebbe in realtà configurabile in capo alla S.A. una incondizionata facoltà di circoscrivere a priori il numero dei soggetti da invitare: tale opzione potrebbe essere legittimamente esercitata, volendo essere coerenti con detto orientamento, soltanto a posteriori e dovrebbe essere motivata con la circostanza che, all'esito della preliminare indagine esplorativa di mercato ovvero della costituzione/consultazione degli elenchi di operatori economici propri della Stazione Appaltante o di quelli presenti nel MEPA o altri strumenti similari gestiti dalle centrali di committenza di riferimento, il loro numero sia talmente elevato da determinare appunto 'un aggravio insostenibile del procedimento di gara' e 'un concreto pregiudizio alle esigenze di snellezza e celerità che sono a fondamento del procedimento semplificato' ove dovessero essere invitati tutti". Cfr.: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 24 aprile 2017, n. 2230, secondo cui "non può ritenersi che sussista un obbligo del Comune di rispondere all'istanza prodotta da una società volta ad essere invitata alla procedura di gara"; *contra*: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 8 febbraio 2017, n. 788.

(22) T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 16 maggio 2017, n. 926 per cui il principio di rotazione esclude non solo l'affidatario uscente ma anche i precedenti aggiudicatari, privilegiando gli operatori del settore che non hanno mai svolto l'appalto, cfr.: A. Ubaldi, *Appalti, procedure sotto-soglia: il principio di rotazione è la regola*, in *quotidianogiuridico*, 31 maggio 2017: "Né il principio di rotazione può dirsi bypassabile laddove il conferimento del servizio in appalto sia stato preceduto da indagine di mercato. In tal senso, anche quando l'Amministrazione metta previamente a confronto tutti gli operatori del mercato, compreso quello già affidatario, la regola vuole che chi sia o sia stato già in rapporto

con la Stazione appaltante non possa incassare ulteriori affidamenti[...]" Sulla discrezionalità della Stazione appaltante nell'individuare gli operatori da consultare, v. T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 23 giugno 2017, 36.

(23) V. FAQ n. 5 alle Linee Guida Anac n. 4.

(24) V. Cavarra, *Il sottosoglia*, in M. A. Cabiddu - M. C. Colombo (a cura di), *Appalti Pubblici-II Codice dei contratti*, vol. I, Milano, 2018, 53.

(25) Ad es. sorteggiando i numeri di protocollo, assegnati alle domande di partecipazione. Rileva l'importanza della garanzia dell'anonimato, anche un recente parere dell'Anac (n. 1150 del 12 dicembre 2018), reperibile sul sito dell'Autorità.

(26) Si rinvia ai contributi di S. Deiana, *op. cit.* e D. Irollo, *ult. op. cit.*

(27) E. Cavalleri, *L'interpretazione rigida del principio di rotazione: esso opera anche se il gestore uscente è stato individuato mediante procedura aperta*, in *giurisprudenzappalti.it*, 13 novembre 2018.

(28) In linea con quello che peraltro appare essere l'orientamento prevalente, come riportato da recente T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 10 gennaio 2018, n. 73: "la circostanza che la ricorrente abbia effettuato il servizio nell'anno precedente giustifica da sola il mancato invito, in virtù del principio di rotazione di cui all'art. 36, comma 1, del D.lgs. n. 50/2016, che, in quanto norma speciale per le gare sotto soglia, prevale sulla normativa generale in materia di appalti pubblici [...] Deve, pertanto, ritenersi escluso l'obbligo per la stazione appaltante di invitare l'operatore uscente, trattandosi viceversa di una mera facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione ed in caso di esercizio effettivo, la stessa stazione appaltante deve dare motivato conto all'esterno. In altre parole, solo ove l'Amministrazione si determini ad invitare anche il precedente gestore, essa è tenuta a motivare circa le ragioni di mancato contrasto con il principio di rotazione (cfr. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 9 giugno 2016 n. 372). In linea con la giurisprudenza richiamata, si pongono le linee guida dell'ANAC n. 4/2016, in tema di affidamenti sotto soglia (cfr. [delibera 26 ottobre 2016 n. 1097](#), in G.U. 23 novembre 2016 n. 274), secondo cui "il rispetto del principio di rotazione espressamente sancito dall'art. 36, comma 1, D.lgs. 50/2016 fa sì che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente", potendo, di conseguenza, la stazione appaltante fondare tale scelta solo in considerazione o della riscontrata effettiva assenza di alternative, ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ed in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione". Esclude però una valenza precettiva assoluta del principio di rotazione: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 11 marzo 2016, n. 3319; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 30 settembre 2016, n. 1514; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 21 novembre 2016, n. 5361. Cfr. nt. 20.

(29) Cfr. M. Alesio, *Il "peccato originale" del gestore uscente alla luce del principio di rotazione: analisi degli attuali orientamenti*, in *D&G*, fasc. 7, 2016, 2 ss., dove condivisibilmente si ritiene che una volta ammesso al sorteggio e sorteggiato l'uscente non è legittimo escluderlo nella fase degli inviti. Essendo tuttavia le due fasi collegate - quella della manifestazione di interesse a quella, successiva, della gara vera e propria - la questione dell'applicabilità della rotazione si sposta a monte e dunque, tanto più l'indagine di mercato è sorretta da caratteri di oggettività e chiarezza nell'individuazione dei criteri relativi all'ambito di mercato cui attingere, tanto più le contestazioni non dovrebbero trovare un fertile campo per attecchire.

(30) Si tenga conto però che, nel caso in cui si voglia procedere con "estrazione casuale" degli operatori sul MEPA, non è possibile effettuare tale sorteggio al di fuori di una RDO, ossia esclusivamente per estrarre a caso degli operatori iscritti da invitare alla procedura da indire successivamente. Sarà dunque necessario procedere all'individuazione casuale degli operatori in fase di attivazione della stessa RDO. Sull'obbligatorietà dell'indagine di mercato anche in caso di ricorso al Mepa, v. Cons. Stato, Sez. III, 10 ottobre 2018, n. 5833.

(31) T.A.R. Calabria, Sez. II, n. 73/2018 cit., affronta la fattispecie, concludendo nel senso che nel caso di gara andata deserta ed alla quale la Stazione appaltante, correttamente, non aveva invitato l'uscente in ragione del principio di rotazione, il successivo affidamento (nella specie

diretto, previa consultazione di altri operatori) mutua la caratteristica di affidamento "immediatamente precedente" nei confronti dell'uscente, il quale pertanto viene legittimamente escluso anche rispetto ad esso. In sostanza, secondo tale lettura la circostanza che la gara sia andata deserta non è idonea ad alterare l'operatività del principio di rotazione: "Se, infatti, la descritta condizione preclusiva impone al gestore uscente di 'saltare' il primo affidamento, perché lo stesso si ritrovi, alla successiva gara, in posizione paritaria con gli altri concorrenti (*cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125*), è evidente che, una volta andata deserta la prima gara, il primo affidamento risulta essere proprio quello gravato".

(32) S. Deiana, *op. cit.*, III e IV par.

(33) Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2018, n. 3989 secondo cui "non può negarsi ad un operatore economico, che sia comunque venuto a conoscenza di una simile procedura e che si ritenga in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla legge di gara, di presentare la propria offerta, salvo il potere dell'amministrazione di escluderlo dalla gara per carenze dell'offerta o degli stessi requisiti di partecipazione ovvero perché l'offerta non è pervenuta tempestivamente (rispetto alla scadenza del termine indicata nella lettera di invito agli operatori invitati) e sempre che la sua partecipazione non comporti un aggravio insostenibile del procedimento di gara"; e T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 25 ottobre 2018, n. 397, con riferimento ad una procedura ex art. 36, comma 2, lett. c) cod. contr. pubbl.

(34) Cfr. S. Usai, *Le implicazioni negative dell'applicazione integrale del principio di rotazione*, in questa *Rivista*, 2017, 674 ss., a commento di Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2017, n. 4142.

(35) Di recente v. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *quater*, 6 dicembre 2018, n. 11828. Cfr. T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 12 ottobre 2018, n. 940, che chiarisce come "a tale regola si fa eccezione quando la ricorrente, quale ditta operante nel settore, faccia valere la lesione dell'interesse a partecipare alla gara e contesti la violazione di prescrizioni in materia di pubblicità, le quali avrebbero di fatto impedito la suddetta partecipazione".

(36) Si rinvia per ogni approfondimento in merito, al puntuale contributo di V. Neri, *Disapplicazione delle Linee guida Anac e rilevanza penale della loro violazione*, in questa *Rivista*, 2018, 145 ss.

(37) Per una sintetica disamina, v. B. Boschetti, *L'Anac*, in M. A. Cabiddu - M. C. Colombo (a cura di), *Appalti Pubblici-Attori di processo*, vol. III, 198. In generale, V. Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2018, 98 ss.

(38) V. Cons. Stato, parere 1° aprile 2016, n. 855.

(39) Cfr. E. Buranello, *Le gare d'appalto e la concorrenza*, in M. A. Cabiddu - M. C. Colombo, *op. cit.*, 111 ss.

(40) Su cui si v. per un primo commento D. Irollo, *Palazzo Spada cambia rotta e stringe le maglie delle deroghe al principio di rotazione*, in , 5 febbraio 2019.

IL FENOMENO DEL C.D. "BID RIGGING" E DELLE ATI "SOVRABBONDANTI" - IL COMMENTO

di Marialibera D'Errico

T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 16 novembre 2015, n. 12931

Trattato 25-03-1957, Articolo 101

L. 10-10-1990, n. 287, Art. 2

L'autrice esamina la sentenza del T.A.R. Lazio in riferimento al fenomeno del *bid rigging* e all'uso delle associazioni temporanee tra imprese come strumento per distorcere la concorrenza.

Sommario: Il fenomeno del "*bid rigging*" - Le cc.dd. offerte di comodo, la mancata partecipazione alle gare e la spartizione dei lotti - La coassicurazione e l'associazione temporanea tra imprese - Il caso - La posizione del T.A.R. Lazio - L'associazione temporanea tra imprese come strumento per alterare il gioco concorrenziale - Riflessioni conclusive

Il fenomeno del "*bid rigging*"

Il caso preso in esame si inserisce nel c.d. fenomeno del "*bid rigging*", letteralmente: "manipolazione delle offerte". Per meglio comprendere la fattispecie concreta risulta opportuna un'analisi di tale fenomeno e delle sue manifestazioni.

Come disposto dall'art. 2, par. 2, lett. c), L. n. 287/1990, norma speculare all'art. 101 TFUE, tra le condotte anticoncorrenziali espressamente tipizzate compaiono quelle finalizzate alla spartizione del mercato e delle fonti di approvvigionamento⁽¹⁾. Nella categoria delle intese volte alla ripartizione del mercato si rinvencono quelle aventi ad oggetto il coordinamento tra le imprese partecipanti ad una gara d'appalto, il c.d. fenomeno del *bid rigging*, fattispecie particolarmente frequente e dannosa in materia di pubblici appalti, in quanto lesiva della *res pubblica*⁽²⁾.

Con il termine *bid rigging*, quindi, viene indicato il fenomeno di distorsione del meccanismo di selezione in una gara d'appalto, posto in essere dalle imprese partecipanti attraverso il coordinamento delle modalità di partecipazione delle stesse alla gara. Tale coordinamento è volto all'eliminazione dell'incertezza circa il comportamento del concorrente nella gara. Per mezzo dell'intesa le imprese definiscono l'esito della gara a proprio vantaggio eliminando di fatto il confronto concorrenziale⁽³⁾.

Far sì che le imprese partecipino ad una gara d'appalto nel rispetto della disciplina antitrust appare fondamentale posto che, in tale settore, tra i *competitor* viene instaurata una concorrenza *per* il mercato, finalizzata all'ottenimento del contratto che permetterà all'impresa vincitrice di eseguire in esclusiva il rapporto oggetto di gara⁽⁴⁾. La gara stessa rappresenta l'unica occasione per l'esplicarsi della concorrenza, la quale, infatti, scompare una volta che il servizio oggetto di gara viene aggiudicato, creando in questo modo un monopolio, nel caso in cui vi sia un'unica impresa aggiudicataria, o oligopolio, nel caso siano aggiudicatarie più imprese⁽⁵⁾. In tale contesto le condotte poste in essere dalle imprese e dirette alla ripartizione del mercato attraverso la manipolazione delle gare ad evidenza pubblica, ossia indette dalla P.A., risultano particolarmente dannose sia per la P.A. appaltante sia per i concorrenti che, non partecipando all'accordo restrittivo, subiscono gli effetti di una concorrenza distorta e non basata sui meriti⁽⁶⁾. In ragione dell'alto grado di dannosità per il mercato che gli accordi di ripartizione del mercato (e al loro interno le condotte del *bid rigging*) presentano, gli stessi vengono classificati come *hardcore restriction*, rientrando pertanto nelle restrizioni per oggetto più gravi per il diritto della concorrenza⁽⁷⁾.

Le cc.dd. offerte di comodo, la mancata partecipazione alle gare e la spartizione dei lotti

Le fattispecie attraverso cui le manipolazioni delle gare d'appalto vengono poste in essere sono molteplici. Nel 2009 l'O.E.C.D. pubblicava delle linee guida al fine di individuare le più comuni condotte con cui si realizza il *bid rigging*, distinguendo in particolare fra le condotte di: i) *cover bidding*: offerte di comodo; ii) *bid suppression*: mancata partecipazione alle gare; iii) *bid rotation*: rotazione delle offerte; iv) *market allocation*: spartizione del mercato; puntualizzando che tali strategie non si escludono a vicenda, ma che al contrario una fattispecie può essere caratterizzata da una o più condotte⁽⁸⁾. Tale classificazione trova riscontro, seppur non puntuale, nella prassi dell'Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato (di seguito "AGCM"), la quale parimenti distingue: a) le offerte c.d. di comodo o di mera copertura; b) la mancata partecipazione alla gara e la c) spartizione dei lotti di gara.

Una prima modalità con cui le imprese possono manipolare le gare d'appalto si ha con la presentazione delle cc.dd. offerte di comodo o di mera copertura, frutto di un disegno spartitorio da parte delle società partecipanti alla gara e dirette a trasmettere l'impressione che la stessa si stia svolgendo in reale concorrenza. Tale tipo di accordo è funzionale non soltanto a stabilire l'offerta che l'aggiudicatario designato deve presentare, ma anche quelle, artificialmente maggiori, degli altri partecipanti non designati, i quali pertanto sottopongono delle offerte di mera copertura⁽⁹⁾.

Le imprese possono sia mettersi d'accordo sulle modalità di partecipazione ad una gara d'appalto sia decidere congiuntamente di non parteciparvi affatto, in modo da favorire un concorrente predeterminato o al fine di compromettere il buon esito della procedura, in ogni caso alterandone il risultato. Spesso tale condotta collusiva è finalizzata a che la fornitura del servizio oggetto di gara sia mantenuto dalla compagnia storica, la quale si aggiudica la gara in assenza di qualunque confronto concorrenziale⁽¹⁰⁾.

I partecipanti possono, altresì, mettersi d'accordo per eliminare la concorrenza attraverso la spartizione dei lotti di una gara. La condotta anticompetitiva viene realizzata mediante la presentazione di offerte incrociate, con le quali ciascuna impresa supporta, di fatto, l'offerta proposta dalla controparte. Tale meccanismo prevede che nei lotti di interesse di una

determinata società, quest'ultima presenti offerte tecniche di buona qualità associate a rilanci contenuti sulla componente economica, a supporto di tale combinazione di offerte, nei medesimi lotti la controparte propone offerte tecniche di modesta qualità associate a rilanci economici elevati. Il coordinamento è di fatto realizzato per addivenire ad una ripartizione dei lotti di rispettivo interesse⁽¹¹⁾. Appare necessario evidenziare che tutte le condotte anticompetitive sopra delineate sono state poste in essere attraverso scambi d'informazioni, ossia la condivisione tra le imprese colluse di informazioni aziendali segrete, tra le quali la scelta e i contenuti relativi alla partecipazione alle gare d'appalto. Lo scambio di informazioni, in questi casi, diventa veicolo per la realizzazione dell'intesa illecita⁽¹²⁾.

La coassicurazione e l'associazione temporanea tra imprese

Oltre alle condotte collusive finora illustrate, vi sono altri tipi di condotte che le imprese possono porre in essere al fine di manipolare le gare d'appalto: ci si riferisce, in particolar modo, agli strumenti leciti della coassicurazione e dell'associazione temporanea tra imprese (A.T.I.).

Con il termine coassicurazione si intende il contratto stipulato tra più imprese assicurative, le quali assumono in comune e per quota un certo rischio che sarebbe troppo gravoso porre a carico di una soltanto di esse⁽¹³⁾. Lo scopo di tale istituto, disciplinato all'art. 1911 c.c., è la ripartizione del rischio tra diversi assicuratori in modo tale che ciascuno di essi risponda solo della quota personalmente assicurata. Seppur consentito dall'ordinamento, tuttavia, tale istituto può essere utilizzato a fini anticoncorrenziali⁽¹⁴⁾. Difatti, l'utilizzo da parte delle imprese partecipanti a una gara di una figura tipizzata dall'ordinamento, quale la coassicurazione, anche se prevista nel bando di gara, non esclude che le stesse possano esser ritenute responsabili per la violazione della disciplina antitrust⁽¹⁵⁾. Il problema si pone per le ipotesi in cui la coassicurazione viene utilizzata da imprese che potevano coprire da sole i rischi derivanti dal servizio oggetto di gara, per le quali lo strumento coassicurativo non trova giustificazione e diventa quindi indizio di un disegno collusivo⁽¹⁶⁾. In particolare, la coassicurazione viene utilizzata dalle imprese per coordinare le decisioni assunte da ciascuna in merito alla partecipazione alle medesime gare, con l'obiettivo di: evitare offerte competitive e ottenere, indipendentemente dall'esito della gara stessa, una quota dell'aggiudicazione. Ciò che rileva al fine di verificare se attraverso un contratto di coassicurazione viene alterato il gioco concorrenziale è la causa stessa dell'accordo, intesa non in senso giuridico, ma come ragione dell'affare (o c.d. causa concreta)⁽¹⁷⁾. La coassicurazione, quindi, nonostante sia uno strumento lecito di cooperazione tra società assicurative, se utilizzato per eliminare il rischio competitivo tra i partecipanti ad una gara, determinando una ripartizione degli affidamenti, può divenire un mezzo per distorcere la concorrenza.

Un altro strumento previsto dal nostro ordinamento e utilizzato dalle imprese per eliminare il confronto competitivo nelle gare d'appalto è l'associazione temporanea di imprese (ATI) o il raggruppamento (RTI)⁽¹⁸⁾. Queste rappresentano una forma di cooperazione tra autonomi soggetti giuridici che decidono di associarsi temporaneamente⁽¹⁹⁾ al fine di partecipare in una gara d'appalto, senza tuttavia creare un soggetto giuridico nuovo⁽²⁰⁾. La *ratio* dell'ATI è quella di garantire anche alle piccole imprese, che da sole non avrebbero i requisiti finanziari per partecipare, di poter gareggiare assieme ad altre imprese per aggiudicarsi la gara. Fin dalla sua nascita⁽²¹⁾, quindi, tale strumento associativo ha avuto una natura pro-competitiva⁽²²⁾, essendo finalizzato ad ampliare la dinamica concorrenziale e a favorire la partecipazione alle gare d'appalto anche a piccole imprese. Tuttavia lo strumento del raggruppamento d'imprese sembra avere una doppia natura, pro-competitiva da un lato e anticompetitiva dall'altro⁽²³⁾. Se da un lato, infatti, favorisce il gioco concorrenziale e permette a piccole imprese di partecipare alle gare d'appalto, dall'altro può fungere da strumento per distorcere la concorrenza, favorendo la cooperazione tra le imprese raggruppate, le quali utilizzano l'ATI per porre in essere un'intesa anticompetitiva al fine di ripartirsi il mercato.

Il caso

Con la sentenza n. 12931 emessa il 16 novembre 2015 il T.A.R. Lazio ha respinto il ricorso presentato dalla società Eco Trass S.r.l. (d'ora in poi anche solo "la ricorrente") volto all'annullamento del provvedimento emanato in data 3 febbraio 2015 dall'Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato (AGCM)⁽²⁴⁾. Con il provvedimento impugnato l'AGCM aveva sanzionato la ricorrente assieme a altre cinque società (Alan S.r.l., Azienda Agricola Allevi S.r.l., Cre S.p.a. e Evergreen S.r.l.)⁽²⁵⁾, tutte attive nel mercato del trattamento e condizionamento di

fanghi biologici destinati al riutilizzo in agricoltura, per aver posto in essere un'unica complessa e continua intesa orizzontale in violazione dell'art. 2, L. n. 287/1990⁽²⁶⁾.

In particolare, l'intesa era stata posta in essere tramite la continua condivisione delle informazioni inerenti la partecipazione ad un ampio numero di procedure pubbliche per l'affidamento del servizio di smaltimento dei fanghi civili, svoltesi in Lombardia e Piemonte tra il 2008 e il 2012. L'intesa, così come ricostruito dall'AGCM, è stata attuata con diversi meccanismi, quali, la sistematica partecipazione alle gare d'appalto in ATI, la presentazione di offerte congiunte con messa a disposizione reciproca degli impianti delle società stesse, la ripartizione tra le imprese dei lotti oggetto di una medesima gara e la spartizione delle procedure di gara che venivano bandite⁽²⁷⁾. Dalle evidenze raccolte dall'AGCM si evince, altresì, che le società in parola, attraverso una fitta serie di incontri e scambi di informazioni, cercavano di individuare uno strumento formale e stabile per garantire la loro partecipazione congiunta a tutte le gare d'appalto per la gestione dei fanghi biologici. In particolare tale soggetto fu individuato dapprima in un ATI permanente, della durata di almeno un anno, successivamente in un consorzio e infine in un accordo quadro che fu l'unico ad essere realmente sottoscritto⁽²⁸⁾. Il disegno collusivo realizzato dalle società multate si componeva da un lato della continua ricerca di uno strumento formale e vincolante di coordinamento tra le imprese per quanto attiene alle gare d'appalto, attraverso la creazione di un unico soggetto giuridico legittimato a partecipare alle gare e dall'altro di una serie di incontri, scambi d'informazione e partecipazione alle gare in ATI attraverso i quali, di fatto, le imprese hanno coordinato le proprie strategie di partecipazione alle gare d'appalto per la gestione dei fanghi biologici⁽²⁹⁾.

La ricorrente, impugnando il provvedimento dell'autorità antitrust⁽³⁰⁾, deduceva invece che la costituzione di un ATI in occasione della partecipazione alle gare d'appalto era finalizzata non già ad alterare la concorrenza nel mercato della gestione dei fanghi biologici, ma bensì ad utilizzare razionalmente gli impianti di smaltimento e a marginalizzare i rischi⁽³¹⁾.

La posizione del T.A.R. Lazio

Il giudice amministrativo con la sentenza in commento, ha respinto il ricorso proposto dalla società Eco Trass, in quanto ha ritenuto che il disegno collusivo tra le imprese concorrenti era volto ad eliminare il rischio di qualunque confronto competitivo tra le società in modo da pervenire alla ripartizione dei servizi messi a gara⁽³²⁾. I giudici di prima istanza evidenziano come il disegno collusivo realizzato dalle società in parola prevedeva, a seconda dei casi: *i*) partecipazione in associazione temporanee di imprese (ATI) alle procedure di gara, *ii*) l'astensione strategica da alcune gare d'appalto, in quanto un'altra società facente parte dell'accordo vi partecipava, *iii*) la presentazione incrociata di offerte valide solo per alcuni lotti di gara e di offerte non congrue per altri lotti per i quali un'altra impresa aveva proposto un'offerta appropriata, *iv*) la presentazione di offerte congiunte per la medesima gara da parte di più imprese con messa a disposizione degli impianti.

Con riferimento alla possibilità di partecipare in ATI alle procedure di gara il collegio mette in luce che lo stesso dovrebbe rappresentare uno strumento concorrenziale, per dare l'opportunità anche alle imprese minori di poter gareggiare in una gara d'appalto a cui singolarmente non avrebbero potuto partecipare, per la mancanza di elevate capacità dimensionali e/o di fatturato. Al contrario, nel caso di specie, le società multate erano perfettamente in grado di partecipare in modo autonomo alle gare d'appalto indette dalla P.A., difatti "lo strumento A.T.I." serviva alle imprese per accentrare tutte le forze e eliminare ogni possibile confronto concorrenziale sul mercato⁽³³⁾. Pertanto, i giudici del T.A.R., confermando il provvedimento dell'AGCM, hanno stabilito che tale ripartizione del mercato, così come operata dalle società suddette, costituiva un'intesa restrittiva della concorrenza avente per oggetto il coordinamento nella partecipazione alle gare d'appalto (c.d. *bid rigging*)⁽³⁴⁾.

L'associazione temporanea tra imprese come strumento per alterare il gioco concorrenziale

Con la sentenza in commento i giudici amministrativi tornano a pronunciarsi sull'utilizzo di strumenti associativi a potenziale uso restrittivo della concorrenza. In particolare nel caso di specie attraverso l'ATI le imprese hanno posto in essere una complessa strategia anticoncorrenziale volta al sistematico condizionamento delle gare ad evidenza pubblica. È indubbia la legittimità e l'utilità dello strumento ATI; tuttavia, problemi concorrenziali possono nascere dalla costituzione di un ATI tra imprese anche quando le stesse possiedono

singolarmente i requisiti per partecipare alla gara: si parla in tal caso delle c.d. ATI sovrabbondanti o non necessarie⁽³⁵⁾. Sono quest'ultime ad allarmare maggiormente il Garante per la concorrenza che di fatto è intervenuto in materia sia nell'ambito di procedimenti ex art. 2, L. n. 287/1990 sia nell'esercizio dell'attività consultiva attribuitogli dall'art. 22, L. n. 287/1990.

L'AGCM ha più volte sostenuto che l'ATI ha natura anticoncorrenziale quando la sua composizione non risulta giustificata dalla necessità di abbattere barriere costituite da requisiti dimensionali e tecnico finanziari fissati dalle stazioni appaltanti⁽³⁶⁾. L'operato dell'AGCM riguardo le ATI sovrabbondanti si è particolarmente focalizzato nella ricerca di una soluzione che eliminasse *ab origine* la possibilità che attraverso la creazione di un'ATI (non giustificata da ragione di efficienza o di *favor* verso le piccole imprese) le imprese potessero creare un'intesa anticompetitiva. L'AGCM ha, pertanto, proposto l'introduzione della c.d. *clausola antitrust*⁽³⁷⁾, ossia di una clausola inserita nei bandi di gara diretta a vietare la partecipazione in ATI ad imprese che possiedono singolarmente i requisiti necessari per partecipare alla stessa. La *ratio* della summenzionata clausola risiede nel fatto che il ricorso ad un raggruppamento sovrabbondante deve ritenersi contrario alla ragione stessa dell'istituto (ATI), il quale, è bene ricordare, ha una natura pro-competitiva⁽³⁸⁾. La proposta dell'AGCM, tuttavia, è stata disattesa dalle stazioni appaltanti soprattutto in ragione dell'intervento del giudice amministrativo, il quale ha di fatto bocciato l'introduzione di siffatta clausola in quanto non supportata da un alcun riferimento legislativo ed ha esaltato, al contrario, il valore pro-concorrenziale dell'istituto in parola⁽³⁹⁾. Tale orientamento giurisprudenziale ha prodotto, di fatto, la proliferazione di casi, istruiti dall'AGCM, in cui l'ATI non necessaria è utilizzata a fini anticompetitivi.

Se da una parte abbiamo l'AGCM, favorevole ad impedire che ATI sovrabbondanti partecipino a gare d'appalto, dall'altra troviamo le imprese, le quali, al contrario, difendono la propria libertà di autoprogrammarsi e di decidere liberamente come gestire l'attività d'impresa. Difatti, nulla osta a che due grandi imprese, le quali anche singolarmente avrebbero i requisiti per partecipare ad una gara d'appalto, costituiscano un'ATI allo scopo di marginalizzare il rischio d'impresa, senza che ciò sia indice di una condotta anticompetitiva. Questo perché non è il sovradimensionamento del raggruppamento in sé ad essere illecito, ma l'inserimento di tale sovradimensionamento in un contesto di elementi di fatto che denotano i fini anticoncorrenziali⁽⁴⁰⁾, quali ad esempio gli incontri e lo scambio di informazioni tra le imprese aventi ad oggetto il coordinamento e la pianificazione delle gare d'appalto a cui partecipare. Per tali ragioni, così come avallato dalla giurisprudenza amministrativa⁽⁴¹⁾, non è ammissibile un divieto generale di partecipazione per raggruppamenti, seppur sovrabbondanti, perché una disposizione di tal portata collide con la libertà di impresa. Se così non fosse, nascerebbe una presunzione, aberrante, secondo la quale ogni qual volta le imprese partecipino ad una gara in ATI sovrabbondante, le stesse violano la disciplina della concorrenza⁽⁴²⁾. In realtà, l'ATI sarà contraria al diritto antitrust quando la causa concreta dell'associazione temporanea, intesa come concreta funzione socio-economica dell'affare, sia illecita in quanto volta a distorcere la concorrenza nelle gare d'appalto e non per l'esistenza stessa dell'istituto⁽⁴³⁾.

Riflessioni conclusive

Il fenomeno del *bid rigging* è particolarmente frequente e non sembra arrestarsi nonostante i numerosi casi chiusi con sanzione dall'AGCM⁽⁴⁴⁾. In particolare, il frequente uso dello strumento delle A.T.I. sovrabbondanti per manipolare le gare d'appalto ha condotto l'AGCM dapprima a considerare queste ultime anticompetitive, suggerendo l'inserimento della c.d. clausola antitrust (vedi *supra*) e successivamente a rivalutare la sua posizione verso un approccio meno rigoroso. Difatti, nel caso di specie, il giudice amministrativo ha rigettato il ricorso presentato dalla società ECO TRASS in quanto ha ritenuto illegittimo non l'utilizzo in sé dello strumento ATI, seppur sovrabbondante, ma bensì la sussistenza di un disegno collusivo volto al condizionamento delle gare pubbliche, e al più generale intento anticoncorrenziale di segmentazione e ripartizione del mercato di riferimento attuato mediante l'ATI. La disciplina della concorrenza è stata alterata non già dalla costituzione stessa dell'ATI, ma dalla prova, ampiamente fornita dall'AGCM, che attraverso l'ATI le imprese hanno realizzato l'intento anticoncorrenziale. Che l'ATI sia un terreno fertile per le imprese intenzionate ad alterare le gare d'appalto è indubbio, tuttavia non si può ritenere che tale strumento sia illecito di per sé, da un punto di vista concorrenziale. Una conclusione di tale tipo, che rinveniamo nella sentenza in commento, ben si sposa con la

necessità di garantire un bilanciamento di interessi tra la libertà delle imprese di partecipare alle gare d'appalto in associazione con altre imprese e la disciplina della concorrenza, in quanto una diversa impostazione (ritenere che le ATI sovrabbondanti siano illecite di per sé dal punto di vista concorrenziale) colliderebbe con la libertà d'impresa.

(1) Il risultato che si intende conseguire mediante gli accordi di ripartizione del mercato, sia orizzontali che verticali, è quello di suddividere un determinato territorio in tanti mercati per quante sono le imprese partecipanti, cosicché ogni impresa, all'interno di essi, possa agire indisturbata da ogni concorrenza esterna, vedi: P. Auteri - G. Floridia - V. Mangini - G. Olivieri - M. Ricolfi - P. Spada, *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2012, 447.

(2) Vedi M. Libertini, *Diritto della Concorrenza e dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 193, il quale distinguendo diverse categorie di accordi spartitori: i) in senso territoriale; ii) per tipologia di clientela; iii) per diverse forniture ad uno stesso grande cliente; iv) per categorie merceologiche, inserisce il *bid rigging* nella categoria sub iii), sottolineando la dannosità del fenomeno in quanto spesso diretto a cristallizzare una certa situazione di mercato a danno dei consumatori e della P.A.

(3) In dottrina sul fenomeno del *bid rigging* vedi: A. Jones - B. Sufrin, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, 2011, 812-814; R. Wish - D. Bailey, *Competition Law*, Oxford, 2016, 571-573; S. Weishaar, *Cartels, Competition and public procurement: law and economics approach to bid rigging*, Northampton, MA: Edwards Elgar pub., 2013, 66-88. G.F. Sull'esigenza di coniugare, nelle procedure di gara, i canoni dell'azione amministrativa improntati alla correttezza, trasparenza, efficienza e par condicio, con la massima competitività della gara e con la più severa applicazione dei divieti di intese restrittive del mercato, vedi: G. Viciconte, *La protezione multilivello della concorrenza nel settore degli appalti pubblici*, in *Responsabilità e Concorrenza nel Codice dei contratti pubblici* (a cura di G.F. Cartei), Napoli 2008, 164; S. Fantini, *Il valore aggiunto della tutela della concorrenza nel mercato degli appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2006, 693; Y. Lengwiler - E. Wolfsteter, *Bid rigging analysis of corruption auctions*, in *CESifo Working paper* n. 1488, 2005, disponibile al sito: <http://SSRN.com/abstract=706422>.

(4) In merito vedi: S. Simone, *Il caso "buoni pasto", commento al provv. AGCM n. 10831 (I463) del 12 giugno 2002*, in questa *Rivista*, 2006, 49, il quale sottolinea che nel sistema delle gare pubbliche, ove il principio di libero mercato viene ad assumere un ruolo del tutto particolare, acquista rilevanza: "l'applicazione di una concorrenza funzionale la quale induca il soggetto favorito a comportarsi come se operasse in un contesto di effettiva competizione e quindi a non abusare della posizione di sostanziale dominanza di cui dispone"; in senso analogo vedi anche M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, Relazione in occasione del 61° Convegno di studi Amministrativi: *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, 17-19 settembre 2015, Villa Monastero, Varenna, 12 e F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2012, 12 ss.

(5) Sul punto vedi: F.M. Nicosia, *"Modello Consip" tra Stato e mercato (Lineamenti e prospettive evolutive)*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit*, 2002, 714, secondo il quale la convinzione che la gara costituisca di per sé una procedura idonea a garantire la concorrenza sul mercato deve essere rettificata, in quanto: "una gara pubblica, in quanto finalizzata alla stipulazione di un unico contratto con un unico contraente, non può avere la funzione di dar vita a una situazione concorrenziale, quanto di individuare quell'unico contraente, escludendo gli altri".

(6) Così M. Maci, *Private Enforcement in Bid-Rigging cases in the European Union*, in *European Competition Journal*, 8:1, 213.

(7) In dottrina vedi: R. Wish - D. Baley, *Competition Law*, Oxford 2015, 84-157; A. Ezrachi, *Eu competition law: an analytical guide to the leading cases*, op. cit., 80-130; A. Jones - B. Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, V ed., Oxford, 2014, 122-192; D. Bailey, *"Restrictions of competition by object under Article 101 TFEU"*, 49 *CML Rev.*, 559-599; A. Jones (2010) *Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object Under Article 101(1)*, in *European Competition Journal*, 6:3, 649-676; S. King (2011) *The Object Box: Law*,



TUTOR MAGISTRALIS

MARIA ROSARIA SODANO

Policy or Myth?, in *European Competition Journal*, 7:2, 269-296; Munesh Ram Mahtani (2012) *Thinking Outside the Object Box: An EU and UK Perspective*, in *European Competition Journal*, 8:1, 1-39; P.Fattori, *The Impact of Groupment Des Cartes Bancaires on Competition Law Enforcement*, in *Rivista Italiana Di Antitrust*, n. 2 (2015), 22-28; G.L. Zampa e A. Di Giò, *The Conundrum of Restrictions "by object": Rationale, Scope, Impact and a Proposal*, in *Riv. It. di Antitrust*, n. 3 (2015), 13-44. Di recente in giurisprudenza si veda: sent. T.A.R., Sez. I, n. 12931/2015 del 16 novembre 2015, par. 22.

(8) O.E.C.D., *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*, 2009.

(9) Vedi: AGCM, *Caso istituti vigilanza Sardegna*, I148, provv. n. 4496 deciso il 12 dicembre 1996; AGCM, *Latte artificiale per neonati*, I328, provv. n. 8087, deciso il 2 marzo 2000; AGCM, *Mercato del calcestruzzo*, I559, provv. n. 13457 deciso il 29 luglio 2004; da ultimo il provv. AGCM, *Forniture Trenitalia*, I759, provv. n. 25488 deciso il 27 maggio 2015 (confermato in appello, sent. T.A.R. Lazio 26 febbraio 2016, n. 2668-2674), con il quale sono state multate tredici società operanti nel mercato della fornitura di bene e servizi elettronici per la trazione ferroviaria con riferimento a ventiquattro procedure d'acquisto indette da Trenitalia. Le parti dell'intesa anticompetitiva avevano concordato le modalità di partecipazione alle suddette gare al fine di preordinare gli esiti mediante continui contatti e scambi di informazioni sensibili. In particolare, le tredici società avevano determinato tutti gli aspetti connessi alle procedure pubbliche di acquisto indette da Trenitalia, mediante la decisione concordata su quali imprese avrebbero formalmente partecipato, con un prezzo offerto necessariamente maggiore rispetto a quello delle imprese che avrebbero dovuto risultare aggiudicatarie, par. 229-234. A livello europeo: COMP/38899 *Gas insulated switchgear*, C(2006) 6762 final del 24 gennaio 2007.

(10) Vedi: AGCM, *Noleggio autobus scolastici*, I196, provv. n. 4304 deciso il 10 ottobre 1996; AGCM, *Gare CONSIP servizi di pulizia nelle scuole*, I785, provv. n. 25802 deciso il 22 dicembre 2015 (pendente l'appello dinanzi al T.A.R. Lazio); AGCM, *Gare RCA per trasporto pubblico locale*, I744, provv. n. 25382 del 25 marzo 2015, il cui provvedimento (con cui l'AGCM aveva sanzionato Assicurazioni Generali S.p.a. e Unipol Assicurazioni S.p.a. per aver posto in essere un'intesa avente ad oggetto la non partecipazione a procedure di affidamento del servizio assicurativo RC auto bandite da aziende del trasporto pubblico locale tale da consentire l'affidamento all'unico offerente o, in caso di gara deserta, l'affidamento all'impresa fornitore storico, tramite una contrattazione bilaterale, le quali però offrivano polizze a premi sensibilmente più elevati rispetto a quelli che scaturirebbero da un confronto concorrenziale) è stato riformato in appello dinanzi al T.A.R. Lazio con sent. n. 13736/2015 a causa della mancanza della prova dell'esistenza della pratica concordata.

(11) Vedi da ultimo il provv. AGCM, *Procedure di affidamento dei servizi ristoro su rete autostradali ASPI*, I775, deciso il 22 aprile 2015, par. 57, con cui due società leader nel settore della ristorazione autostradale, MyChef e Chef Express, sono state sanzionate per aver concordato la ripartizione dei lotti di gara, attraverso un meccanismo basato su offerte incrociate per l'affidamento di concessioni ristoro presso aree di servizi o poste sulla rete ASPI.

(12) In merito alla valutazione sotto il profilo della concorrenza dello scambio di informazioni risultano fondamentali le Linee Guida sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, G.U.U.E. C 11 del 14 gennaio 2011, parr. 55-110; vedi anche O.E.C.D., *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, DAF/COMP(2010)37, disponibile al sito: <http://passthrough.fwnotify.net/download/053127/http://www.oecd.org/competition/carte/ls/48379006.pdf>; in dottrina sullo scambio di informazioni: M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., 216-219, il quale dopo aver ricordato che la condivisione di tutte le informazioni rilevanti per il funzionamento del mercato costituisce uno degli elementi fondamentali del modello teorico di concorrenza perfetta, evidenzia come oggi si è affermata l'idea secondo la quale gli scambi di informazioni costituiscono segnali che suggeriscono l'allineamento di prezzi e comportamenti sul mercato. L'autore puntualizza che gli elementi fondamentali nella valutazione del carattere restrittivo di un accordo di scambio di informazioni sono: i) il carattere sensibile delle informazioni scambiate e ii) l'attitudine delle stesse a rilevare non solo la posizione sul mercato, ma anche le strategie dei vari concorrenti. Vedi anche R. Whish - D. Baley, *Competition Law*, cit. 575-583, i quali distinguono il caso in cui lo scambio di

informazioni si concretizza nell'ambito di un accordo di cooperazione orizzontale ed è quindi necessario ai fini di sviluppare l'accordo stesso e il caso in cui lo scambio di informazioni è elemento di una più ampia concertazione e funge da strumento per monitorare e far rispettare un cartello anticompetitivo; V. Falce, *Lo scambio di informazioni nell'esperienza comunitaria e nazionale*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 238 la quale, partendo dal presupposto che un concorrente informato sulle evoluzioni di mercato ottiene un vantaggio competitivo rispetto ai rivali meno informati, distingue tre casi di illecito concorrenziale al quale lo scambio di informazioni può ricondursi. Un primo caso si ha quando lo scambio di informazioni integri un accordo di per sé restrittivo della concorrenza, in quanto avente ad oggetto il reperimento e la distribuzione di dati tra le imprese al fine di eliminare ogni residua incertezza circa le condotte future dei concorrenti. Nel secondo caso lo scambio di informazioni è un elemento di una più ampia concertazione ed assume quindi un ruolo accessorio ma necessario per raggiungere o completare lo schema della concertazione. Nell'ultimo caso lo scambio di informazioni funge da indizio dell'esistenza di una pratica concordata, qualora vi sia un perfetto allineamento delle condizioni commerciali praticate da talune imprese, ma non risulti provata una sottostante volontà collusiva, 238 ss.; L.Vasques, *Scambio di informazioni e "antitrust" negli Stati Uniti e nell'Unione Europea - Exchange of informations and antitrust in the United States and in the European Union*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, 1, 179, il quale contrappone alla visione europeista dello scambio di informazioni come un illecito di pericolo ove il bene giuridico tutelato, la concorrenza, viene difeso *ex ante*, il più virtuoso approccio americano svincolato da qualunque presunzione di illiceità e fondato su una rigorosa analisi degli effetti che lo scambio di informazioni è in grado di produrre.

(13) In generale, sull'istituto della coassicurazione vedi G. Alpa - V. Mariconda (a cura di), *Codice civile commentato*, III, Milano, 2013, 2076.

(14) Vedi AGCM, *Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane*, I731, provv. n. 22838 del 28 settembre 2011, parr. 166-172, relativo ad un'intesa realizzata da alcune compagnie assicurative avente ad oggetto la spartizione di varie procedure di affidamento di servizi assicurativi indette da ASL e aziende ospedaliere campane. L'intesa anticompetitiva era stata posta in essere attraverso la stipulazione del contratto di coassicurazione, attraverso il quale le imprese avevano potuto partecipare tutte assieme alle gare d'appalto e ripartirsi i servizi oggetto delle stesse. Il contratto di coassicurazione era stato stipulato sia prima della gara al fine di coordinare le decisioni di ciascuna impresa in merito all'offerta da presentare, sia successivamente quando, avuto la certezza della vincita della gara in capo ad una compagnia, le imprese potevano subentrare negli affidamenti. La ripartizione delle quote avvenuta tramite la coassicurazione aveva l'univoco scopo di escludere il confronto competitivo nelle gare d'appalto.

(15) Vedi sentenza del T.A.R. Lazio, Sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032 (appello del provv. AGCM n. 22838/2011), nella quale i giudici amministrativi evidenziano che: "la circostanza che la coassicurazione -omissis- sia [dall'art. 1911 c.c.](#), che dunque ne riconosce la liceità sotto il profilo negoziale, non esclude la possibilità di un suo utilizzo in concreto a fini anticoncorrenziali; l'istituto della coassicurazione è di per sé neutro ai fini antitrust; la sua eventuale illiceità deve essere dimostrata sul piano concreto sulla base di riscontri che dimostrino che quello specifico accordo di coassicurazione è finalizzato a limitare la concorrenza (così Cons. Stato, VI, 2 marzo 2001 n. 1187)", par. 6 ultimo periodo. In dottrina, G. Mangione, *Gare d'appalto e intese nel mercato assicurativo: una recente sentenza del Consiglio di Stato*, in *Riv. Società*, 2014, 1196.

(16) Il ricorso allo strumento della coassicurazione risulta sicuramente giustificato quando ha ad oggetto la copertura di rischi altrimenti difficilmente assicurabili per la loro dimensione, rarità o novità, in merito vedi: S. Landini, *La riassicurazione nella teoria e prassi dei contratti del commercio internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2015, 1005.

(17) AGCM, *Gare Assicurative ASL e Aziende Ospedaliere Campane*, I731, provv. n. 22838 del 28 settembre 2011, par. 170, (cfr. Cons. Stato 14 gennaio 2002, n. 150).

(18) Previsti dal recente art. 48, [D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50](#) (Nuovo Codice degli Appalti), speculari all'ormai abrogato art. 37 del [D.Lgs. n. 163/2006](#).

(19) Caratteristiche principali dell'ATI sono la temporaneità, assieme all'occasionalità e alla limitatezza dell'accordo.



(20) Sull'individualità e l'autonomia giuridica delle imprese in ATI vedi: M. Mazzone, *L'associazione temporanea di imprese*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XVII, Torino, 1985, 151 ss.; G. Pezzato, *Associazione temporanea di imprese e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 1996, I, 717 ss.

(21) L'istituto dell'ATI si è sviluppato intorno agli anni sessanta, quando le imprese italiane necessitavano di uno strumento per poter essere maggiormente competitive con le concorrenti internazionali sul fiorente mercato degli appalti pubblici. Sul punto vedi: A. Casinelli, *L'utilizzo di strumenti associativi nelle procedure ad evidenza pubblica-Profilo concorrenziali*, in *Nuova rassegna*, 2012, 4, 470.

(22) Quanto alla natura antimonopolistica dell'ATI, vedi: T. Fiorella, *ATI e disciplina antitrust*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 829, la quale ricorda che: "le ATI nascono principalmente allo scopo di fornire uno strumento di contrasto alle situazioni di monopolio delle grandi imprese, nell'attuazione dei principi di libera concorrenza accolti dal Trattato di Roma"; vedi anche F. Bertini, *Brevi note di associazione temporanea di imprese: pratica lecita o intesa vietata?*, in *Giur. mer.*, 2008, 1721 ss.; S. Simone, *Il codice dei contratti pubblici viola il principio di libera concorrenza?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 652-660; G. Scarcia, *Mercato della gara d'appalto, intese e virtuosismi delle associazioni temporanee di imprese*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2007, 830.

(23) Il fatto che l'ATI sia un negozio giuridico tipizzato non esclude di per sé che possa costituire un'intesa contraria al diritto antitrust qualora il suo concreto utilizzo avvenga con finalità anticoncorrenziale. Il principio per cui una condotta lecita secondo una certa branca del diritto può ciononostante integrare un comportamento anticompetitivo è stato confermato dal Consiglio di Stato con le sentenze del Cons. Stato, Sez. VI, 9 aprile 2009 n. 2204, par. 10.8, e Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693, caso Pfizer, in cui i giudici ricordano che i comportamenti lesivi della concorrenza ben possono essere posti in essere attraverso l'uso di facoltà e/o diritti riconosciuti dall'ordinamento, dei quali si faccia un uso strumentale, non coerente con il fine per il quale sono attribuiti.

(24) AGCM, *"Gare gestione fanghi in Lombardia e Piemonte"*, 1765, provv. n. 25302 del 3 febbraio 2015.

(25) Tutte le società coinvolte hanno impugnato il provvedimento dell'AGCM, il quale, come nel caso in esame, è stato confermato dal T.A.R. Lazio. Le sentenze di riferimento sono le: n. 12932-12935/del 2015.

(26) Vedi provv. AGCM 3 febbraio 2015, n. 25302, cit., par. 157.

(27) Vedi provv. AGCM 3 febbraio 2015, n. 25302, cit., par. 162.

(28) Vedi provv. AGCM 3 febbraio 2015, n. 25302, cit., par. 160.

(29) Vedi provv. AGCM 3 febbraio 2015, n. 25302, cit., par. 161.

(30) La ricorrente impugnava il provvedimento sanzionatorio emanato dall'AGCM, sostenendo che: a) l'ATI è uno strumento lecito di cooperazione tra le imprese; b) l'Autorità non aveva dimostrato che le gare erano state effettivamente falsate, né che il mezzo utilizzato per addivenire alla turbativa era adeguato a realizzarla; c) l'Autorità avrebbe dovuto dimostrare gli effetti distorsivi sul mercato; d) il mercato rilevante non era stato correttamente individuato; d) la sanzione comminata era iniqua. Tutti i motivi di ricorso sono stati respinti dal giudice amministrativo, il quale, in particolare, è tornato a ricordare che per quanto attiene alla valutazione del mercato rilevante questo può coincidere con la singola gara nella quale la condotta anticoncorrenziale va ad incidere. Pertanto, così come ribadito dal Cons. Stato, Sez. VI, nella sent. n. 5423, del 4 novembre 2014: "la definizione di mercato rilevante (nell'ambito del *bid rigging*) non è connotato in senso meramente geografico o spaziale, ma è relativa anche e soprattutto all'ambito nel quale l'intero anticoncorrenziale ha, o avrebbe, capacità di incidere (omissis) sulla dinamica concorrenziale. In tali ipotesi, quindi, la definizione del mercato rilevante è successiva rispetto all'individuazione dell'intesa nei suoi elementi oggettivi", cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 3 aprile 2009, n. 2092 e Cons. Stato, Sez. VI, 1° marzo 2012, n. 1192; vedi anche: Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032 in cui i giudici stabiliscono che anche una porzione ristretta del territorio nazionale può assurgere a mercato rilevante, ove in essa abbia luogo l'incontro di domanda e offerta in condizioni di autonomia rispetto ad altri ambiti anche contigui.

(31) Sent. T.A.R. Lazio, Sez. I, 16 novembre 2015, n. 12931/2015, par. 7. In particolare, secondo la ricorrente, l'ATI era giustificata dal fatto che i fanghi ritirati possono essere contaminati da sostanza metalliche e non metalliche, e quando ciò avviene i costi del trattamento aumentano a tal punto da inibire all'impresa la possibilità stessa di trattare quel rifiuto nei propri impianti. Pertanto, la partecipazione in ATI serviva proprio a dividersi tali rischi.

(32) Sent. T.A.R. Lazio, Sez. I, 16 novembre 2015, n. 12931, par. 10.

(33) Sent. T.A.R. Lazio, Sez. I, 16 novembre 2015, n. 12931, par. 12.

(34) Sent. T.A.R. Lazio, Sez. I, 16 novembre 2015, n. 12931, par. 22.

(35) In dottrina vedi: P. Carbone, *Brevi considerazioni sulle "Associazioni temporanee di imprese non necessarie"*, in *Riv. trim. appalti*, 2012, 529-551; M. D'Alberti, *Interesse Pubblico e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss.; A. Stabilini, *Concentrazioni e tutela dei terzi nella legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 2006, 448; A. Argentati, *Interesse Pubblico e concorrenza negli appalti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 295; P. Zampini, *Raggruppamenti temporanei tra "favor participationis" e principi "antitrust"*, in *Nuovo notiziario giuridico*, 2013, 498-521.

(36) Vedi AGCM, *Comune di Casalmaggiore-Gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas*, provv. n. 23794 del 2 agosto 2012, con cui l'Autorità ha multato alcune società attive nel mercato della distribuzione del gas per aver posto in essere un'intesa anticompetitiva nell'ambito di una gara bandita dal Comune di Casalmaggiore, sostenendo che le società in parola avevano partecipato tramite la costituzione di un'ATI giudicata "sovrabbondante", in quanto non giustificata da nessuna ragione di efficienza, industriale o gestionale dal momento che tutte le società possedevano individualmente i requisiti per partecipare alla gara, vedi par. 146, 213; vedi anche AGCM, *Gare per servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi presso gli arsenali di Taranto, La Spezia ed Augusta*, I782, provv. n. 25739 del 18 novembre 2015, in cui l'alterazione delle gare pubbliche - aventi ad oggetto l'espletamento di servizi di bonifica da amianto - aveva preso la forma di una costituzione di ATI ritenuta sovradimensionale, poiché non giustificata da ragioni economiche di tipo organizzativo o di riparto dei carichi di lavoro, ma al sol fine di ripartire il mercato fra le imprese partecipanti. Id., parr. 193, 200, 201.

(37) Come definita da: R. Mangani, *Raggruppamenti "sovrabbondanti" e tutela della concorrenza*, in *www.giustamm.it*, 2013, 7, 9.

(38) Fin dalla segnalazione AS251 del 7 febbraio 2003, l'Autorità ha evidenziato la necessità di inserire una clausola nei bandi di gara che limitasse la possibilità di associarsi in ATI o RTI da parte di imprese che singolarmente sarebbero state in grado di poter partecipare alla gara. Tale proposta è stata ribadita dall'Autorità numerose volte, vedi, ad esempio: AS 442 del 28 gennaio 2008, AS 880 del 28 settembre 2011, AS 987 del 17 settembre 2012, tuttavia in quest'ultima segnalazione l'Autorità ha suggerito un approccio, alla c.d. clausola antitrust, più dinamico rispetto a quanto prospettato in passato, in quanto ha stabilito che: "l'inserimento della clausola di esclusione del RTI tra imprese che posseggono ciascuna i requisiti di partecipazione alla gara, pur essendo astrattamente lecita, deve essere valutata alla luce del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto e alle dimensioni del servizio richiesto. Rientrerà, pertanto nella discrezionalità delle stazioni appaltanti valutare se la complessità del servizio e/o l'assetto del mercato di riferimento consentano di non inserire nel bando di gara la clausola suddetta". Pertanto, l'inclusione della predetta clausola di esclusione non potrà mai essere automatica, ma dovrà essere soppesata dalle stazioni appaltanti caso per caso (vedi anche: AGCM, *Comunicazione avente ad oggetto l'esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese "sovrabbondanti" dalle gare pubbliche*, del 23 dicembre 2014). Con tale approccio, l'Autorità si è uniformata a quanto stabilito dalla Corte di Giustizia, Sez. IV, C-538/07, *Assitur Srl/Camera di Commercio, Industria e Artigianato di Milano*, ECLI:EU:C:2009:317 in cui si afferma che in tema di divieto di partecipare alla gara per le imprese collegate: "Una tale normativa, basata su una presunzione assoluta secondo cui le diverse offerte presentate per un medesimo appalto da imprese collegate si sarebbero necessariamente influenzate l'una con l'altra, viola il principio di proporzionalità, in quanto non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti

[...].In tale contesto, il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte depositate dalle imprese interessate nell'ambito di una stessa procedura di aggiudicazione pubblica richiede un esame e una valutazione dei fatti che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici effettuare." ECLI:EU:C:2009:317, parr. 30 e 32.

(39) Vedi: Cons. Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577 del 20 febbraio 2008; T.A.R. Lazio, Sez. III, 27 ottobre 2011, n. 8267.

(40) Così come stabilito dai giudici del Cons. Stato, Sez. VI, nella sent. n. 5067 del 24 settembre 2012.

(41) Vedi nt. 36.

(42) Difatti, con la sent. n. 3402 dell'11 giugno 2012, il Consiglio di Stato ha evidenziato che: "l'accordo associativo ATI(*omissis*) non può dirsi di per sé contrario al confronti concorrenziale".

(43) Vedi T. Fiorella, *ATI e disciplina antitrust*, cit., 834.

(44) In merito vedi: R. Whish - D. Bailey, *Competition Law*, cit., 573, i quali scrivono: "it's perhaps surprising that, even though the law on collusive tendering is well established, the Commission is still able to unearth new cases". Occorre rilevare che l'O.E.C.D. ha elaborato un elenco di punti che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero seguire per ridurre il rischio di turbativa negli appalti pubblici e promuovere una concorrenza più efficace, quali i quali: i) definire la procedura di aggiudicazione in modo tale da rendere massima la partecipazione potenziale di offerenti in reale concorrenza tra di loro; ii) stabilire requisiti chiari ma non prevedibili; iii) definire la procedura di aggiudicazione in modo da ridurre efficacemente le comunicazioni tra i partecipanti, in *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*, cit., 2009.

Urbanistica e appalti, 1998, 12, 1281 (commento alla normativa)

Appalti di servizi

I RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI DI IMPRESE NELLA GESTIONE DEI RIFIUTI

Aliotta Eloisa ; Granieri Massimiliano

D.Lgs. 05-02-1997, n. 22

L. 08-06-1990, n. 142

Sommario: La gestione dei rifiuti come "settore escluso" - Requisiti soggettivi per l'affidamento del servizio - Il raggruppamento d'impresa alla prova dei fatti - Quale tipo di iscrizione? - L'appalto di un segmento di attività affidata

(*)

La gestione dei rifiuti come "settore escluso"

La gestione dei rifiuti avviati allo smaltimento costituisce un servizio che il comune, in via esclusiva, deve offrire indiscriminatamente a tutti i cittadini, dietro pagamento di una tassa. Grazie a queste caratteristiche, essa è qualificabile come "servizio pubblico", in quanto rappresenta un'attività che realizza "fini sociali" e favorisce lo "sviluppo civile delle comunità locali"⁽¹⁾. In ossequio a questa definizione, in base all' art. 21 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, c.d. decreto Ronchi, annunciato come legge-quadro di settore, risulta di competenza dei comuni la gestione dei rifiuti urbani e assimilati agli urbani avviati allo smaltimento "in regime di privativa nelle forme di cui alla legge 8 giugno 1990, n. 142 ...".

Una volta chiarita la natura del servizio di gestione dei rifiuti avviati allo smaltimento, resta da accertare quali possano essere le forme per la gestione di detto servizio da parte dell'ente locale e quali siano i soggetti che possono essere affidatari della gestione. In particolare, per ciò che riguarda questo secondo aspetto, occorre chiedersi se ed in che modo il raggruppamento temporaneo di imprese possa partecipare alle procedure per l'affidamento del servizio ⁽²⁾.

La questione assume un rilievo pratico, oltre che tecnico-giuridico, di un certo spessore, posto che la gestione di rifiuti avviati allo smaltimento, comprende molteplici attività (trasporto, raccolta, smaltimento, recupero, ecc.), che possono richiedere il contributo di diversi soggetti.



Riguardo al primo punto, l'art. 21 del decreto Ronchi fornisce una preziosa informazione, stabilendo che al regime di smaltimento dei rifiuti urbani e assimilabili agli urbani si applica l'art. 22 della [l. n. 142/1990](#). Tale norma elenca le forme delle quali i comuni possono servirsi per fornire i servizi pubblici locali: gestione "in economia", in "concessione a terzi", o "a mezzo di azienda speciale", oppure "di istituzione", o di "società per azioni a prevalente capitale pubblico".

Per mezzo dell'art. 21 il legislatore "ambientale" ha stabilito che la gestione dei rifiuti avviati allo smaltimento è soggetta alle regole sui servizi pubblici locali, indicate nella [l. n. 142/1990](#), all'art. 22: la gestione del rifiuto può essere svolta nelle cinque forme, tassative, elencate nell'art. 22 e in nessun altro modo. Ciò comporta che allo smaltimento dei rifiuti da parte dell'ente locale non si applica il [decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157](#) sugli appalti di pubblici servizi.

Perché si configuri appalto di servizi, l'amministrazione dovrebbe ricevere una prestazione, mentre, lo smaltimento dei rifiuti consiste in un servizio che la P.A. obbligatoriamente - in regime di privativa - deve svolgere per la collettività, e non rappresenta una prestazione a vantaggio della stessa. Infatti, a fronte dell'attività di smaltimento dei rifiuti, i cittadini sono gravati di una tassa in favore dell'ente pubblico, mentre nel caso dell'appalto, sarebbe l'ente a dover corrispondere una controprestazione in favore dell'appaltatore.

Oltre a ciò, l'applicazione esclusiva dell'art. 22, legge cit., in conseguenza della quale la gestione dei rifiuti urbani può avvenire solo nelle forme in esso indicate, è confermata dall'art. 5, [d.lgs. n. 157/1995](#), che disciplina i settori esclusi dalla norma sui pubblici appalti. Tale disposizione stabilisce che il decreto non si applica, quando l'appaltatore è esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice "...in base ad un diritto di esclusiva di cui beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative,...". Nel caso di specie, l'istituzione, la S.p.A., l'azienda speciale, il concessionario dell'attività di gestione dei rifiuti, possono essere considerati essi stessi amministrazioni aggiudicatrici in base all'art. 2 del [d.lgs. n. 157](#), che dispone: "Sono amministrazioni aggiudicatrici gli organismi di diritto pubblico comunque denominati".

L'art. 5 stabilisce, poi, che la qualifica di amministrazione aggiudicatrice si basa su di un diritto di esclusiva; è l'art. 21 del decreto Ronchi a sancire un diritto di privativa in capo al comune riguardo la gestione dei rifiuti urbani e assimilabili agli urbani avviati allo smaltimento.

A ragionare diversamente, volendo, cioè, ritenere la gestione dei rifiuti soggetta alla normativa sugli appalti pubblici, il vantaggio sarebbe notevole, soprattutto con riguardo al secondo problema evidenziato in apertura, perché, trovando applicazione l'art. 11, [d.lgs. n. 157/1995](#), non vi sarebbero dubbi sulla possibilità di partecipazione alle procedure da parte di raggruppamenti di imprese. Tuttavia, un'opzione interpretativa siffatta avrebbe costi troppo elevati, dovendo andare di gran lunga oltre la lettera delle disposizioni richiamate.

Esclusa, dunque, l'applicabilità delle norme sugli appalti pubblici, è necessario ricercare - al di fuori del sistema dell'appalto - le possibili modalità di affidamento dello smaltimento di rifiuti al raggruppamento di imprese, scegliendo le forme compatibili con tale soggetto, in base al dettato dell'art. 22, [comma 3, l. n. 142/1990](#) (con le modifiche successive fino alla [l. n. 127/1997](#), c.d. "legge Bassanini bis").

Il servizio di gestione dei rifiuti urbani e assimilabili agli urbani può essere garantito dal comune, in definitiva, o attraverso una gestione diretta o - come ricordato - "in economia", "in concessione a terzi", "a mezzo di azienda speciale", "di istituzione" e "di società per azioni" ⁽³⁾.

Requisiti soggettivi per l'affidamento del servizio

Si tratta, ora, di stabilire - affrontando il secondo degli interrogativi sollevati - quando e come possa un raggruppamento di imprese proporsi o essere scelto come *partner* privato dell'ente pubblico secondo le forme di gestione succitate.

Nella sede naturale - la normativa di diritto ambientale sui rifiuti, disposizioni previgenti e decreto Ronchi - non si rinviene alcun riferimento alla materia oggetto del nostro interesse; non vengono stabiliti, in altre parole, i requisiti soggettivi necessari alla partecipazione ad una gara per l'affidamento di servizi di gestione dei rifiuti. Il problema è, quindi, accertare se il silenzio del legislatore, riguardo al raggruppamento temporaneo di imprese nel settore dello smaltimento di rifiuti, valga come divieto.

In assenza di fonti specifiche, è necessario richiamare la normativa generale in materia di concessione, e di società miste (cioè a capitale pubblico e privato), e tener conto della consuetudine delle clausole provvedimentali, oltre che della giurisprudenza.

In materia di concessione, vi sono dei punti fermi riguardo ai criteri di scelta del contraente, sempre orientata agli schemi procedurali dell'evidenza pubblica, al fine di garantire imparzialità dell'amministrazione, nelle fasi di riscontro delle capacità necessarie per l'attività oggetto della concessione, di analisi della idoneità economica e finanziaria dell'organizzazione delle imprese, di comparazione delle proposte in caso di più d'una concorrente.

Di regola, la scelta del concessionario avviene secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Non si rinviengono criteri ulteriori in base ai quali l'amministrazione può scegliere il suo *partner*.

Pur escludendo l'applicabilità diretta delle norme interne sull'appalto di servizi ([d.lgs. n. 157](#) cit.) in materia di affidamento a soggetti pubblici di attività destinate in via esclusiva alla P.A., si potrebbe, non di meno, considerare il valore che assumono la direttiva n. 92/50 Cee - sugli appalti di pubblici servizi - e le norme interne attuative della stessa, come principi generali, per estendere anche ad ambiti confinanti quantomeno le loro linee guida, le ragioni di tutela, le finalità.

La P.A. sarebbe sufficientemente garantita dall'applicazione di tali disposizioni, da riferire per analogia anche alle altre forme simili di affidamento di pubblico servizio. Peraltro, l'applicazione dei criteri comunitari, oltre a garantire la trasparenza del procedimento, evita che il provvedimento di affidamento possa essere giustiziato ad opera del concorrente escluso che lamenti l'eccesso di potere della P.A.

La soluzione proposta, che supplisce alla mancanza di norme speciali sulla materia in esame, è corroborata dal Consiglio di Stato, in un'importante Adunanza Plenaria, che raggiunge gli stessi risultati sulla: "...opportunità di modellare la procedura concorsuale sulla scorta delle disposizioni contenute nel d.lgs n. 157/1995..." ⁽⁴⁾.

Tuttavia, l'interpretazione grazie alla quale il Consiglio di Stato perviene a tale assunto, a seguito dell'esclusione della diretta applicabilità della legislazione sugli appalti pubblici, è spiegato come una "libera opzione", che poco convince. Molto più efficace appare la interpretazione analogica di norme comunitarie, o l'estensione di principi senza dubbio validi per tutto il sistema di affidamento, non solo per l'appalto.

L' [art. 11 del d.lgs. n. 157/1995](#), attuativo della [direttiva n. 92/50/Cee](#), in materia di appalti di pubblici servizi, è dedicato ai raggruppamenti di imprese; esteso fuori dall'ambito originario, in qualità di principio generale riguardante tutti i tipi di affidamento di servizio pubblico, esso colmerebbe il vuoto legislativo registrato in tema di concessione del servizio di smaltimento rifiuti. Tale norma dispone, infatti, che "l'applicazione delle disposizioni sui raggruppamenti di imprese contenute nell' [art. 10 del d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358](#), è estesa agli appalti di cui all'allegato 1 al presente decreto".

Accertato che nell'allegato 1 sono contemplati, al punto 2, i servizi di trasporto terrestre e al punto 16 quelli di "eliminazione" di scarichi di fogna e "di rifiuti", si può supporre che l' [art. 10 del d.lgs. n. 358/1992](#) trovi applicazione anche nell'ambito che qui rileva. Sebbene il tenore letterale dei due punti non preveda le dettagliate fasi della gestione dei rifiuti, così come indicate nel decreto Ronchi (cfr. art. 6, comma 1), si deve ritenere che la previsione circa "l'eliminazione dei rifiuti" le presupponga quasi interamente.

Ipotizzato, dunque, che all'attività di gestione dei rifiuti è estesa la disciplina dell'art. 11 ([d.lgs. n. 157/1995](#)), resta da individuare il contenuto dell' [art. 10 del d.lgs. n. 358](#), che così recita: "Raggruppamenti di imprese. Alle gare per l'aggiudicazione delle forniture di cui al presente testo unico sono ammesse a presentare offerte anche imprese appositamente e temporaneamente raggruppate. ...".

Nei commi successivi, lo stesso articolo indica, dettagliatamente, le caratteristiche necessarie dell'offerta congiunta, il complesso dei rapporti delle imprese raggruppate, fra loro e con l'amministrazione aggiudicatrice. Le direttive colà contenute possono così riassumersi:



- tutte le imprese del gruppo devono sottoscrivere l'offerta e specificare l'area di propria competenza. Ognuna di esse è responsabile, in solido con le altre, nei confronti dell'amministrazione;

- una volta aggiudicato l'appalto, ogni impresa del gruppo deve conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza alla capogruppo, per mezzo di scrittura privata autenticata. Tale mandato è gratuito e irrevocabile, e la revoca per giusta causa non ha effetti nei confronti dell'amministrazione. Quest'ultima può far valere in giudizio, direttamente sulle imprese mandanti, le responsabilità a loro carico, anche se il mandatario ha rappresentanza, oltre che per tutte le attività dipendenti dal contratto, anche processuale. Tuttavia, ciò non implica che le imprese raggruppate, per effetto del mandato, perdano la propria autonomia nella gestione, per gli adempimenti fiscali e riguardo agli oneri sociali; è possibile, infatti, che non vi sia né organizzazione né associazione fra le imprese del gruppo;

- nel caso in cui l'impresa mandataria fallisca (o, se individuale, il titolare muoia, o sia inabilitato o interdetto), l'amministrazione può recedere dal contratto o protrarre il rapporto con altra impresa del gruppo o con una terza designata *ad hoc* ;

- in caso di estinzione di un'impresa mandante, la mandataria ha facoltà sia di introdurre una sostitutiva, sia di eseguire per sé o con le altre mandanti l'attività di quella.

L'applicazione di tale sistema garantirebbe la P.A. contro possibili inadempienze del raggruppamento, imputabili all'assenza di un centro di imputazione d'interessi.

L'art. 10, [d.lgs. n. 358](#), non è la sola norma di settore che riconosce i raggruppamenti di imprese; riguardo ai soggetti legittimati a partecipare alla gara pubblica, legislazione, dottrina e giurisprudenza includono i raggruppamenti temporanei.

Fra le decisioni giudiziali, viene in rilievo una decisione ormai non più recentissima, in base alla quale "...le imprese intenzionate a riunirsi ai fini della partecipazione ad una gara per l'aggiudicazione di una concessione di pubblico servizio non hanno l'obbligo di dar vita al raggruppamento prima della richiesta di partecipazione alla gara stessa o prima della presentazione dell'offerta, essendo sufficiente che quest'ultima risulti congiuntamente sottoscritta dai soggetti che, in caso di aggiudicazione daranno vita alla riunione di imprese" ⁽⁵⁾. Nel testo succitato, il giudice amministrativo non solo ammette la partecipazione del raggruppamento, ma attesta la sufficienza della sottoscrizione congiunta dell'offerta, per poter partecipare alla gara, introducendo la trattazione delle problematiche inerenti alla partecipazione di un raggruppamento ad una pubblica gara ⁽⁶⁾.

È, però, in ambito comunitario che, inconfutabilmente, trova riconoscimento il raggruppamento.

In materia di appalti, - ma i principi-base possono essere estesi oltre l'ambito originario - il [d.lgs. n. 157/1995](#) è attuazione della direttiva n. 50/92/CEE del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

Quest'ultima, all'art. 26 dispone che "le offerte possono venir presentate da raggruppamenti di prestatori di servizi". E aggiunge che non è possibile richiedere loro, ai soli fini della presentazione dell'offerta, una determinata forma giuridica; richiesta legittima, invece, una volta aggiudicato l'appalto. L'enunciato suddetto dissipa ogni dubbio, oggetto di giudizio davanti a corti di merito italiane, in materia di affidamento sia di forniture che di servizi, circa il momento di formazione del gruppo. Infatti, dato che per la sottoscrizione dell'offerta è sufficiente la firma di tutte le imprese raggruppate, è evidente che il raggruppamento può assumere una determinata forma giuridica anche dopo l'aggiudicazione, e, prima di essa, non averla affatto.

Dunque, nell'art. 26 viene stabilito il principio fondamentale di non discriminazione in funzione della forma giuridica, il quale garantisce pari opportunità in capo agli interessati agli appalti pubblici, a prescindere dalla loro qualificazione giuridica.

Tale aspetto si inserisce nella serie di garanzie comunitarie finalizzate al rispetto delle pari opportunità per le imprese interessate agli appalti, come l'irrilevanza della ampiezza della struttura imprenditoriale (piccola, media o grande impresa) a tutela delle piccole strutture, e la provenienza da uno o altro paese della Comunità, nel rispetto dei diritti di imprese straniere ⁽⁷⁾. Anche in base ai detti principi, nella logica generale del sistema, non sarebbe affatto giustificabile un'esclusione dei raggruppamenti, perché significherebbe eludere il divieto di discriminazione

delle piccole imprese. Queste, attraverso il raggruppamento sia pur temporaneo, raggiungono i requisiti minimi per partecipare a gare, alle quali, altrimenti, dovrebbero rinunciare.

Il raggruppamento_d'imprese alla prova dei fatti

La totale assenza di norme riguardanti la partecipazione alle gare del raggruppamento nella materia dello smaltimento dei rifiuti rende incerti anche i requisiti, necessari a tal fine, che ogni singola impresa del raggruppamento deve avere. Infatti, non è chiaro se ogni unità della cordata debba garantire la detenzione, per se stessa, di tutti i requisiti per l'esecuzione del servizio, oppure se sia sufficiente che la somma delle prestazioni delle imprese raggruppate sia idonea a fornirlo.

Sembra evidente che se una impresa da sola potesse aspirare alla gestione dell'attività pubblica, non andrebbe a cercare altre organizzazioni con cui raggrupparsi; in ossequio alla *ratio* della funzione del raggruppamento, è richiesto ad ogni impresa di impegnarsi a prestare una parte del servizio.

La soluzione proposta potrebbe apparire svantaggiosa per le amministrazioni aggiudicatrici, le quali non sarebbero in alcun modo garantite in ordine alla fornitura dell'intero *opus*. Tuttavia, si è già cercato di mettere in luce il fattore che ristabilisce l'equilibrio nella responsabilità solidale delle singole imprese e nel ruolo della capogruppo.

Ma non sono esaurite le lacune delle norme, e dunque i problemi pratici, che potrebbero derivare nella gestione dei rifiuti, per esempio, dalla partecipazione ad un'offerta di pubblica gara da parte di un gruppo verticale invece che orizzontale.

È possibile, infatti, che si uniscano imprese che non producono lo stesso servizio, ma che svolgono attività concatenate l'una all'altra, tutte finalizzate alla realizzazione di un risultato complesso. È il caso della gestione dei rifiuti, che, come evidenziato, comprende la raccolta, il trasporto, e lo smaltimento, "compreso il controllo di queste operazioni, nonché il controllo delle discariche e degli impianti di smaltimento dopo la chiusura;..."(cfr. art. 6, comma 1, decreto Ronchi).

Quale tipo di iscrizione?

Ogni impresa che svolge professionalmente attività di raccolta, trasporto di rifiuti, bonifica, commercio ed intermediazione, gestione di impianti di smaltimento e recupero di rifiuti, deve essere iscritta all'albo nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti. Ciò si desume da un articolato e scomposto sistema di rinvii di norma in norma. In primo luogo, l'art. 30, comma 4 del decreto Ronchi, che va correlato con l'art. 57, comma 3, al quale rinvia l'art. 30, comma 8.

Quest'ultima disposizione, relativamente al suddetto aspetto, pone una questione di diritto transitorio che già ha suscitato notevoli problemi alle imprese. Essa dispone, infatti, che fino all'emanazione del decreto concernente i requisiti e le modalità di iscrizione, restino valide le autorizzazioni-iscrizioni rilasciate ai sensi della disciplina previgente ([d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915](#)) ⁽⁸⁾. Ma, l'art. 57, comma 3, aggiunge che la proroga vale non oltre la naturale scadenza delle autorizzazioni o, comunque, non oltre quattro anni dalla entrata in vigore del Ronchi.

La complessità di questo sistema, nel caso di specie, potrebbe essere superata in base al tenore letterale di altra norma, l'art. 30, comma 10.

L'art. 30 dedica, infatti, il comma citato alle aziende speciali, ai consorzi e alle società di cui all' [art. 22, l.n. 142/1990](#), e stabilisce che il comune garantisce il possesso, da parte degli stessi, "dei requisiti di idoneità tecnica e di capacità finanziaria per l'iscrizione all'Albo [nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti]".

Quando i raggruppamenti fanno parte del consorzio, o sono soci della S.p.a., sono anch'essi soggetti allo stesso regime dell'art. 22 e, in quanto tali, anche ad essi va esteso il trattamento privilegiato da parte dei comuni. Lo stesso vale, per interpretazione estensiva, anche quando il raggruppamento è concessionario, perché, pur non essendo citata la concessione nell'art. 30, nondimeno tale forma è equiparata, nell'art. 22, agli istituti dell'azienda speciale e della S.p.a., che godono del trattamento di favore. In caso di interpretazione opposta, la loro esclusione rappresenterebbe una discriminazione e potrebbe formare oggetto di pronunce giudiziarie.

Chiarita preliminarmente la posizione del raggruppamento, l'articolo 30 risulta così strutturato: una volta ottenuto l'affidamento, il soggetto procederà alla "iscrizione all'Albo... sulla base di apposita comunicazione di inizio di attività" da parte del comune alla sezione regionale dell'Albo (comma 10). Ciò presuppone che il soggetto abbia partecipato alla gara pur non possedendo l'iscrizione all'Albo, e che, esso solo, a seguito della comunicazione di inizio di attività da parte del comune, debba inoltrare la domanda di iscrizione. Questa interpretazione gioverebbe alle imprese che non avessero effettuato l'iscrizione (o l'autorizzazione ex [d.P.R. 915/82](#)) al momento della partecipazione alla gara. Comunque, le iscrizioni effettuate sulla base della dichiarazione di inizio attività, in base al comma 10, sarebbero efficaci limitatamente ai servizi svolti nell'interesse del comune.

Se il raggruppamento non avrà assunto personalità giuridica, sarà complicato gestire l'iscrizione congiunta e cumulativa delle imprese singole: potrà essere iscritta l'impresa mandataria in rappresentanza di tutte le altre, oppure ognuna potrà vedersi accordata l'iscrizione per il settore del servizio che svolge direttamente?

È opportuno rifugiarsi in una sorta di studiata afasia e astenersi da un'interpretazione di questo punto, in attesa (e nella speranza) che i decreti attuativi e le norme di dettaglio correlate al decreto Ronchi portino luce, occupandosi, in modo specifico, delle modalità di partecipazione del gruppo di imprese alla gara per l'affidamento del servizio pubblico. A meno che non si voglia dare una risposta invocando, nel silenzio della disciplina transitoria di settore, di nuovo quella generale sugli appalti di servizi.

Sembra potersi, in tal caso, prediligere la via che consente l'iscrizione delle imprese partecipanti al raggruppamento ognuna per il segmento di attività del quale si occupa. Questa lettura garantisce, infatti, il maggior equilibrio tra l'interesse della stazione appaltante e quello dei soggetti partecipanti alla gara.

Non è disponibile giurisprudenza relativa al settore ambientale in esame. Può, forse, in questa sede, essere utilmente richiamata una pronuncia del Tar Lazio, nella quale si stabilì che non poteva considerarsi legittima l'esclusione da una gara per concessione-concorso, di un raggruppamento al quale partecipi una società comunitaria priva di iscrizione all'albo nazionale dei costruttori ⁽⁹⁾.

Il problema della partecipazione del raggruppamento alla società per azioni affidataria interessa più direttamente il diritto commerciale e non può, in questa sede, essere sfiorato. Si può solo accennare al fatto che parte della giurisprudenza esclude il raggruppamento dalla partecipazione alle gare per la costituzione di S.p.a. per l'affidamento di pubblici servizi, in quanto esso non offre garanzie nei confronti dell'amministrazione ⁽¹⁰⁾.

L'appalto di un segmento di attività affidata

Lo studio di questioni ambientali dal punto di vista pratico fornisce lo spunto per trattare anche di una fattispecie confinante con quella fino ad ora esaminata. Occorre, infatti, ulteriormente domandarsi cosa accada qualora un servizio sia già affidato nelle forme dell' [art. 22, l. n. 142/1990](#) e si renda necessario delegare ad altri una parte dell'attività, essendo impossibile la gestione unitaria dell'intero. Si ponga il caso di una azienda speciale che, occupandosi dell'intero settore di gestione dei rifiuti per un comune, voglia affidare la sola attività di raccolta, o solo quella di trasporto ad altri, e per questo indica una gara; nel caso di specie, può parlarsi di un appalto? È ammissibile la partecipazione alla gara di un raggruppamento di imprese e quale iscrizione deve essere posseduta da ognuna di esse?

Nel caso di affidamento di un segmento di attività non vige l'esclusione dell' [art. 5, d.lgs. n. 157/1995](#), perché l'appaltatore non è un'amministrazione aggiudicatrice. Infatti, si tratta di un'attività a favore dell'ente pubblico, a fronte della quale sarà corrisposto, da parte della P.A. un corrispettivo. Il caso, dunque, appare diverso da quello prospettato per la concessione; nella fattispecie si configura un appalto pubblico e si applicano, per via diretta, le norme sull'appalto.

Riguardo al secondo quesito - e, per coerenza del quadro logico, esclusa l'esistenza di alcun riferimento nella materia della normativa ambientale - non ci sono ragioni per escludere la partecipazione alla gara di un raggruppamento. A ragionare diversamente, non si spiegherebbe la causa di tale esclusione, a fronte dell'ammissione del raggruppamento alle gare che hanno ad oggetto tutto il servizio, come fino ad ora è stato detto.

La questione più complessa riguarda, invece, il tipo di iscrizione richiesta, dato che, in questo ambito, non è applicabile l'art. 30 del decreto Ronchi, in base al quale è il comune a garantire per le imprese e a provvedere, dopo l'aggiudicazione, all'iscrizione.

Ma, se è vero, - come finora sostenuto - che la singola impresa del gruppo partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un servizio pubblico non deve possedere da sé sola tutti i requisiti richiesti per essere ammessi alla gara, ma solo quelli inerenti alla parte del servizio che andrà a svolgere, allora su questo assunto va coerentemente risolto anche il problema del tipo di autorizzazione-iscrizione.

Sarà necessaria ad ogni impresa del raggruppamento l'iscrizione prevista per la corrispondente parte di servizio che essa svolgerà, e la somma di tali iscrizioni dovrà eguagliare e garantire tutti i requisiti che sarebbero necessari al soggetto che si presentasse da solo alla gara. Ciò non toglie che le iscrizioni, anche se limitate alla parte del servizio che l'impresa si impegna a svolgere, dovranno essere regolarmente effettuate secondo le regole del regime transitorio che abbiamo già descritto.

Infatti, non trovando applicazione l'art. 30 del decreto Ronchi, la prova della idoneità tecnica e della capacità finanziaria è subordinata alla iscrizione e non garantita dal comune.

L'impossibilità di applicare l'art. 30 al caso in cui i soggetti di cui all'art. 22, che gestiscono un servizio per conto del comune, vogliano affidarne una parte ad altri, ha un'altra importante conseguenza: le imprese del raggruppamento, per partecipare alla gara d'appalto di un segmento di servizio già affidato per l'intero ad un altro soggetto, devono già possedere iscrizione valida prima della partecipazione alla gara. Infatti, per esse non vale la eccezione in base alla quale tale operazione potrà avvenire successivamente all'aggiudicazione, all'atto della comunicazione di inizio dei lavori che il comune inoltrerà alla sezione regionale dell'Albo.

In assenza di legislazione speciale, riguardo alla possibilità di raggruppamenti verticali per l'appalto di un segmento di attività, se si vuole offrire una indicazione univoca agli operatori economici, è necessario che, sia in relazione ai principi di non discriminazione, sia nel rispetto delle regole sulla concorrenza, sulla tutela dell'ambiente e delle igiene e sicurezza pubbliche, si accrediti l'idea di una possibile partecipazione alle gare d'appalto di raggruppamenti verticali. Ma questi ultimi non sono gli unici ad essere fuori dell'attenzione del legislatore, posto che si registrano, a detta di alcuni interpreti, almeno altre due gravi sviste: l'esclusione del consorzio e quella del gruppo europeo di interesse economico (GEIE).

Anche la mancata menzione di tali figure non può certamente ricondursi ad una scelta oculata, ma più semplicemente ad una dimenticanza, e va recuperata in sede di interpretazione analogica o estensiva. Sarebbe illogico che fosse ammessa la partecipazione di raggruppamenti ad una gara, in ipotesi anche privi di organizzazione e aggregati solo per partecipare ad un'offerta (quindi lontani dal garantire una lunga durata del legame), e, d'altra parte, fossero escluse figure molto più rassicuranti sotto entrambi i punti di vista.

Ad ogni modo, non bisogna dimenticare, in materia di appalti pubblici, i limiti di applicazione indicati all'art. [1, d.lgs. n. 157/1995](#): quest'ultimo si applica per l'aggiudicazione di servizi di valore pari o superiore a 200.000 Ecu, IVA esclusa. Non vige, pertanto, per tutti gli appalti di servizi di valore più modesto, né nel caso di appalti esclusi, elencati all'art. [5 del d.lgs. n. 157/1995](#) (quelli riguardanti contratti aventi ad oggetto programmi televisivi, servizi di telefonia, radiotelevisivo, radiotelecomunicazione via satellitare, arbitrato e conciliazione, ecc.). Il d.lgs in esame, inoltre, non si applica ai servizi non elencati negli allegati 1 e 2 dello stesso (servizi di manutenzione e riparazione, di trasporto terrestre, aereo, di telecomunicazioni), o, ancora - come già visto - in quelli in cui la stazione appaltante sia un'amministrazione aggiudicatrice, secondo il dettato dell'art. 2 dello stesso decreto (le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti pubblici territoriali, quelli non economici e tutti gli organismi di diritto pubblico, comunque denominati).

^(*) Il primo ed ultimo paragrafo sono stati redatti da Massimiliano Granieri; i restanti sono a cura di Eloisa Aliotta. Ringraziamenti particolari ai professori Roberto Pardolesi e Pasquale Giampietro per i preziosi consigli e le puntuali critiche.

⁽¹⁾ Secondo G. Santaniello, Trattato di diritto amministrativo, Vol. VII, I contratti della pubblica amministrazione, II ed., Padova, 1994, 548, "i referenti che generalmente si utilizzano per l'individuazione del servizio pubblico [sono]: l'offerta indiscriminata al pubblico del servizio erogato e l'astratta possibilità per l'ente pubblico di gestirlo in esclusiva, purché si tratti di servizi consistenti in prestazioni ripartibili ed erogabili alla collettività dietro corrispettivo".

⁽²⁾ Per l'affermazione secondo cui il raggruppamento temporaneo di imprese può essere concessionario di un servizio pubblico cfr. G. Galli, Corso di diritto amministrativo, Padova, 1992, 702 ss.

⁽³⁾ Ma nel senso che lo smaltimento dei rifiuti può essere svolto dai comuni anche in via diretta, tramite appalto, cfr. Tar Sicilia, Catania, 7 febbraio 1996, n. 122, in Giust. amm. sic., 1996, 271. In materia di affidamento del pubblico servizio a soggetti societari in forma di S.p.A., cfr. P. Giampietro, Servizi pubblici locali : verso la privatizzazione tramite il ricorso alla S.p.A., in Ambiente - Consulenza e pratica per l'impresa, 1997, 21. Sulla riforma dell'ordinamento delle autonomie locali, per i profili che interessano le S.p.A. a capitale misto, cfr. il commento al parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 24 febbraio 1997 sul d.d.l. n. 1388 del 1997, di M.G. Cosentino, Antitrust e D.D.L. 1388 di riforma dell'ordinamento delle autonomie locali, in Ambiente - Consulenza e pratica per l'impresa, 1997, 670 (ove è riportato anche il testo del parere).

⁽⁴⁾ Cons. Stato, Ad. plen., 16 maggio 1996, in Rass. giur. en. elettrica, 1997, 197, avente ad oggetto lo "schema di regolamento concernente la costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici territoriali". Per un approfondimento sulla decisione, v. P. Giampietro, La gestione di servizi pubblici locali a mezzo di S.p.A., in Rass. giur. en. elettrica, 1997, 105, nota 43.

⁽⁵⁾ Tar Emilia Romagna, sez. Parma, 6 febbraio 1996, n. 27, in Trib. amm. reg., 1996, I, 1384.

⁽⁶⁾ Particolarmente interessante si rivela l'affermazione contenuta in Tar Friuli Venezia-Giulia 8 gennaio 1993, n. 1, in Contratti Stato e enti pubbl., 1993, n. 30, con nota di De Luca, secondo cui, l'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese, proprio in quanto rivolto ad agevolare una maggiore partecipazione alle gare, deve essere ritenuto di generale applicazione, a prescindere dal tipo di gara in concreto bandita dall'amministrazione.

⁽⁷⁾ Anche i privati concessionari di opere pubbliche, in sede di aggiudicazione degli appalti, sono tenuti ad osservare il principio della non discriminazione in base alla nazionalità. Cfr. Cons. Stato 18 dicembre 1985, n. 2275, in Cons. Stato, 1987, I, 1012. Per questi argomenti v. I. Del Castillo, C. Gualtieri, U. Realfonso, Appalti pubblici di servizi, Milano, 1997, 155 ss., 372, 373, 452.

⁽⁸⁾ Su cui cfr. Cons. Stato 26 febbraio 1992, n. 140, in Giust. civ., 1992, I, 1970.

⁽⁹⁾ Tar Lazio 1° ottobre 1990, n. 1709, in Arch. giur. oo. pp., 1991, 1056.

⁽¹⁰⁾ Si allude a Tar Piemonte 21 marzo 1996, n. 159, in Giur. it., 1996, III, 1, 560, con nota di Sottili, Partecipazione di un raggruppamento temporaneo di imprese ad una società mista per la gestione di servizi pubblici.

RICORSO ALL'AVVALIMENTO FRA MANDANTE E MANDATARIA DI UN COSTITUENDO RAGGRUPPAMENTO TEMPORANEO DI IMPRESE

Ferrari Giulia

T.A.R. Puglia Bari Sez. I, 08 febbraio 2010, n. 268

Dir. 31-03-2004, n. 2004/17/CE

Dir. 31-03-2004, n. 2004/18/CE

Un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, partecipante alla gara indetta per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione di impianti aeroportuali e classificatosi al secondo posto, impugna innanzi al Tar il provvedimento con il quale l'amministrazione aggiudicatrice ha assegnato l'appalto ad altro concorrente. Quest'ultimo si costituisce in giudizio e, oltre a contestare la fondatezza delle censure dedotte dalla ricorrente principale, propone a sua volta ricorso incidentale, inteso a dimostrare che quest'ultima sarebbe dovuto essere esclusa dalla gara. La tesi svolta a questo riguardo è che la mandante dell'A.T.I. ricorrente era del tutto priva del requisito di capacità tecnica richiesto dal bando al punto che, per sopperire a tale mancanza, avrebbe fatto irregolare ricorso all'avvalimento con un'impresa ausiliaria, che in realtà altro non sarebbe che la società madre della impresa mandataria. Il Tar dichiara

inesistente il vizio denunciato. Osserva, in primo luogo, che uno dei caratteri fondamentali dell'istituto dell'avvalimento, quale ricavabile dalla sua genesi comunitaria, è l'assoluta irrilevanza ed indifferenza per la stazione appaltante in ordine ai rapporti intercorrenti fra il concorrente e l'impresa ausiliaria, essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi della seconda. In particolare deve escludersi che sussista nell'ordinamento un principio che vieti il ricorso all'avvalimento nell'ambito dell'associazione temporanea d'impresa, benché non ancora costituita. L'art. 49, c. 8, del Codice dei contratti pubblici (secondo cui non è consentito, a pena di esclusione, che partecipino alla gara sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti) va infatti interpretato alla stregua della normativa comunitaria di riferimento ([artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE](#), per i settori ordinari; [artt. 53 e 54 della Direttiva 2004/17/CE](#), per i settori speciali), nella quale viene espressamente stabilito che un gruppo di operatori economici può fare valere le capacità dei partecipanti al gruppo ovvero di altri soggetti esterni. Il divieto posto dal citato art. 49 del Codice deve essere perciò inteso nel senso che è vietata la partecipazione dell'avvalente e dell'ausiliaria alla medesima gara, allorché tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, e non quando esse facciano capo ad un medesimo centro d'interessi; ciò comporta l'ammissibilità dell'avvalimento anche per i soggetti membri di un raggruppamento temporaneo non costituito, non solo nei confronti dei soggetti esterni all'A.T.I., ma anche nei confronti degli stessi partecipanti al raggruppamento o nei confronti della società controllante della mandataria.

LA NUOVA OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA E LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA A PIÙ FASI

di Luigi Gili

D.Lgs. 18-04-2016, n. 50, Art. 23

D.Lgs. 18-04-2016, n. 50, Art. 95

D.Lgs. 12-04-2006, n. 163, Art. 81.

L'Autore analizza i tratti distintivi dell'offerta economicamente più vantaggiosa alla luce del [D.Lgs. n. 50/2016](#) e delle Linee Guida ANAC, correlando la disamina all'esercizio della discrezionalità amministrativa che la pubblica amministrazione è chiamata a svolgere nelle diverse fasi della commessa pubblica (programmazione, progettazione, predisposizione del criterio di aggiudicazione e dei criteri di valutazione, valutazione delle offerte, aggiudicazione), al fine di rispondere agli obiettivi di maggiore efficienza, qualità delle offerte e funzione strategica dell'acquisto che la normativa comunitaria ed italiana richiede.

Sommario: [Il vecchio criterio dell'OEPV - L'art. 95, D.Lgs. n. 50/2016 - Le Linee Guida ANAC - Il nodo della discrezionalità amministrativa - La fase della programmazione - La fase della progettazione - Segue: la definizione dei criteri di valutazione - La fase della valutazione delle offerte - La facoltà di non aggiudicare](#)

Il vecchio criterio dell'OEPV

Vigente il [D.Lgs. n. 163/2006](#), il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV) permetteva la valutazione comparativa delle offerte riguardo al profilo tecnico oltre che quello economico (con conseguente attribuzione alla commissione giudicatrice di un potere di apprezzamento tecnico-discrezionale, soggetto a parametri prestabiliti), mentre il criterio del minor prezzo comportava in via automatica l'aggiudicazione all'offerta più conveniente sotto il profilo esclusivamente economico, salvo verifica di congruità (non anomalia) della stessa.

Facendo un passo indietro, è da ricordare che la precedente [Legge n. 109/1994](#) mostrava una chiara preferenza per l'utilizzo del criterio del prezzo più basso, individuandolo come l'unico criterio di aggiudicazione applicabile in relazione al pubblico incanto (procedura aperta) ed alla licitazione privata (procedura ristretta), relegando l'OEPV ad ipotesi residuali e tassative, quali l'appalto concorso e l'affidamento di concessioni mediante licitazione privata⁽¹⁾. Tale impostazione era stata censurata dalla Corte di Giustizia CE, Sez. II, 7 ottobre 2004, C-247/02, che aveva ritenuto tale norma contrastante con l'art. 30 della [Direttiva 93/37/CEE](#), nella parte in cui imponeva alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso per l'aggiudicazione di una procedura ristretta⁽²⁾. Si era quindi passati al sistema poi confermato dall'art. 81 del [D.Lgs. n. 163/2006](#), il quale individuava nel prezzo più basso e

nell'offerta economicamente più vantaggiosa i due criteri che potevano essere utilizzati alternativamente per la scelta dell'offerta migliore⁽³⁾.

Le eccezioni all'equivalenza tra i due criteri di aggiudicazione, con operare solo dell'OEPV, riguardavano la remunerazione di servizi per i quali era prevista l'applicazione di una tariffa professionale⁽⁴⁾, determinati settori⁽⁵⁾ e specifici istituti, come il dialogo competitivo, la concessione di lavori pubblici, la finanza di progetto, la locazione finanziaria per opere pubbliche o di pubblica utilità ed il contratto di disponibilità. A parte le ipotesi di cui sopra, la scelta del criterio di aggiudicazione rientrava nella discrezionalità della stazione appaltante⁽⁶⁾, che trovava gli unici limiti normativi nell'adeguatezza della scelta in ragione dell'oggetto del contratto e nella previa indicazione all'interno del bando di gara, senza alcun obbligo di motivazione⁽⁷⁾.

L'art. 95, D.Lgs. n. 50/2016

Dei criteri di aggiudicazione si occupa ora l'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016, il nuovo "Codice" dei contratti pubblici, nell'ambito della Parte II, Titolo IV, dedicata all'aggiudicazione nei settori ordinari⁽⁸⁾. L'articolo è di riferimento anche per i settori speciali, le concessioni, oltre che per i contratti di partenariato e gli affidamenti a contraente generale⁽⁹⁾.

L'art. 95, dalla formulazione non limpida, in un'ottica comunitariamente orientata⁽¹⁰⁾ pare innovare il vecchio criterio dell'OEPV, in quanto l'offerta economicamente più vantaggiosa viene individuata sulla base del "miglior rapporto qualità/prezzo" o sulla base dell'elemento prezzo o costo, secondo un criterio di comparazione costo/efficacia, e non più contrapposta al criterio del prezzo più basso. Dall'altro, non mancano letture che paiono muovere dal presupposto che la nuova locuzione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sarebbe da intendersi pur sempre antitetica all'aggiudicazione al minor prezzo⁽¹¹⁾.

I due specifici criteri, così come ora riforgiati, non sono comunque alternativi tra loro, dato che il legislatore mostra chiarissima preferenza verso il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. L'art. 95 riporta poi i casi ove il riferimento solo all'elemento economico è espressamente vietato (comma 3) e quelli in cui è ammesso, a discrezione dell'amministrazione (comma 4).

Ulteriore novità, sempre evincibile dall'art. 95 in esame, è che l'elemento economico può essere valutato non solo in termini di prezzo ma anche di costo, ricorrendo a criteri quale il costo del ciclo di vita, a cui è interamente dedicato il successivo art. 96 del D.Lgs. n. 50/2016.

La stazione appaltante ha discrezionalità nel determinare l'incidenza del fattore costo o del prezzo, addirittura attribuendogli un valore fisso (comma 7), con conseguente aggiudicazione basata solo sugli aspetti qualitativi. La stazione appaltante ha pari discrezionalità nel determinare i criteri valutativi, partendo da quanto a titolo esemplificativo riportato dal legislatore all'art. 95 (commi 6 e 13) e rispettando sempre l'obbligo che il criterio sia connesso all'oggetto del contratto (comma 11).

Le Linee Guida ANAC

Le Linee Guida n. 2 dell'ANAC, sull'offerta economicamente più vantaggiosa, sono state approvate il 21 settembre 2016⁽¹²⁾, all'esito di procedura di consultazione pubblica ed apporto consultivo del Consiglio di Stato e delle competenti Commissioni parlamentari⁽¹³⁾.

Le Linee Guida in questione non sono a carattere vincolante ma risultano adottate in forza dei poteri conferiti all'ANAC dall'art. 213, comma 2 del Codice per rispondere alla sentita necessità di chiarezza⁽¹⁴⁾. Non essendo più previsto un regolamento di esecuzione e di attuazione (quale il precedente d.P.R. n. 207/2010), si è infatti creato un vuoto regolatorio in merito a diverse technicalità dei criteri di aggiudicazione, ferma anche la necessità di ritarare metodologie pregresse in funzione dei dettami del nuovo Codice.

Giova inoltre ricordare come il Consiglio di Stato, nel parere espresso sul testo iniziale delle Linee Guida, abbia osservato che il documento base di ANAC sull'OEPV presentasse un *deficit* di utilità e che fosse importante avere dall'Autorità "un ventaglio di metodologie valutative e un menu di strumenti di analisi delle offerte con l'espressa responsabilizzazione delle stazioni appaltanti nella selezione di quelli più appropriati e coerenti con le specifiche esigenze della procedura amministrativa". I Presidenti delle Commissioni parlamentari, per parte loro, hanno riportato all'ANAC la "necessità di assicurare una disciplina quanto più possibile chiara e rigorosa al fine di evitare incertezze interpretative ed applicative" ed hanno affermato che le Linee Guida dell'ANAC "devono fornire indicazioni metodologiche più precise e stringenti per la scelta dei

criteri e sub criteri di valutazione delle offerte, dei correlativi punteggi e sub punteggi di ponderazione".

La richiesta all'ANAC era dunque quella che fornisse regole più precise, anche se di *soft law*, per favorire un corretto (e sereno) esercizio della discrezionalità amministrativa da parte delle stazioni appaltanti. L'ANAC, rispettosa dei propri limiti regolatori e della maggiore discrezionalità amministrativa riconosciuta alle stazioni appaltanti dal nuovo Codice, ha tuttavia disatteso in parte le aspettative, rimanendo sul piano di indirizzo, costituito da quelle che risultano in ultima analisi essere più che altro raccomandazioni di carattere generale.

Le Linee Guida riportano, nel proprio *incipit*, che esse sono "di natura prevalentemente tecnico-matematica, finalizzata a fornire indicazioni operative per il calcolo dell'OEPV". Dalla relazione AIR si legge anche che le Linee Guida in questione hanno come fine l'indicazione "di *best practices* per l'adozione di uno strumento che le amministrazioni devono adottare, con modalità comunque discrezionali".

Dalle Linee Guida emerge inoltre un approccio dinamico verso l'OEPV. L'ANAC rimarca infatti che "la scelta del criterio di aggiudicazione, la definizione dei criteri di valutazione, dei metodi e delle formule per l'attribuzione dei punteggi, la determinazione dei punteggi stessi e del metodo per la formazione della graduatoria finale si sviluppano nel corso della vita iniziale dell'appalto, dalla programmazione alla predisposizione della documentazione di gara".

Il nodo della discrezionalità amministrativa

La determinazione del criterio di aggiudicazione e dei criteri di selezione e dunque la scelta dell'offerta migliore, sono evidentemente il frutto di discrezionalità amministrativa esercitata da parte della stazione appaltante.

Questa non è una novità, atteso che già era così con il vecchio criterio dell'OEPV *ante* D.Lgs. n. 50/2016⁽¹⁵⁾. La vecchia offerta economicamente più vantaggiosa, intesa come criterio di aggiudicazione alternativo a quello del prezzo più basso, sino agli anni '90 aveva invero scontato una tendenziale diffidenza, proprio sull'assunto che attribuire discrezionalità amministrativa alle stazioni appaltanti nel valutare gli aspetti qualitativi dell'offerta e dunque non rimettere la scelta dell'aggiudicatario a scelte meccaniche e vincolate, avrebbe favorito il verificarsi di abusi e di corrotte. Teorema che si è mostrato fallace dato che il malaffare, come è noto, ha albergato anche in gare al massimo ribasso, essendo tra l'altro concettualmente errato ritenere che le gare al prezzo più basso fossero esenti da spazi di discrezionalità che potessero essere occupati da interessi privati o a questi piegati. Anche nelle gare al massimo ribasso, ad esempio, rimaneva la discrezionalità dell'amministrazione di determinare gli elementi essenziali della prestazione richiesta e di specificare i requisiti di partecipazione⁽¹⁶⁾.

Il nuovo Codice registra un cambio di marcia, che avvicina maggiormente la normativa italiana all'approccio comunitario, basato più sulla fiducia verso le amministrazioni e le imprese⁽¹⁷⁾, pur in un quadro di necessarie cautele, vecchie e nuove.

Quanto alle vecchie cautele, ci si riferisce al correttivo, noto da tempo, atto a controllare la discrezionalità amministrativa della stazione appaltante convogliando l'esercizio del potere entro un alveo predefinito di regole da osservare (connessione dei criteri di valutazione con l'oggetto dell'appalto, loro proporzionalità e non discriminazione, predeterminazione dei criteri e dei pesi, requisiti dei componenti della commissione giudicatrice e modalità di svolgimento dei lavori).

A queste valide cautele, confermate ed anzi implementate dal nuovo Codice con la previsione della terzietà della commissione giudicatrice, si aggiungono nuove (ma non nuovissime) cautele, rappresentate dal rafforzato sistema di regolazione, vigilanza, controllo e di raccomandazione facente capo all'ANAC, dalla accentuazione della politica di aggregazione dei contratti e di *favor* verso le centrali di committenza⁽¹⁸⁾, dalla riduzione del numero delle stazioni appaltanti generato anche dal nuovo sistema obbligatorio di qualificazione (art. 38), teso a rendere le stazioni appaltanti maggiormente competenti ed efficaci e, per minore numero, più controllabili, aumentando così l'aspettativa di legalità.

Nuovo può invece definirsi lo scenario portato dalle nuove Direttive e dal Codice, che rende più importante ed anche più complesso il ruolo che le amministrazioni pubbliche sono chiamate a svolgere in materia di contratti pubblici.

Uno dei punti cardine delle Direttive comunitarie è il divieto di *gold plating*, ossia che gli Stati membri non legiferino più del dovuto, sottraendo spazi di libertà alle imprese e spazi di

discrezionalità alle amministrazioni aggiudicatrici, che dovrebbero potere operare in un contesto normativo più semplificato e, se non necessario, meno analitico nel "come" raggiungere gli obiettivi prefissati⁽¹⁹⁾. Le Direttive comunitarie ed il nuovo Codice prevedono procedure di gara più flessibili e dinamiche (non solo ad offerta iniziale statica: artt. 62, 64 e 65), nella convinzione che questo possa portare efficienza e qualità all'acquisto⁽²⁰⁾. Le amministrazioni sono inoltre chiamate a favorire l'innovazione delle prestazioni e dei prodotti di cui hanno bisogno, con un approccio non di acquirente passivo ma di soggetto che orienta le scelte del mercato⁽²¹⁾.

Oltre a comprare bene e favorire l'innovazione, le amministrazioni aggiudicatrici devono promuovere la partecipazione alle gare delle MicroPMI e più in generale implementare l'utilizzo strategico degli appalti, ovvero devono utilizzare l'occasione dell'appalto e della concessione per perseguire anche altre politiche pubbliche, come quelle della sostenibilità ambientale, dell'inserimento nel mondo del lavoro di disabili e di persone svantaggiate⁽²²⁾.

In questo scenario multipolare, va osservato che rimangono comunque validi i "fondamentali" che giustificano la procedura ad evidenza pubblica, ossia ricerca della maggiore vantaggiosità dell'acquisto per il committente pubblico e tutela della concorrenza, in un contesto di imparzialità e di correttezza.

Oltre il nuovo contesto generale, cambia anche l'approccio verso la discrezionalità amministrativa che incide sui criteri di valutazione dato che, come ricorda l'ANAC, l'attenzione va prestata, non solo al momento della determinazione dei criteri e della loro applicazione da parte della commissione giudicatrice in caso di aggiudicazione sulla base di elementi qualitativi, ma anche ad altre fasi della commessa: dalla programmazione delle esigenze e degli obiettivi, per passare alla fase della progettazione e della predisposizione delle regole di gara, con la determinazione dei criteri, pesi e della formula finale, per poi raggiungere l'apice con la valutazione delle offerte da parte commissione giudicatrice se nominata, fatto salvo il successivo potere dell'amministrazione di non aggiudicare, qualora l'offerta venga motivatamente ritenuta non conveniente o non idonea.

Da qui il taglio di analisi del presente contributo, focalizzato sui principali momenti sino all'aggiudicazione, in cui la stazione appaltante è chiamata ad esercitare discrezionalità amministrativa ai fini della scelta dell'offerta migliore.

La fase della programmazione

La programmazione, e per certi versi le scelte di progettazione, rappresentano le fasi di *back office* della futura commessa pubblica.

Rimanendo alla normativa più recente, la programmazione triennale dei lavori pubblici era trattata all'art. 128 del D.Lgs. n. 163/2006, con obbligo di aggiornamento annuale, mentre l'art. 271 del d.P.R. n. 207/2010 prevedeva la facoltà delle amministrazioni di approvare un programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi.

L'art. 21 del nuovo Codice conferma la previsione della programmazione triennale dei lavori, mentre prevede non più la facoltà ma l'obbligo di programma biennale per le forniture ed i servizi, da aggiornarsi annualmente, precisando, al comma 1, che questi programmi devono essere approvati nel rispetto dei documenti programmatori dell'amministrazione ed in coerenza con il bilancio.

Il comma 4 dell'articolo in esame dispone che le amministrazioni devono prevedere quali siano i beni ed i servizi stimati e le opere che si intendono effettuare, anche tramite concessione o il coinvolgimento di privati e, il comma 6, che le amministrazioni comunicano, entro il mese di ottobre, l'elenco delle acquisizioni di forniture e servizi d'importo superiore a 1.000.000 di euro che prevedono di inserire nella programmazione biennale al Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori (ex art. 9, comma 2, D.L. n. 66/2014, convertito con modificazioni dalla L. n. 89/2014). Dispone inoltre il comma 8 dell'articolo in esame che, con decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, verranno anche definite le modalità di raccordo con la pianificazione dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza ai quali le stazioni appaltanti delegano la procedura di affidamento.

Le Linee Guida n. 2 ANAC raccomandano di definire, già in fase di programmazione, "le caratteristiche dell'affidamento che consentono di verificare la sussistenza delle condizioni per le quali il Codice e le presenti Linee Guida prescrivono o consentono l'utilizzo di un particolare criterio di aggiudicazione".

Diversi sono gli aspetti della programmazione che influenzano direttamente la scelta dell'offerta migliore.

Un passaggio fondamentale appare la ricognizione degli obiettivi perseguiti dall'amministrazione e la loro graduazione, secondo un ordine di importanza.

L'obiettivo primo ed imprescindibile di ogni pubblica procedura di gara rimane quello, a risorse disponibili, di rispondere con risparmio e più in generale con economicità ad un'esigenza dell'amministrazione o dei cittadini. Dall'altro, già in questa fase occorrerebbe considerare se, con l'occasione della commessa pubblica, si possono e vogliono perseguire anche obiettivi ambientali, sociali, di favore dell'innovazione e della promozione delle MicroPMI, politiche che, come si è detto, con le nuove Direttive comunitarie ed il Codice hanno assunto una crescente rilevanza.

Detti ulteriori obiettivi potrebbero portare a maggiori esborsi ed anche condizionare la struttura dell'offerta⁽²³⁾, sicché una loro graduazione rispetto all'obiettivo principale è imprescindibile.

La regola di riferimento è quella prevista dall'art. 2 del [D.Lgs. n. 163/2006](#) ed ora riproposta all'art. 30, comma 1 del [D.Lgs. n. 50/2016](#) (con l'aggiunta del riferimento del risparmio energetico), ovvero che il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal Codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati ad esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

Invero, è tutto il nuovo quadro normativo in materia di contratti pubblici che tendenzialmente ammette questa "deroga", nel rispetto della disponibilità di spesa, del principio di proporzionalità ed in stretta coerenza rispetto agli obiettivi perseguiti. A ciò si aggiunga che lo stesso principio di economicità è probabilmente cambiato con il nuovo Codice, dato che il fattore costo va tendenzialmente considerato ad ampio respiro, come si è detto, dovendolo pesare in base al criterio di comparazione costo/efficacia.

Un tema collaterale a quanto sopra tratteggiato è che le politiche "parallele" (ambientali, sociali e di *favor* per l'innovazione, le MicroPMI), per avere maggiore impatto, dovrebbero essere promosse non solo da un singolo ente appaltante ma dovrebbero coinvolgere più amministrazioni. Passaggio questo obbligato qualora si voglia promuovere un processo di lavorazione innovativo, che diventa conveniente solo se applicato su una certa scala quantitativa ed anche territoriale o, ancora, qualora si voglia mettere in campo una politica attiva del lavoro tramite inserimento nelle commesse pubbliche di persone svantaggiate, nell'ambito di un'area sovracomunale particolarmente sofferente per quanto riguarda le tradizionali misure di *welfare*. Per implementare queste prospettive di coordinamento di politiche pubbliche, tramite piani di azione nazionali, regionali ed infraregionali, tavoli di coordinamento e tavoli tecnici, coinvolgenti anche le centrali di committenza e soggetti aggregatori, pare fondamentale che a questi moduli partecipino anche gli enti (o gli uffici di questi) titolati a perseguire in via ordinaria le finalità ambientali, sociali o di innovazione che si intendono soddisfare in via strategica con la commessa pubblica. E, dall'altro, coordinando gli strumenti programmatori di settore⁽²⁴⁾ con le politiche di acquisto.

Altro tema collaterale è il livello di trasparenza e di possibile partecipazione di queste attività programmatiche. L'art. 21, comma 7 del nuovo Codice prevede che il programma biennale degli acquisti di beni e di servizi ed il programma triennale dei lavori pubblici e relativi aggiornamenti sono pubblicati sul profilo committente, sul sito informatico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e dell'Osservatorio dei contratti pubblici. Nulla invece viene riportato in merito ad eventuali forme di partecipazione: qui si può solo richiamare, in termini generali, che l'art. 13 della [L. n. 241/1990](#) non ammette le forme partecipative ordinarie per alcuni procedimenti, tra cui quelli programmatici. Peraltro è da segnalare che l'art. 128, comma 2 del [D.Lgs. n. 163/2006](#) imponeva per i lavori che lo schema di programma triennale ed i suoi aggiornamenti annuali, prima dell'approvazione, dovessero essere resi pubblici mediante affissione nelle sedi delle amministrazioni aggiudicatrici per almeno sessanta giorni consecutivi⁽²⁵⁾.

Nell'ambito della specificazione dei criteri minimi ambientali (CAM) - di cui ora all'art. 34, [D.Lgs. n. 50/2016](#) ma che trovano generale origine nella [L. n. 296/2006](#) che ha previsto i piani di azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione ("PAN

GPP") - i decreti ministeriali di settore prevedono forme comunicazione preventiva, anche per profili non strettamente ambientali. Il decreto del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare 6 giugno 2012, di adozione della Guida per l'integrazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (promozione delle opportunità di occupazione, del lavoro dignitoso, delle conformità con i diritti sociali e del lavoro, dell'inclusione sociale, dell'accessibilità e progettazione per tutti; considerazione degli aspetti legali al commercio equo e solidale; promozione della responsabile sociale dell'impresa; tutela dei diritti umani; promozione delle PMI), prevede che l'amministrazione aggiudicatrice informi con adeguato anticipo gli operatori economici circa la volontà di integrare i criteri sociali nelle proprie attività contrattuali e che l'informazione avvenga attraverso l'organizzazione di specifici incontri e altre eventuali forme, dandone pubblica comunicazione. Pari previsione è presente nel successivo [decreto 10 aprile 2013](#), relativo al Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione - revisione 2013⁽²⁶⁾.

La fase della progettazione

L'art. 23 comma 1, D.Lgs. n. 50/2016 prevede per i lavori pubblici tre livelli di progettazione (progetto di fattibilità tecnica ed economica, definitivo ed esecutivo). Il comma 14 dell'articolo citato si occupa invece della progettazione dei servizi e forniture, disponendo che, di regola, sia articolata in un unico livello di progettazione e venga predisposta dalla stazione appaltante, di regola mediante propri dipendenti in servizio. Nella fase della progettazione, l'amministrazione decide le caratteristiche dei lavori o delle prestazioni che intende acquisire oltre che le previsioni di carattere tecnico-normativo, immaginate per la futura gara e per la successiva esecuzione del contratto (art. 23, commi 7, 8 e 15). In questa fase l'amministrazione deve anche decidere se accordare o meno all'offerente la facoltà di presentare varianti ed i requisiti minimi che il progetto deve rispettare (art. 95, comma 14).

Le Linee Guida n. 2 dell'ANAC raccomandano alle stazioni appaltanti "in fase di progettazione, di avviare la definizione dei criteri di valutazione e dei relativi punteggi" e "in sede di adozione della determina a contrarre e di elaborazione della documentazione di gara, di procedere alla compiuta definizione degli ulteriori elementi".

In sede di progettazione, l'amministrazione deve tenere conto di diversi aspetti che hanno una diretta incidenza sulla scelta dell'offerta migliore. Tra essi vi sono la verifica delle possibilità di apportare misure a favore delle MicroPMI⁽²⁷⁾, nonché la valutazione del costo del ciclo di vita del bene, il rispetto dei criteri minimi ambientali (CAM) ed il rispetto del costo del lavoro.

L'art. 23, commi 1 e 8, D.Lgs. n. 50/2016, prevede espressamente che la progettazione dei lavori pubblici debba tenere conto della valutazione del costo del ciclo di vita e dei CAM.

L'art. 95, commi 2, 6, lettere c) e d) e comma 11, nonché il successivo art. 96 del Codice, come segnalato nelle Linee Guida, recepiscono i cambiamenti nelle modalità di valutazione dei costi introdotti dalla [Direttiva n. 2014/24/UE](#), imponendo alle stazioni appaltanti di avvalersi della metodologia nota come *Life Cycle Costing* (LCC) che riassume tutti i costi totali di un prodotto, processo o servizio, associati al suo intero ciclo di vita e che sono direttamente sostenuti da uno o più attori di tale ciclo, anche terzi alla stazione appaltante. Di qui, come previsto dall'art. 96, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, l'obbligo di indicare nei documenti di gara i dati che gli offerenti dovranno fornire e il metodo che la stazione appaltante impiegherà al fine di determinare i costi del ciclo di vita. Il comma in esame precisa inoltre che il metodo deve soddisfare determinate condizioni, quali il fatto di essere basato su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori, essere accessibile a tutte le parti interessate e che i dati richiesti possano essere forniti senza particolare sforzo da parte degli operatori diligenti. Per i metodi di calcolo, l'art. 96, comma 3 rimanda all'Allegato XVIII che, a sua volta, rinvia alla [Direttiva n. 2009/33/CE](#), recepita a livello interno con [D.Lgs. n. 24/2011](#), il quale si occupa solo di metodologia per veicoli a ridotto impatto ambientale a basso consumo energetico nel trasporto su strada. L'impatto pratico del LCC sulle gare pubbliche non dovrebbe essere immediato⁽²⁸⁾, anche se questo non fa venire meno l'opportunità dell'amministrazione di avere già oggi un approccio diverso ai fini della valutazione delle offerte, ad esempio avvalendosi di studi o di regole già in essere, che in parte monitorano i costi estesi di una prestazione o di un prodotto⁽²⁹⁾.

I criteri minimi ambientali, trattati all'art. 34 del D.Lgs. n. 50/2016 ed in precedenza all'art. 68 *bis* del D.Lgs. n. 163/2006, si manifestano come specifiche tecniche e clausole

contrattuali da inserire negli appalti e concessioni pubbliche, oltre che come possibili criteri premiali⁽³⁰⁾. L'art. 34, comma 1 prevede infatti che le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal PAN GGP attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare. Prosegue il comma 2 specificando che i CAM sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che, con il menzionato decreto, viene stabilita per settore il livello di applicazione dei CAM, che non dovrebbe essere inferiore al 50% del valore "a base asta" quando non si può conseguire efficienza energetica negli usi finali. Di recente il Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, con [decreto 24 maggio 2016](#), ha previsto l'estensione dei CAM in un arco temporale tra il gennaio 2017 e gennaio 2020 per arrivare sino al 100% del valore dell'appalto in settori rilevanti, come quelli delle pulizie dei locali interni dell'amministrazione, della fornitura dei prodotti per l'igiene, dei servizi di gestione dei rifiuti urbani, delle forniture di articoli di arredo urbano nonché della carta in risma e carta grafica. Diversi sono i CAM di settore (arredi, edilizia, gestione rifiuti, servizi energetici, elettronica, prodotti tessili e calzature, cancelleria, ristorazione, servizi di gestione degli edifici, trasporti) già adottati dal Ministero, che quindi dovrebbero essere già oggetto di applicazione da parte delle stazioni appaltanti.

Ulteriori temi rilevanti, in sede di progettazione, sono quelli della congrua quantificazione iniziale dell'elemento economico (da ribassare o fisso) - coerente rispetto alle prestazioni richieste e capace di generare marginalità per l'operatore economico - e, nella specie, della determinazione del "giusto" costo del lavoro che l'aggiudicatario sarà chiamato a sostenere⁽³¹⁾.

Qualora sia sottostimata la valutazione iniziale del costo del lavoro da parte della stazione appaltante, l'esito della gara è sfalsato, partendo dall'assunto che l'offerta migliore debba essere sempre "al lordo dei diritti" tutelati dall'ordinamento. Pari discorso vale per le gare al miglior rapporto qualità/prezzo, qualora l'amministrazione richieda così tante specifiche tecniche obbligatorie o premi eccessivamente le migliori quantitative, da indurre gli operatori a concorrere sul fattore prezzo o costo, che incorpora la voce del costo del lavoro, dando luogo a quelle che nella prassi vengono anche chiamate "gare al massimo ribasso mascherato". Va dall'altro osservato che il costo del lavoro, nei contratti pubblici, soffre inevitabilmente l'incertezza che esprime la regolazione del mercato del lavoro in generale, dato che non vi è un costo certo, in quanto esso dipende dalla singola contrattazione collettiva, dalla contrattazione territoriale e aziendale, dalla organizzazione della singola impresa ed anche dalla "storia" lavorativa del singolo dipendente.

Sul punto l'art. 23, comma 16, D.Lgs. n. 50/2016 prevede che per i contratti pubblici il costo del lavoro è determinato annualmente in apposite tabelle dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, prevede sempre la norma richiamata, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione. Conclude il comma in esame prevedendo che, in attesa della adozione delle nuove tabelle, opera il vecchio sistema di tabelle e di riferimento per il costo del lavoro di cui ai decreti ministeriali già adottati, i quali, per la giurisprudenza occupatosi del tema principalmente nell'ottica dell'anomalia dell'offerta, sono di riferimento ma non completamente esaustivi e vincolanti ai fini della determinazione dell'idoneo importo del costo del lavoro.

L'art. 30, comma 4 del Codice, da parte sua, puntualizza che al personale impiegato nelle commesse pubbliche è applicato il CCNL di riferimento per area territoriale o quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

Sempre in sede di progettazione ed ai fini della determinazione del quadro economico della commessa, l'amministrazione è anche tenuta ad esercitare la facoltà di prevedere la clausola

sociale (o di assorbimento), a tutela della stabilità dei lavoratori occupati nel contratto in scadenza e le cui prestazioni sono oggetto della predisponenda gara⁽³²⁾.

Tema collaterale è se la progettazione possa essere oggetto di confronto con le imprese ed anche i cittadini, in ipotesi diverse da quelle delle procedure di gara basate sul modello del dialogo competitivo.

L'art. 22 del Codice traccia, sulla falsariga dell'esperienza francese, la procedura del dibattito pubblico per i progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulla città o sull'assetto del territorio.

L'art. 66, D.Lgs. n. 50/2016 prevede inoltre la possibilità di avviare una consultazione preliminare di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi (comma 1), potendo la stazione appaltante anche acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti, di partecipanti al mercato o da parte di autorità indipendenti (comma 2)⁽³³⁾. La norma è rivolta a permettere, prima della gara, un legittimo confronto tra stazione appaltante, soggetti del mercato di riferimento ed autorità.

Segue: la definizione dei criteri di valutazione

La stazione appaltante ha la discrezionalità di determinare il criterio di aggiudicazione che porterà concretamente a scegliere l'offerta migliore, con l'obbligo di non scivolare nell'irragionevolezza o nell'arbitrio.

L'art. 95 del Codice ribadisce che i criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata (comma 1) e che operano sempre i principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento (comma 2). Gli elementi che possono essere valutati sono quantitativi (tra cui vi è il prezzo o il costo) e valutativi, i quali premiano la qualità delle sue diverse eccezioni riconosciute meritevoli dalle Direttive e dal Codice.

Per le gare che devono essere aggiudicate esclusivamente sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (art. 95, comma 3), il legislatore ha fatto una scelta di campo, vietando le gare al minor prezzo a tutela della qualità delle prestazioni (nella specie per i contratti relativi ai servizi sociali, ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, servizi di ingegneria e architettura e altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro), mentre per i servizi ad alta intensità di manodopera (*labour intensive*, così come specificati all'art. 50, comma 1), che comportano l'accentramento della competizione sul fattore del costo del lavoro, prevale una prospettiva di tutela del lavoratore, a fronte di un contesto generale che, come si è detto, non sempre permette di identificare un importo standardizzato di giusto compenso, tale da fissarlo a monte nel progetto di gara come esatto requisito minimo dell'offerta. Già in passato si era cercato di percorrere questa strada, ma senza particolare successo, dato che l'art. 82, comma 3 *bis*, D.Lgs. n. 163/2006, nelle gare al criterio del prezzo più basso, prevedeva che l'offerta fosse "al netto" delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

In sostanza, per le ipotesi previste all'art. 95, comma 3 del Codice, il legislatore ha fatto un "uso strategico" non della commessa pubblica ma del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

Quanto alle ipotesi dell'art. 95, in cui l'amministrazione può invece utilizzare il criterio del minor prezzo (comma 4), generano incertezze interpretative la categoria dei servizi e forniture con "caratteristiche standardizzate o le cui condizioni siano definite dal mercato" (lett. b) e quella ad "elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo" (lett. c), così anche come rilevato dal Consiglio di Stato nel parere di agosto 2016. La versione finale delle Linee Guida precisa che per prestazioni a caratteristiche standardizzate devono ritenersi quelle che non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali, mentre sono ad elevata ripetitività quelle che soddisfano esigenze generiche e ricorrenti, connesse alla normale operatività delle stazioni appaltanti, richiedendo approvvigionamenti frequenti al fine di

assicurare la continuità della prestazione. La *ratio* delle due ipotesi di aggiudicazione al minor prezzo sarebbe quella di consentire alla stazione appaltante di evitare oneri, in termini di tempi e costi, di un confronto concorrenziale basato sul miglior rapporto qualità e prezzo, quando i benefici derivanti da tale confronto sono nulli o ridotti.

Se l'amministrazione decide di utilizzare il criterio del minor prezzo, ne deve dare adeguata motivazione (comma 5). Ciò trova un'utilità per le richiamate ipotesi delle lett. b) e c) dell'articolo in esame, dovendo la stazione appaltante riconoscere l'esistenza in concreto di situazioni di caratteristiche standardizzate o dell'elevata ripetitività, mentre pare solo un aggravio formale per l'ipotesi della lett. a), già del tutto specificata dal legislatore, ossia per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro con requisiti di qualità garantiti da procedura di gara sulla base del progetto esecutivo, che dovrebbe essere con il [D.Lgs. n. 50/2016](#) la regola (ex art. 23, comma 12).

Non è escluso che una determinata prestazione possa astrattamente rientrare nelle ipotesi dell'art. 95, comma 3, per cui è obbligatorio il rispetto del criterio miglior rapporto qualità/prezzo, come anche nella griglia dell'art. 95 comma 4, di facoltatività della gara al minor prezzo. Non paiono peraltro esservi dubbi che, in situazioni di questo genere, nel rispetto della diversa portata delle previsioni, prevarrebbe la qualificazione del comma 3 in quanto presidiata da un obbligo.

Relativamente all'elemento qualità, l'art. 95 del Codice non impone alla stazione appaltante, in linea con la normativa precedente, un ordine degli elementi da considerare espressione della qualità *latu sensu* intesa, ma propone un'elencazione non gerarchizzata di elementi che possono essere oggetto di valutazione (criteri ordinari e premiali: commi 6 e 13), con la prescrizione di metodo che vi sia coerenza tra i criteri confezionati e gli obiettivi dati e che essi siano connessi all'oggetto dell'appalto (comma 6), pur nell'accezione ampia accolta dalla giurisprudenza comunitaria, dalle Direttive e dunque dal Codice (comma 11)⁽³⁴⁾.

I possibili elementi/criteri atti a valutare la qualità dell'offerta, così come proposti dall'art. 95, possono essere accorpati in tre differenti gruppi.

Il primo gruppo è quello più ampio ed interessa la qualità valutabile alla luce del pregio tecnico, delle caratteristiche estetiche e funzionali, dell'accessibilità per le persone con disabilità e per tutti gli utenti, di particolari livelli di sicurezza e di salute, di caratteristiche sociali e ambientali, di caratteristiche innovative (comma 6, lett. a); del possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (lett. b); del costo di utilizzazione e di manutenzione, avuto riguardo non solo al consumo di energia ma a tutte le esternalità ambientali (lett. c); della compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda (lett. d); del servizio *post* vendita e l'assistenza tecnica (lett. e); delle condizioni di consegna (lett. g).

Il secondo gruppo riguarda la struttura e l'organizzazione dell'impresa, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato, se funzionale alla commessa (lett. e).

Il terzo gruppo riguarda i criteri cd. premiali, ovvero i profili dell'offerta o dell'offerente ulteriori a quelli necessari per l'ammissione oppure profili che rendono l'offerta meritevole di favore, qualora compatibili in concreto con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità: maggior *rating* di legalità dell'offerente; essere microimprese o PMI, giovani professionisti o imprese di nuova costituzione; minore impatto sulla salute e sull'ambiente (comma 13).

Va osservato che con i criteri di natura soggettiva, di cui al richiamato comma 6, lett. e), il legislatore ha definitivamente sdoganato la possibilità di considerare in gara alcune caratteristiche soggettive dell'impresa come elementi di valutazione dell'offerta e non necessariamente solo come requisiti di partecipazione dell'offerente⁽³⁵⁾. Invece i criteri premiali - che come traspare dalla norma potrebbero in concreto non essere compatibili con il diritto comunitario - appaiono in particolare modo problematici per il *rating* di legalità. A tal ultimo riguardo le Linee Guida raccomandano che la stazione appaltante, per non discriminare imprese estere o di nuova costituzione senza adeguato fatturato, preveda che esse possano dimostrare questo aspetto qualitativo prendendo a riferimento elementi del *rating* di legalità (ai sensi della delibera AGCM, 14 novembre 2012, n. 20475), diversi da quelli già considerati ai fini della qualificazione.

Nella predisposizione dei criteri di valutazione sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, come già accennato, l'amministrazione può congelare il fattore costo o prezzo, facendo così

concorrere gli operatori economici unicamente solo sugli elementi qualitativi (art. 95, comma 7). Secondo le Linee Guida n. 2, data la presenza di "anche" nella disposizione da ultimo richiamata, è da ritenersi che la facoltà del costo o prezzo fisso non si applichi solo a fronte di puntuali disposizioni legislative, regolamentari o amministrative che fissano il prezzo delle prestazioni di interesse, ma anche in casi non specificati, rimessi alla prudente valutazione della stazione appaltante.

Le Linee Guida propongono inoltre la distinzione tra costo e prezzo: il primo, in buona sostanza, è da intendersi come sommatoria delle esternalità misurate delle varie fasi del ciclo di vita dei lavori/beni/servizi; il secondo equivale al corrispettivo previsto nell'ambito dell'offerta, ossia al costo che più direttamente ricade sulla stazione appaltante.

La regola è che il *mix* tra l'elemento economico e la qualità debba essere comunque proporzionato agli obiettivi ed a quanto offre quel determinato mercato. Sempre secondo le Linee Guida, si deve attribuire un punteggio limitato quando si ritiene opportuno valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta o scoraggiare ribassi eccessivi; viceversa si deve attribuire un peso maggiore alla componente prezzo quando le condizioni di mercato siano tali che la qualità dei prodotti offerti delle imprese è sostanzialmente analoga.

I temi ulteriori riguardano l'attribuzione del peso del fattore economico ai fini del punteggio finale ed i criteri valutativi, aspetti in merito a cui l'art. 95 del Codice non offre prescrizioni puntuali, salvo il fatto che lo scarto tra il minimo ed il massimo di ogni punteggio sia adeguato (comma 8) e che l'amministrazione, qualora ritenga non possibile la ponderazione dei criteri, è tenuta ad indicare nella *lex specialis* l'ordine decrescente d'importanza dei suddetti criteri (comma 9).

La procedura di consultazione delle Linee Guida ha registrato parecchi contributi sull'incidenza del fattore prezzo/costo ai fini dell'aggiudicazione, alcuni dei quali critici verso il metodo di cd. interpolazione lineare, in quanto esso valorizzerebbe eccessivamente l'elemento prezzo, contrariamente al metodo cd. bilineare. Le Linee Guida sull'OEPV, nella loro versione finale, non esprimono una preferenza verso un metodo rispetto ad un altro, ma illustrano maggiormente (come suggerito dal Consiglio di Stato in sede consultiva) le caratteristiche dei diversi metodi vagliati (bilineari, lineari ed indipendenti), rinviando per maggiori approfondimenti al Quaderno dell'AVCP di dicembre 2011, relativo al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In tema di ponderazione dei criteri valutativi, dalle Linee Guida emergono due raccomandazioni alle stazioni appaltanti: ripartire proporzionalmente i punteggi tra i criteri afferenti l'oggetto principale e agli oggetti secondari dell'affidamento; attribuire un punteggio limitato o non attribuire alcun punteggio ai criteri relativi a profili ritenuti non essenziali in relazione alle esigenze della stazione appaltante. A ciò si aggiunge l'indicazione dell'ANAC secondo cui i criteri di valutazione soggettivi e quelli premiali non dovrebbero incidere più di 10 punti sul totale, "considerato che tali elementi non riguardano tanto il contenuto dell'offerta ma la natura dell'offerente".

Le Linee Guida riportano inoltre l'opportunità della riparametrazione dei punteggi, per l'ipotesi in cui per determinati criteri non vi sia un punteggio massimo, al fine di non falsare il rapporto con elemento economico nella scelta dell'offerta migliore⁽³⁶⁾.

Sempre le Linee Guida, ribadito che la stazione appaltante è libera di determinare il criterio di attribuzione dei punteggi per i criteri di natura qualitativa, illustrano quelli che nella prassi applicativa sono i due gruppi di sistemi alternativi applicati. Da un lato l'attribuzione discrezionale di un coefficiente variabile da zero a uno da parte di ciascuno commissario di gara; dall'altro il confronto a coppie, maggiormente adatto per le gare con la presenza di numerose offerte.

L'ultimo argomento a cui l'ANAC dedica attenzione è la formazione della graduatoria, ossia alle metodologie per determinare, con un unico parametro numerico finale, l'offerta economicamente più vantaggiosa, esponendo le caratteristiche di metodi multi-criteri o multi-obiettivi: aggregativo compensatore (quello in massima parte applicato dalle stazioni appaltanti), Electre e Topsis.

La fase della valutazione delle offerte

La fase della valutazione delle offerte è quella che è stata maggiormente (se non esclusivamente) monitorata dalla giurisprudenza ma che, nell'economia del presente contributo,

è quella di minore interesse in quanto è una fase in cui le scelte dell'amministrazione sulle prestazioni attese e sul criterio di aggiudicazione sono già state fatte.

Come è noto, qualora il criterio sia del miglior rapporto qualità/prezzo, la fase di valutazione delle offerte è rimessa all'operato di una commissione giudicatrice la quale, una volta entrato a regime il nuovo sistema, sarà di regola costituita da componenti esterni della stazione appaltante, ai sensi e agli effetti dell'art. 77, D.Lgs. n. 50/2016. Per quanto riguarda i criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale, operano le recenti Linee Guida n. 5, approvate dall'ANAC il 16 novembre 2016⁽³⁷⁾.

Il comma 3 dell'art. 77 prevede peraltro che per le gare sottosoglia comunitaria e le gare di non particolare complessità, ossia svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione ex art. 58 del Codice, la stazione appaltante può altresì nominare come commissari componenti interni alla stazione appaltante, nel rispetto del principio di rotazione e più in generale, ai sensi del comma 4, della regola per la quale i commissari non devono avere svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo, relativamente al contratto del cui affidamento di tratta.

La commissione giudicatrice è l'organo "concretizzatore" delle attese dell'amministrazione, di cui, per l'effetto, deve conoscere esattamente le esigenze e le legittime aspettative correlate a quella determinata commessa, così come in massima parte trasposte nel progetto e nei documenti tecnici di gara. Nel contempo sorge la domanda se, nelle gare in cui vi siano solo componenti esterni alla stazione appaltante, la commissione giudicatrice riuscirà a interpretare del tutto questa necessità in un'ottica di efficienza dell'acquisto, non avendo direttamente conoscenza dello storico del servizio, delle caratteristiche del territorio ed anche delle capacità organizzative dell'amministrazione, importanti nella prospettiva di controllo nella fase esecutiva del contratto.

Da ricordare infine la espressa previsione dell'art. 95, comma 10 del Codice, secondo cui l'offerta economica deve indicare gli oneri di sicurezza aziendale, previsione che dovrebbe risolvere la *vexata quaestio* sulla doverosità dell'indicazione degli oneri aziendali già in sede di offerta⁽³⁸⁾.

La facoltà di non aggiudicare

Terminata la fase della valutazione delle offerte e superata positivamente l'eventuale verifica dell'anomalia dell'offerta⁽³⁹⁾, vi è ancora spazio di discrezionalità dell'amministrazione ai fini della scelta dell'offerta migliore.

L'art. 95, comma 12, D.Lgs. n. 50/2016 prevede infatti che le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione, se nessuna offerta risulta conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Tale facoltà deve essere indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito. Questo potere era già previsto dall'art. 81, comma 3, D.Lgs. n. 163/2006, ma senza l'obbligo dell'amministrazione di previa indicazione nella *lex specialis*.

Le Linee Guida non trattano nello specifico di questo aspetto; in base alla precedente giurisprudenza è da ritenersi che in questi casi la stazione appaltante, conosciute le offerte, opera un giudizio di convenienza sul futuro contratto, con apprezzamenti sull'inopportunità economica del rapporto negoziale per puntuali ed obiettive ragioni di interesse pubblico ed anche alla luce di una generale riconsiderazione del contratto prospettato, nell'esercizio di ampi di poteri in funzione di controllo, non condizionati dalle valutazioni tecniche della commissione giudicatrice⁽⁴⁰⁾. Qualora l'amministrazione decida di non aggiudicare, è però tenuta a motivare le ragioni concrete della scelta, esplicitando precisamente ed in modo circostanziato gli elementi di inidoneità dell'offerta che giustificano la mancata aggiudicazione, alla luce di apposita istruttoria. Dopo l'aggiudicazione, residua invece il potere del committente pubblico di intervenire in caso di sopravvenuta inidoneità della prestazione inizialmente richiesta, sussistendone i presupposti, tramite esercizio del potere di revoca dell'aggiudicazione o della facoltà di recesso dal contratto stipulato⁽⁴¹⁾.

(1) In dottrina, R. De Nictolis, *Sistemi di scelta del contraente, criteri di aggiudicazione e offerte anomale nella «Merloni -ter»*, in questa Rivista, 1999, 1, 5 ss.; C. E. Gallo, *Commento all'art. 21*, in V. Italia (a cura di), *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, Milano, 2003, 530



ss.; R. Iannotta, *Commento all'art. 21, l. Merloni*, in L. Giampaolino - M. A. Sandulli - G. Stancanelli (a cura di), *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici fino alla Merloni*, Milano, 1999, 337 ss.

(2) Si v. C. Lacava, *La libertà di scelta dei criteri di aggiudicazione per le amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 2, 133 ss.; R. De Nictolis, *La Corte CE e l'art. 21, legge Merloni: le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere il criterio di aggiudicazione*, in questa Rivista, 2004, 11, 1267 ss.

(3) Per quanto riguarda l'OEPV ed in generale i criteri di valutazione vigente il [D.Lgs. n. 163/2006](#), si v. P. Piva, *Criteri di aggiudicazione*, in R. Villata - M. Bertolissi - v. Domenichelli - G. Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, I, 779 ss.; F. Mastroviti, *Art. 81, art. 82 e art. 83*, in G.F. Ferrari - G. Morbidelli, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2013, 1101 ss.; M. Amedei - M. Cozzio (a cura di), *Appalti di servizi e criteri ambientali. Aspetti giuridici e tecnici*, Trento, 2013, 17 ss.; G. Fonderico, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anormalità*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, 451 ss.; R. Di Pace, *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 647 ss.; C. Contessa, *L'offerta economicamente più vantaggiosa: brevi note su un istituto ancora in cerca di equilibri*, in [www.giustizia-amministrativa.it](#), 2010; F. Coccoli, *Criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse*, in M. Sanino (a cura di), *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Torino, 2008, 339 ss.; M. Lipari, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in questa Rivista, 2007, 1, 7 ss.

(4) Si v. AVCP, determinazione 29 marzo 2007, n. 4, in tema di "Indicazioni sull'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura a seguito dell'entrata in vigore del [D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163](#) e della [legge 4 agosto 2006, n. 248](#)".

(5) L'art. 285, d.P.R. n. 207/2010 prevedeva per la fornitura di buoni pasto la regola del criterio dell'OEPV, richiedendo all'amministrazione di motivare l'eventuale utilizzo del criterio del prezzo più basso. L'art. 286 del d. P.R. citato, in tema di servizi di pulizia, prefissava in caso di applicazione del criterio dell'OEPV, gli elementi oggetto di valutazione (prezzo e qualità) e il *rangedei* pesi utilizzabili. Quanto invece all'aggiudicazione secondo il criterio dell'OEPV degli appalti di servizi alla persona, così come disciplinati dalla L. n. 328/2001 e da normativa regionale, si v. Tar Piemonte, sez. I, 6 febbraio 2012, n. 153.

(6) Da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2016, n. 1661, secondo cui "La scelta operata dall'Amministrazione appaltante, in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativamente ai criteri di valutazione delle offerte, ivi compreso il peso da attribuire a tali singoli elementi, specificamente indicati nella *lex specialis*, e ivi compresa anche la disaggregazione eventuale del singolo criterio valutativo in sub-criteri, è espressione dell'ampia discrezionalità che la legge le ha attribuito per meglio perseguire l'interesse pubblico; la scelta è sindacabile in sede di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale ed i criteri non siano trasparenti ed intellegibili, non consentendo ai concorrenti di calibrare la propria offerta". Sul punto si v. anche AVCP, "Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa", in *Quaderni*, dicembre 2011.

(7) L'amministrazione, in ordine alla scelta fra il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso, non deve esternare le ragioni, in quanto scelta censurabile solo per evidente irrazionalità o travisamento dei fatti: *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2015, n. 3121; 31 agosto 2015, n. 4040.

(8) Quanto alle Direttive comunitarie di riferimento, tralasciando i pur importanti considerando, trattano nello specifico dei criteri di aggiudicazione l'art. 41 della Direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/23 (sull'aggiudicazione dei contratti di concessione), l'art. 67 della Direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/24 (relativa agli appalti pubblici), l'art. 82 della Direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/25 (sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia e dei trasporti e dei servizi postali nei settori). Quanto invece alla [Legge delega n. 11/2016](#), da cui proviene il [D.Lgs. n. 50/2016](#), essa si interessa dei criteri di aggiudicazione all'art. 1, comma 1, lett. p), ff), gg), oo), ccc), ddd), fff) e ggg). Per i primi commenti sui criteri di aggiudicazione previsti dalle Direttive e dal nuovo Codice dei contratti pubblici, si v. R. De Nictolis, *Il nuovo*



codice dei contratti pubblici, in questa *Rivista*, 2016, 5, 29 e s.; C. Lacava, *I criteri di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, 459 ss.; C. Lamberti - S. Villamena, *Nuove direttive appalti: "sistemi di selezione e "criteri di aggiudicazione"* in questa *Rivista*, 2015, 8-9, 873 ss.

(9) In particolare, per i settori speciali vale l'art. 133 del Codice, il quale rinvia per quanto compatibili alle previsioni dell'art. 95. Per le concessioni opera l'art. 164, comma 2, che rimanda, sempre per quanto compatibili, alle previsioni sui criteri di aggiudicazione della Parte II del Codice, mentre il successivo art. 173, comma 2 prevede che, in espressa deroga all'art. 95, la stazione appaltante è tenuta ad elencare i criteri di aggiudicazione in ordine decrescente di importanza.

(10) Si v. l'art. 67, comma 2, Direttiva 2014/24, nonché Cons. Stato, Comm. spec., parere 21 marzo 2016, n. 855, ad oggetto lo Schema di Decreto Legislativo recante "[Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione](#), ai sensi dell'art. 1, comma 3, l. n. 11/2016", *sub* art. 95.

(11) In tal senso, Cons. Stato, Comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767, ad oggetto le Linee Guida elaborate dall'ANAC sul responsabile unico del procedimento, l'offerta economicamente più vantaggiosa, i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, *sub* lett. B, par. 2.

(12) Pubblicate in G.U. 11 ottobre 2016, n. 238, nonché sul sito www.anticorruzione.it.

(13) Cons. Stato, Comm. spec., cit. e lettera a firma del Presidente della Commissione Lavori pubblici del Senato e del Presidente della Commissione Ambiente dalla Camera dei Deputati, agosto 2016.

(14) Si v. nuovamente Cons. Stato, Comm. spec., cit., *sub* lett. A, per la qualificazione giuridica dei differenti atti attuativi del Codice.

(15) Sempre attuale il contributo di F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, I, *passim* ma in particolare, 354: "Nella conformazione di nuove strutture organizzative, deve aversi riguardo essenzialmente al bisogno di efficienza: ma in questa stessa prospettiva possono recuperarsi in forme nuove le garanzie oggi affidate, con deludenti risultati, solo alla disciplina dell'attività. Occorrono perciò servizi o uffici contrattanti, comunque modellati purché funzionali: si devono trovare nuovi schemi per unificare poteri o responsabilità oggi disperse o frazionate; si deve individuare quell'interlocutore, che per la parte privata è spesso solo una figura sfuggente o quasi inafferrabile. Ed anche per gli enti minori si potrebbe pensare a servizi comuni di contrattazione e di gestione, quando queste funzioni siano distinte con chiarezza da quelle che comportano valutazioni politico-amministrative. Tutto, o quasi tutto, è ancora da inventare. Ma il problema dell'organizzazione non può essere ignorato o eluso, se si vuole che il problema dell'attività possa essere affrontato nuovamente senza pregiudizi, e senza la preoccupazione fuorviante di garantire tutto: da una legalità che ha perso ormai in gran parte valore sostanziale, alla quasi totale irresponsabilità del funzionario incapace o negligente". Sulla necessità di cambiare l'approccio verso la gara, a favore di una efficienza sostanziale, si v. di recente A. Heimler, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali?*, in *Merc. conc. reg.*, 2015, 1, 181 ss.; M. Cafagno, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Dir. pubbl. com.*, 2013, 2, 991 ss.

(16) In tal senso, G. Fonderico, cit., 459.

(17) L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti di servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 2-3, 340 ss.

(18) Sul modello italiano delle centrali di committenza ed aggregazioni di contratti, si v. M. Comba, *Aggregazioni di contratti e centrali di committenza: la disciplina europea ed il modello italiano*, in questa *Rivista*, 2016, 10, 1053 ss.

(19) Sulla flessibilità correlata al divieto di *gold plating*, intesa come maggiore "libertà di manovra", si v. H. Caroli Casavola, *Le procedure di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, 452; P. Mantini, *Divieto di gold plating e semplificazione normativa nel recepimento delle direttive sugli appalti e concessioni*, relazione al Convegno organizzato dall'Università Bocconi, *Le nuove Direttive appalti e il loro recepimento*, 14 marzo 2015, disponibile in www.osservatorioappalti.unitn.it.

(20) Per tutti, si v. M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001, 119 ss.

(21) H. Caroli Casavola, *Le nuove direttive sugli appalti e le concessioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 12, 1144 s. Sull'ente pubblico quale vero soggetto motore dell'innovazione anche in settori altamente tecnologici, si v. M. Mazzucato, *Lo Stato innovatore*, Bari, 2013, *passim*. Sulle prospettive di collaborazione tra pubblico e privato alla luce del [D.Lgs. n. 50/2016](#), si v. S. Fantini, *Il partenariato per l'innovazione*, in questa *Rivista*, 8-9, 2016, 955 ss.

(22) Sul ridimensionamento dell'esclusiva rilevanza in termini economici dell'offerta (cd. *purity principle*) si v. H. Caroli Casavola, 2014, cit., 1139 ed ivi richiami. Sulla funzione strategica, si v. anche G.A. Benacchio, *Verso le direttive di quarta generazione*, in G.A. Benacchio - M. Cozzio (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012, 1 - 28; R. Caranta, *I Contratti pubblici*, Torino, 2012, 381 ss. Per una disamina generale sugli appalti sostenibili, di recente C. Vivani, *Appalti sostenibili*, green public procurement e socially responsible public procurement, in questa *Rivista*, 2016, 8-9, 993 ss. Sulle clausole sociali *latu sensu* intese, E. Battain, *Le clausole sociali nei contratti pubblici*, in *Informator*, 2015, 4, 84 e ss; L. Gili - D. Dutto, *Le politiche di acquisto della PA ed i regolamenti in tempi di spending review, il valore aggiunto dell'inclusione*, in *Informator*, 2014, 4, 101 ss.; S. Costantini, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le «clausole sociali» fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona", working papers, 2014, in www.osservatorioappalti.unitn.it. Quanto invece alla tutela strumentale delle MicroPMI in occasione di commesse pubbliche, M. Cozzio, *Percorsi di innovazione giuridica (e non solo) per le MicroPMI nella direttiva europea sulla concessioni*, in M. Ricchi - G.F. Cartei (a cura di), *Finanza di progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015, 255 ss.; G. Tanzarella, *Lo statuto delle imprese*, in questa *Rivista*, 2012, 2, 161 ss.

(23) Di recente, per un'analisi dei contratti pubblici in una prospettiva economica, si v. M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, relazione al 61° Convegno di Studi Amministrativi, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, 17-19 settembre 2015, Varenna.

(24) Per i servizi sociali, il riferimento è ai diversi piani previsti dalla [L. n. 328/2000](#) ed alle normative regionali, pur nel quadro di ripartizione di competenze tra enti ad oggi ancora incerto. O ancora, *de iure condendo*, agli strumenti programmatori volti a sostenere l'inclusione attiva, di cui al testo del disegno di legge delega "recante norme relative al contrasto alla povertà, al riordino delle prestazioni, ed al sistema di interventi e dei servizi sociali", approvato il 14 luglio 2016 della Camera dei Deputati (C394) ed a dicembre 2016 all'esame del Senato della Repubblica.

(25) Osservano R. Garofali - G. Ferrari, *Codice degli appalti pubblici*, Lecce, 2012, II, 1737 e s. che la previsione ricalca quella prevista all'art. 14, [L. n. 109/1994](#), il cui testo originario riportava anche la facoltà di chiunque di formulare sul programma osservazioni e proposte, sulle quali l'organo competente aveva l'obbligo di pronunciarsi.

(26) Entrambi consultabili in www.minambiente.it.

(27) In primo luogo valutando la possibilità di dividere l'appalto in lotti, dovendo in difetto l'amministrazione motivare le ragioni contrarie (art. 51, [comma 1](#), [D.Lgs. n. 50/2016](#)). Sulle MicroPMI e contratti pubblici, si v. nuovamente M. Cozzio, *Percorsi di innovazione giuridica (e non solo) per le MicroPMI nella direttiva europea sulla concessioni*, cit.

(28) In tal senso L. De Pauli, *I "costi del ciclo di vita" nel nuovo codice appalti*, in questa *Rivista*, 2016, 6, 630, a cui si rinvia per l'approfondimento del tema, unitamente a L. Gobbato, *Il nuovo Codice degli appalti rilancia i CAM*, in *Ambiente & sviluppo*, 2016, 7, 481 ss.; F. Iraldo - F. Testa, *L'impronta ambientale di prodotto per la competitività delle PMI*, Milano, 2014, 9 ss.

(29) Relativamente ad ambiti e settori in cui questo approccio è già praticato, si segnala il caso del settore dell'edilizia che ha visto, soprattutto in Gran Bretagna, Francia e Germania, il diffondersi del c.d. BIM - *Building Information Modelling/Management*, strumento che permette di gestire in modo integrato ed informatizzato le attività legate alla realizzazione di opere di ingegneria ed architettura, metodo la cui introduzione in Italia per i lavori pubblici è ora rimessa a decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ai sensi dell'art. 23, [comma 13](#), [D.Lgs. n. 50/2016](#). Ancora, sono da segnalare alcuni studi sulle forniture di prodotti, specificamente quelli del progetto SHEEP "A Schools' panel for High Energy Efficiency Products", in [87](http://www-</p>
</div>
<div data-bbox=)

ec.europa.eu/energy/intelligent/projects/en/projects/sheep) o le già operanti previsioni nel settore dei rifiuti quando operi il principio di EPR - *Extended producer responsibility* (imballaggi da raccolta differenziata di rifiuti solidi urbani, olii e batterie esauste, pneumatici fuori uso, rifiuti da apparecchiature elettriche ed elettroniche), per cui il produttore, ed in alcuni casi il primo importatore o utilizzatore, devono farsi carico dei costi *post* vendita dei beni da loro a vario titolo trattati e divenuti rifiuti, in termini di loro recupero, riciclo ed in ultima istanza di conferimento in discarica e che ha spesso come effetto la previsione, nei bandi di gara di settore, dell'obbligo a carico dell'offerente di effettuare per i servizi/forniture aggiudicati una valutazione con il metodo LCA - *Life Cycle Assessment* e secondo gli standard previsti dalle norme ISO, finalizzata a misurare gli impatti sull'ambiente riferibili all'imballaggio, trasporto e smaltimento/recupero dei rifiuti per determinati codici CER prodotti. Per i *criteri* ambientali proposti in ambito comunitario, si v. quanto pubblicato in www.ec.europa.eu/environment/eu_gpp_criteria_en.htm.

(30) Sul tema, I. Gobbato, cit., nonché, richiamato da C. Vivani, cit., T. Cellura, *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici*, Rimini, 2016.

(31) Per una puntuale analisi della problematica del costo del lavoro, si v. G. F. Figuera, *Il costo del lavoro nel Codice dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2015, 8-9, 945 ss. Per la prospettiva della libera circolazione di servizi e di persone, G. Barberis, *Appalti pubblici e distacco transazionale di lavoratori*, in questa *Rivista*, 2015, 5, 520 ss. Si v. anche la recente circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, prot. 37/0014775 del 26 luglio 2016, ad oggetto "applicazione CCNL nell'ambito degli appalti pubblici", in www.lexitalia.it.

(32) L'art. 50, D.Lgs. n. 50/2016 prevede la facoltà e non la doverosità della clausola sociale nei bandi e lettere di invito. Quanto alla portata e relativa vincolatezza della clausola sociale per l'impresa subentrante, si v. da ultimo T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 26 settembre 2016, n. 9926, Cons. Stato, Sez. III, 9 dicembre 2015, n. 5598.

(33) Rileva A. Heimler, cit., 192, che "i responsabili degli acquisti all'interno delle Amministrazioni devono poter contare sulla collaborazione degli utenti (di coloro cioè che useranno i beni e i servizi da acquistare) per correttamente decidere l'oggetto del bando, e, nel caso, sulla cooperazione delle imprese fornitrici".

(34) Sullo specifico tema della connessione, pur se *ante* D.Lgs. n. 50/2016, e su quanto un contratto pubblico può spingersi a perseguire interessi inerenti il processo di produzione che si pone a monte della prestazioni o altri interessi correlati, si v. R. Caranta, *L'incerta sostenibilità degli appalti pubblici*, in questa *Rivista*, 2012, 11, 1135 ss. (a commento di Corte Giust. UE, 10 maggio 2012, causa C368/10, in tema di rilevanza e "valore", in un contratto pubblico, della provenienza dal commercio equo e solidale di caffè e di tè da fornire ad un'amministrazione); P. Cerbo, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della "dignità umana"*, in *Foro amm. Tar*, 2010, 1875 ss.

(35) Contributo decisivo a questo nuovo orientamento deriva dalla giurisprudenza comunitaria: si v. M. Cozzio, *Il ruolo creativo della giurisprudenza nella disciplina degli appalti pubblici*, in G.A. Benacchio - M. Cozzio (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, cit., 39-40.

(36) In tema, M. Nesi, *La riparametrazione dei punteggi dell'offerta tecnica*, in questa *Rivista*, 2014, 12, 1311.

(37) Pubblicate in G.U. 3 dicembre 2016, n. 283, nonché sul sito www.anticorruzione.it.

(38) Sul tema, da ultimo, D. Gentile - A. Sgobba, *L'indicazione degli oneri di sicurezza interni ed esterni: Caso risolto?*, in questa *Rivista*, 2016, 6, 683 ss. ed ivi richiami.

(39) L'art. 95, comma 15, contiene anche la discussa previsione "anticontenzioso", introdotta dal D.L. n. 90/2014, convertito in L. n. 114/2014, secondo cui ogni variazione che intervenga, anche a fronte di pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie della procedura, né per l'individuazione di soglie di anomalia dell'offerta. Per la ricostruzione della funzione della soglia di anomalia, come del principio di sua "stabilità", si v. C. Commandatore, *Il difficile equilibrio tra l'effettività della tutela e il principio di stabilità della soglia di anomalia*, in questa *Rivista*, 2015, 12, 1293 ss.



(40) Si v. Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2015, n. 3721; Sez. III, 20 aprile 2015, n. 1994; 4 settembre 2013, n. 4433; Sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1766. In dottrina, F. Mastroviti, *art. 81*, in G.F. Ferrari - G. Morbidelli, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 1109 ss.

(41) L'art. 32, comma 8, D.Lgs. n. 50/2016 rinvia, per l'autotutela nei confronti dell'atto di aggiudicazione, ai casi consentiti dalla norme vigenti. Sul necessario presupposto della revoca, di assoluta inidoneità della prestazione inizialmente richiesta e non solo di ripensamento circa il grado di satisfattività della prestazione messa a gara, da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026. In dottrina, relativamente all'autotutela pubblicistica ed al recesso di matrice privatistica, si v. C. Commandatore, *Autotutela e recesso della P.A.*, in questa *Rivista*, 2015, 687 ss.

PUBBLICO - Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione di Luca Verrienti (Anno di pubblicazione: 1991 - Aggiornamento: 2011 a cura di Paolo Patrito)

Sommario: 1. Osservazioni generali. - 2. La giurisdizione del giudice ordinario in materia penale. - 3. La giurisdizione del giudice ordinario in materia civile: i diritti soggettivi. - 4. Deroghe ed eccezioni alla giurisdizione del giudice ordinario in materia di diritti soggettivi: gli interessi legittimi. - 5. La determinazione della giurisdizione del giudice ordinario. - 6. I poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione: osservazioni generali. - 7. Incidenza del potere giudiziario nell'esercizio dell'attività amministrativa. - 8. I poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione secondo i principi costituzionali. - 9. I poteri di cognizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione. - 10. I poteri di decisione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione. - 11. Azioni dichiarative o di accertamento nei confronti della pubblica amministrazione. - 12. Azioni di condanna nei confronti della pubblica amministrazione. - 13. Azioni costitutive nei confronti della pubblica amministrazione. - 14. Esecuzione forzata contro la pubblica amministrazione. - 15. Procedimenti sommari di cognizione speciale nei confronti della pubblica amministrazione. - 16. Procedimenti cautelari nei confronti della pubblica amministrazione. - 17. Procedimenti possessori nei confronti della pubblica amministrazione. - 18. Provvedimenti d'urgenza nei confronti della pubblica amministrazione. - 19. Il potere di cosiddetta disapplicazione del giudice ordinario: osservazioni generali. - 20. La norma dell'art. 5 l. cont. amm.: critica sistematica. - 21. La norma dell'art. 5 l. cont. amm.: critica filologica. - 22. La definizione del potere di disapplicazione secondo il metodo critico dell'interpretazione filologica. - 23. La definizione del potere di disapplicazione nel senso dell'inapplicabilità dell'atto. - 24. Gli effetti della disapplicazione dell'atto. - 25. Breve analisi giurisprudenziale. - 26. La giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione: i procedimenti speciali. Osservazioni generali. - 27. Giudizi in materia di contenzioso elettorale. - 28. Giudizi di opposizione ad ingiunzioni amministrative. - 29. Giudizi di opposizione in materia di sanzioni amministrative. - 30. Giudizi in materia di ricovero obbligatorio di infermi di menti. - 31. La giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione: le sezioni specializzate istituite presso i giudici ordinari. Osservazioni generali. - 32. I Tribunali regionali delle acque pubbliche. - 33. Il procedimento davanti ai Tribunali regionali delle acque pubbliche.

1. Osservazioni generali.

La legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E), contenente norme sull'abolizione del contenzioso amministrativo, costituisce un'incrocio fondamentale nella ricostruzione dei rapporti fra giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: non tutte le norme che la compongono sono da considerarsi in vigore: alcune, come quelle comprese negli artt. 10 e 11, sono state abrogate o superate dalla legislazione successiva; altre sono state modificate, come quelle comprese nell'art. 9; altre, come quelle comprese nel comma 1 e nel 2 dell'art. 6, sono state dichiarate incostituzionali da C. Cost. n. 125/1969, da C. Cost. n. 21/1961; altre ancora, come quelle riferite dagli artt. 3 e 12, pur non essendo formalmente in vigore, hanno un valore storico

determinante nella ricostruzione genetica del sistema di giustizia amministrativa (cfr. → GIURISDIZIONI AMMINISTRATIVE SPECIALI, RICORSI AMMINISTRATIVI E RICORSO GERARCHICO).

Circa i rapporti fra giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione, la norma dell'art. 1 l. cont. amm. presenta una fondamentale dimensione storica, in quanto disponendo da un lato l'abolizione dei tribunali speciali investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo tanto in materia civile quanto in materia penale, e dall'altra la devoluzione alla giurisdizione ordinaria delle controversie ad esse attribuite dalle leggi in vigore, chiude un periodo storico della giustizia amministrativa italiana, conosciuto sotto la denominazione del sistema del contenzioso amministrativo, e ne apre uno nuovo, assai meno ordinato del precedente, caratterizzato da un'elaborazione normativa disorganica e frammentaria.

La l. cont. amm., caratterizzata da perfetto rigore logico e fondata su un solido impianto sistematico, delinea i connotati essenziali dei rapporti fra giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: la norma dell'art. 1, proprio in virtù della sua dimensione storica, possiede una connotazione strutturale di tipo negativo, nella misura in cui elimina dall'ordinamento giuridico un determinato tipo di giudice, anche se non elimina un determinato tipo di competenze funzionali, connesse alla tutela di interessi non diritti (cfr. → CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO), e riserva alla giurisdizione del giudice ordinario, cioè dei «tribunali» di cui all'art. 4 l. cont. amm., l'area della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi ex art. 2 ll. cont. amm., e attribuisce alla competenza dell'autorità amministrativa «la gestione contenziosa degli affari relativi agli interessi non riconducibili a diritti, secondo la procedura dell'istanza-ricorso di cui all'art. 3 l. cont. amm.

I rapporti fra giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione sono fondamentalmente racchiusi nella vicenda storico-giuridica descritta dall'art. 1 l. cont. amm.: abolizione del sistema precedente, rappresentato dai giudici del cosiddetto contenzioso amministrativo; affermazione del principio tendenzialmente generale della giurisdizione unica del giudice ordinario; restrizione della tutela degli «affari non compresi nell'art. 2, l. cont. amm.», cioè delle posizioni giuridiche soggettive non qualificabili come diritti soggettivi, nel sistema dell'apparato amministrativo. La l. cont. amm. fu ispirata dall'intento di realizzare pienamente il principio della sottoposizione della pubblica amministrazione al diritto, mediante la devoluzione al giudice ordinario delle controversie con i soggetti giuridici privati: essa dispose l'abolizione di determinate strutture giudiziarie (i tribunali speciali investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo tanto in materia civile quanto in materia penale), secondo il disegno di unificazione nazionale della legislazione amministrativa preunitaria, traducendo in formule giuridico-normative i contenuti dell'ideologia politica liberale del movimento di riforma; lasciò in vigore, anche nelle materie in cui poteva farsi questione di diritti soggettivi, le giurisdizioni amministrative speciali, come la Corte dei conti e il Consiglio di Stato (cfr. art. 12 l. cont. amm.); attribuì al giudice ordinario, cioè ai magistrati dell'ordine giudiziario (Corte di cassazione, Corte d'appello, Tribunale, Pretore, Giudice Conciliatore), ovvero con terminologia giuridica ottocentesca, ai tribunali tutte le cause per contravvenzione e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico (cfr. art. 2 l. cont. amm.); conformò i poteri del giudice ordinario di dichiarare illegittimi, ed eventualmente di disapprovare, ma non di annullare, gli atti amministrativi (cfr. artt. 4 e 5 l. cont. amm.); lasciò che le autorità amministrative conoscessero degli «affari», cioè delle questioni non attinenti a diritti soggettivi (cfr. art. 3 l. cont. amm.). La risoluzione dei conflitti di attribuzione tra organi giurisdizionali ed amministrativi venne devoluta al Consiglio di Stato (cfr. art. 10, n. 1, [l. n. 2248 del 1865](#) all. D) e → CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE E DI GIURISDIZIONE).

La scelta abolitiva e l'intero impianto normativo della l. cont. amm. risentono dell'influenza della cultura politica del liberalismo e rappresentano, in contrapposizione alla negazione del sistema del contenzioso amministrativo, l'affermazione ideologica del principio di libertà politica del cittadino nei confronti dello Stato: l'applicazione del principio fu temperata dalle limitazioni dell'apparato di tutela funzionale attribuito dagli artt. 4 e 5 l. cont. amm. al giudice ordinario: il sistema dei rapporti fra giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione, delineato dalla l. cont. amm., è il risultato della difficile ricerca di un punto di equilibrio fra due opposte esigenze, l'esigenza di rafforzare il nascente stato amministrativo, fondato sul carattere autoritativo dell'azione amministrativa, e l'esigenza di riconoscere, almeno in via di principio, la tutela giurisdizionale dei diritti del cittadino nei confronti dell'amministrazione. Nata sulla difficile

ricerca di un punto di equilibrio fra il principio di libertà del cittadino nei confronti dell'amministrazione e il principio di autorità dell'azione amministrativa, la l. cont. amm. conserva un forte carattere di attualità, rappresentato dalla permanente dialettica fra la tutela delle ragioni dell'amministrazione e la garanzia dei diritti, anche costituzionali, del cittadino, fra la tutela dell'interesse collettivo o pubblico di pertinenza dell'amministrazione, e la relativa attuazione, e la tutela degli interessi dei soggetti giuridici privati.

Fissati alcuni riferimenti di carattere storico ed esposti i caratteri fondamentali della normativa inerente ai rapporti fra giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione, si tratta di definire il contenuto della giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, secondo il criterio storico dettato dalla norma dell'art. 2 l. cont. amm., seguendo le principali evoluzioni normative inerenti alle controversie dinanzi al giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, qualificabili come procedimenti speciali e come procedimenti ordinari contro la pubblica amministrazione dinanzi a sezioni specializzate istituite presso i giudici ordinari.

2. La giurisdizione del giudice ordinario in materia penale.

Il criterio scelto dalla norma dell'art. 2 l. cont. amm. allo scopo di definire il contenuto della giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie nei confronti della pubblica amministrazione, è sia quantitativo, sia qualitativo: nell'uno e nell'altro caso esso è regolato da un fine radicale e omnicomprensivo, deferendo alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, ed escludendo, almeno in via di principio, la possibilità di eccezioni alla regola della competenza del giudice ordinario in materia di diritti soggettivi.

La giurisdizione ordinaria ex art. 2 l. cont. amm. è quella esercitata dai giudici ordinari, comprendenti l'ordine giudiziario (cfr. [art. 104 Cost.](#)), cioè il Giudice Conciliatore, il Pretore, il Tribunale, la Corte d'Appello, la Corte di Cassazione (v. [art. 1, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12](#) sull'ordinamento giudiziario). A tali giudici è demandata in via generale, cioè in mancanza di norme particolari, l'esercizio della funzione giurisdizionale (cfr. [art. 1 c.p.c.](#) inerente all'esercizio della giurisdizione non penale): ciò li caratterizza come giudici ordinari rispetto ai giudici speciali. Per quanto riguarda le cause per contravvenzioni, cioè la materia penale, la determinazione del contenuto della giurisdizione del giudice ordinario avviene secondo un criterio quantitativo: essa comprende infatti tutte le questioni penali: le questioni relative ai delitti erano già devolute dalla legislazione anteriore al 1865 alla giurisdizione dei giudici penali ordinari: l'art. 2 l. cont. amm. si limitò a trasferire dai soppressi tribunali ordinari del contenzioso amministrativo ai tribunali dell'ordine giudiziario tutte le cause per contravvenzioni, cioè tutte le questioni relative alle contravvenzioni, ovvero a fatti illeciti non sempre coincidenti con quelli attualmente considerati come contravvenzioni.

Nella materia penale, comprendente sia i delitti, sia le contravvenzioni, non mancano eccezioni alla regola della giurisdizione del giudice ordinario. Alcune di esse sono direttamente contemplate dalla Costituzione: la Corte costituzionale in composizione integrata (v. [art. 10, l. cost. 11 marzo 1953, n. 1](#)) era competente a giudicare dei reati commessi dai Ministri, nell'esercizio delle loro funzioni (cfr. [artt. 96, 134, l. 25 gennaio 1962, n. 20](#), ma la [l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1](#) ha modificato gli [artt. 96, 134 e 135 della Costituzione](#), stabilendo che il Presidente del Consiglio dei Ministri ed i Ministri, anche se cessati dalla carica, siano sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione del giudice ordinario, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati (cfr., [sub art. 96 Cost.](#)).

I Tribunali militari in tempo di guerra hanno competenza a giudicare di tutti i reati ad essi attribuiti dalle leggi, e in tempo di pace hanno competenza a giudicare dei reati militari commessi dagli appartenenti alle forze armate (cfr. [art. 103 Cost.](#)).

Altre giurisdizioni penali speciali sono invece soggette alla revisione che la VI disp. trans. Cost. prevede per la generalità delle giurisdizioni speciali preesistenti, come ad esempio la giurisdizione delle autorità consolari su alcuni reati di cittadini italiani commessi all'estero (v. [art. 65, l. 28 gennaio 1866, n. 2084](#)).

Altre ancora sono venute meno per effetto degli interventi della Corte costituzionale che dichiarano illegittime, in quanto contrastanti con il principio costituzionale dell'indipendenza dei giudici ex art. 108 Cost., le disposizioni legislative che le prevedevano: C. Cost. n. 121/1970 ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1238 c. nav. nella parte in cui prevedeva la giurisdizione dei Comandanti di porto capi di circondario sulle contravvenzioni in materia di navigazione e C. Cost., n. 69/1960 ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 21, legge 7 gennaio 1929, n. 4 recante norme sulla violazione delle leggi penali finanziarie, nella parte in cui prevedeva la giurisdizione dell'Intendente di Finanza sulle trasgressioni in materia di tributi statali per cui sia prevista un'ammenda.

3. La giurisdizione del giudice ordinario in materia civile: i diritti soggettivi.

Mentre la giurisdizione in materia penale è attribuita al giudice ordinario secondo un criterio quantitativo, la giurisdizione in materia civile viene attribuita al giudice ordinario secondo un criterio qualitativo, con riferimento a tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa; ciò determina un differente atteggiamento metodologico nell'esame del contenuto della giurisdizione civile del giudice ordinario.

Sulla base dell'art. 2 l. cont. amm. la giurisdizione penale del giudice ordinario è individuata quantitativamente in relazione al tipo oggettivo di causa e di esercizio di potere funzionale (c.d. irrogazione di pena criminale); in base alla stessa norma la giurisdizione civile del giudice ordinario è individuata non in relazione ad un tipo di causa, ma in relazione ad una materia nella quale si faccia questione di un diritto civile o politico.

Il criterio di determinazione qualitativa del contenuto della giurisdizione prescinde dalla causa, cioè dalla controversia, e si riferisce alle materie, cioè agli interessi tutelati o tutelabili secondo l'ordinamento giuridico, nelle quali si faccia questione, cioè vengano comunque coinvolti, diritti civili o politici.

A differenza del criterio quantitativo di tipo unitario, il criterio qualitativo appare complesso: esso si compone di un'essenziale riferimento alle materie, cioè agli interessi tutelati o tutelabili secondo l'ordinamento giuridico, quali sostrati materiali della tutela giurisdizionale, rispetto alle quali possa sorgere una questione, cioè un affare giudiziario o una controversia in senso lato, non necessariamente una causa in senso tecnico, coinvolgente diritti civili o politici del cittadino, ovvero, secondo il linguaggio giuridico dell'epoca, tutti indistintamente i diritti soggettivi, privati o pubblici, nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Per effetto dell'art. 2 l. cont. amm. la giurisdizione civile del giudice ordinario si estende a tutte le controversie relative a diritti soggettivi di qualsiasi sorta, chiunque possa esserne il titolare (sia individui che enti morali, sia soggetti privati che enti pubblici).

Come la giurisdizione penale, la giurisdizione civile è, almeno tendenzialmente, di portata generale: la tutela dei diritti soggettivi è attribuita al giudice ordinario. Tuttavia il criterio ex art. 2 l. cont. amm. non ha solo una rilevanza interna nella determinazione qualitativa dell'attribuzione di giurisdizione civile al giudice ordinario, ma anche una rilevanza esterna nella misura in cui rappresenta la linea di discriminazione critica rispetto alla giurisdizione del giudice amministrativo. In tale prospettiva, l'art. 2 l. cont. amm. non è solo norma di relazione, nel senso di norma di attribuzione del potere di giurisdizione, cioè di risoluzione di conflitti intersoggettivi di interessi, ma anche norma di relazione, nel senso di norma di delimitazione e di discriminazione della giurisdizione ordinaria rispetto alla giurisdizione del giudice amministrativo⁽¹⁾.

4. Derghe ed eccezioni alla giurisdizione del giudice ordinario in materia di diritti soggettivi: gli interessi legittimi.

Alcune eccezioni al principio generale della competenza dei giudici ordinari per tutti i diritti soggettivi sono contenute già nella l. cont. amm.⁽²⁾:

a) l'art. 6 l. cont. amm. esclude dalla competenza giudiziaria dei tribunali ordinari «le questioni relative all'estimo catastale ed al riparto di quota e tutte le altre sulle imposte dirette sino a che non abbia avuto luogo la pubblicazione dei ruoli»;

b) L'art. 12 l. cont. amm. stabilisce che la legge non reca «innovazione né alla giurisdizione della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato in materia di contabilità e di pensioni, né alle attribuzioni contenziose di altri corpi o collegi derivanti da leggi speciali e diverse da quelle sin qui esercitate dai giudici ordinari del contenzioso amministrativo»;

c) l'art. 13 l. cont. amm. manteneva in via provvisoria per le province napoletane e siciliane taluni procedimenti in materia di usi civici: la materia è stata successivamente regolata in modo organico con [legge 16 giugno 1927, n. 1766](#).

Altre eccezioni sono sorte successivamente alla legislazione del 1865, per effetto di disposizioni legislative che hanno stabilito la competenza dei giudici ordinari su questioni attinenti a interessi legittimi, in via esclusiva, o in concorrenza con situazioni giuridiche di diritto soggettivo.

Tali casi di competenza, costituzionalmente ammissibile in relazione al dettato [dell'art. 103 Cost.](#), il quale, prevedendo la giurisdizione del Consiglio di Stato e degli altri organi di giustizia amministrativa in materia di interessi legittimi e, in particolare materie indicate dalla legge, anche di diritti soggettivi, non vieta espressamente che la giurisdizione tendenzialmente generale del giudice ordinario in materia di diritti soggettivi possa estendersi, in particolari materie indicate dalla legge, anche in materie di interessi legittimi, appaiono limitati e di non facile individuazione, soprattutto in relazione alla frequente compresenza nelle situazioni tutelate di un intreccio dialettico tra posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo.

Nella massima parte essi riguardano ricorsi contro provvedimenti che comminano sanzioni amministrative e sono emanati facendo uso di un potere discrezionale, in ordine all'entità e alla misura della sanzione, allo scopo di ragguagliare questa alla gravità dell'infrazione e alle circostanze⁽³⁾.

Tra essi sono da ricordare: i ricorsi proposti dai soggetti appartenenti al settore creditizio alla Corte d'Appello di Roma avverso le sanzioni amministrative pecuniarie comminate nei loro confronti dal Ministro per il tesoro in caso di infrazioni alla legge bancaria (cfr. art. 87, [l. 7 marzo 1938, n. 141](#), e seg.); i ricorsi delle imprese di assicurazione ai Tribunali avverso le sanzioni amministrative comminate nei loro confronti dal Ministro per l'industria (cfr., art. 111, t.u. 13 febbraio 1959, n. 449); i ricorsi ai Tribunali avverso le decisioni del Consiglio nazionale dell'Ordine dei giornalisti pronunciate su ricorsi in materia di disciplina dei giornalisti (cfr. art. 63, [l. 3 febbraio 1963, n. 69](#)). L'esempio di maggior importanza è tuttavia costituito dalla giurisdizione che la [legge 24 novembre 1981, n. 689](#), contenente modifiche al sistema penale (cfr. artt. 22 ss.) attribuisce in unico grado anche per il merito al Pretore sulle opposizioni contro la generalità dei provvedimenti delle autorità amministrative che comminano sanzioni amministrative o, nell'ambito dei relativi procedimenti, dispongono la confisca dei beni.

La materia avente ad oggetto le controversie inerenti all'esercizio del potere di comminare sanzioni amministrative, alla misura della sanzione pecuniaria, alla rateazione del pagamento è stata attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario, secondo un disegno di razionalizzazione tendente a superare i contrasti dottrinali e giurisprudenziali circa l'individuazione nel campo delle sanzioni amministrative dell'esatta natura delle situazioni giuridiche soggettive. Al giudice ordinario è attribuito il potere di rigettare l'opposizione oppure di accoglierla: in tal caso egli non solo può annullare totalmente o parzialmente l'ordinanza-ingiunzione, ma anche, nel merito, modificarla, giungendo fino a sindacare la misura della sanzione.

Gli art. 22, [legge 24 novembre 1981, n. 689](#), e seg. hanno pertanto creato un sistema di controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere di irrogare sanzioni, attribuendo al giudice ordinario non solo un potere di sindacare la legittimità, ma anche un potere di sindacare il merito di valutazioni spettanti all'amministrazione conformemente alla struttura e al contenuto dei poteri decisorio del giudice amministrativo.

La scelta di creare un'area di giurisdizione esclusiva attribuita al giudice ordinario nella materia delle sanzioni amministrative segna una tendenza della recente legislazione a incentrare la ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo non tanto e non solo in funzione della natura della situazione giuridica soggettiva tutelata, quanto in funzione del contenuto del potere decisorio del giudice cui è attribuita la giurisdizione di annullare e in taluni casi, anche di modificare l'atto amministrativo illegittimo⁽⁴⁾.

È, o, più cautamente, potrebbe essere una svolta del sistema di giustizia amministrativa, la cui questione fondamentale rappresentata dalla determinazione dei criteri di ripartizione

della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in funzione della causa petendi, cioè della natura della situazione giuridica soggettiva, verrebbe a capovolgersi nella questione della determinazione dei poteri di cognizione e di decisione del giudice ordinario e del giudice amministrativo nelle controversie nei confronti della pubblica amministrazione.

Deroghe alla giurisdizione del giudice ordinario in materia di diritti soggettivi, con conseguente previsione di competenza in tema di interessi legittimi, potrebbero essere rappresentati dai ricorsi al giudice ordinario nei confronti di provvedimenti amministrativi relativi all'iscrizione in albi professionali, quali i ricorsi contro le deliberazioni dei Presidenti delle Giunte regionali in tema di mancata iscrizione nell'albo dei commercianti (v. art. 8, l. 11 giugno 1971, n. 426) e i ricorsi contro le deliberazioni del Consiglio dell'Ordine dei giornalisti in materia di iscrizione nell'albo dei giornalisti.

La giurisprudenza ritiene tuttavia che la giurisdizione sulle controversie relative all'iscrizione agli albi professionali spetti al giudice ordinario, in quanto inerente a diritti soggettivi⁽⁵⁾.

Altri casi di deroga alla giurisdizione del giudice ordinario in materia di diritti soggettivi erano rappresentati dagli arbitrati obbligatori, quando cioè la legge disponeva espressamente che la questione venisse devoluta ad arbitri scelti dalle parti: C. Cost. n. 127/1977 ha ritenuto che gli arbitrati obbligatori siano incompatibili con gli artt. 24 e 102 Cost., sicché le disposizioni che prevedono arbitrati sono destinate a venir meno.

Ammissibili sono invece gli arbitrati facoltativi, in cui sono le stesse parti, e non la legge, a deferire ad arbitri le controversie di natura patrimoniale e che possano formare oggetto di transazione, insorte tra di loro, in conformità dei principi generali in materia di arbitrato ex art. 806 c.p.c.

Un caso importante di arbitrato facoltativo è quello in materia di appalti di opere pubbliche, consentito dall'art. 349, legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F) e dall'art. 16, legge 10 dicembre 1981, n. 741 contenente norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche, che considerano l'arbitrato come rimedio normale, ammettendo che il compromesso arbitrale possa essere escluso solo con apposita clausola inserita nel bando o nell'invito alla gara, oppure nel contratto in caso di trattativa privata (v., anche, → ARBITRATO nel diritto amministrativo).

5. La determinazione della giurisdizione del giudice ordinario.

La norma dell'art. 2 l. cont. amm. stabilisce che sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa: la giurisdizione del giudice ordinario è determinata pertanto dalla causa petendi, non dal petitum, cioè dalla natura della situazione giuridica soggettiva, non dal tipo di provvedimento richiesto: la situazione giuridica soggettiva, per la quale si chiede tutela, qualificabile come diritto soggettivo o interesse legittimo, è l'elemento che determina la giurisdizione del giudice ordinario o del giudice amministrativo.

La giurisdizione del giudice ordinario sussiste nei casi nei quali si controverta dell'appartenenza all'amministrazione del potere da essa esercitato nei confronti di posizioni di diritto soggettivo, in relazione ai quali si chiede la tutela di posizioni giuridiche di diritto soggettivo lese dalla violazione di norme di relazione, cioè di esistenza e di attribuzione dell'amministrazione del potere autoritativo; mentre tale giurisdizione mancherà nei casi nei quali si controverta della legittimità del potere effettivamente appartenente all'amministrazione, in quanto esistente ed attribuito, in quanto la violazione di norma d'azione, cioè di norme di organizzazione e di esercizio del potere comporterà la lesione di un interesse legittimo.

La regola generale dispone pertanto che le controversie dinanzi alla giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione ineriscono alla violazione di interessi giuridicamente prodotti, qualificabili come diritti soggettivi. Circa i criteri di discriminazione tra la giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo, in relazione alla diversa posizione giuridica soggettiva tutelata, cfr. → INTERESSE LEGITTIMO E DIRITTO SOGGETTIVO NEI CONFRONTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

6. I poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione: osservazioni generali.

Le questioni circa l'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario sono essenzialmente inerenti alla problematica della discriminazione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: i rapporti tra giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione sono invece basati sulla conformazione del potere del giudice ordinario e sui limiti funzionali. Sotto tale profilo è necessario inquadrare il contenuto e i limiti dei poteri del giudice ordinario nel sistema generale della l. cont. amm.

Il sistema della l. cont. amm. presenta un rigore formale e logico assai preciso: la norma dell'art. 1 l. cont. amm. dispone l'abolizione dei tribunali speciali investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, tanto in materia civile quanto in materia penale e la devoluzione delle controversie attribuite ai soppressi tribunali del contenzioso amministrativo alla giurisdizione ordinaria od all'autorità amministrativa; la norma dell'art. 2 l. cont. amm. crea e garantisce la giurisdizione del giudice ordinario sui diritti soggettivi individuali nei confronti della pubblica amministrazione, secondo il principio tendenziale della giurisdizione unica; la norma dell'art. 3 l. cont. amm. recepisce ciò che sfugge alla giurisdizione del giudice ordinario ex art. 2 l. cont. amm., come affari non diritti, quindi come interessi non di mero fatto, e pertanto come interessi a protezione giuridica, il cui contenzioso è attribuito alle autorità amministrative, con indicazione di linee procedimentali sulla necessità della motivazione della decisione amministrativa contenziosa, sulla necessità del preventivo contraddittorio e sulla impugnabilità in sede amministrativa mediante il cosiddetto ricorso gerarchico dei «decreti motivati» contenziosi.

Soppressi i tribunali del contenzioso amministrativo mediante l'art. 1 l. cont. amm., creata la giurisdizione del giudice ordinario sui diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione e definita tale giurisdizione come generale e tendenzialmente completa, in quanto operante «comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa», creata una riserva di amministrazione contenziosa per gli «affari non compresi nell'art. 2 l. cont. amm.», cioè per gli interessi non qualificabili come diritti soggettivi tutelabili nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario, eppur rilevanti sotto il profilo della protezione giuridica, la questione di maggior importanza per il legislatore del 1865 era di definire il contenuto dei poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione: questo è il contenuto essenziale dei problemi posti dagli artt. 4 e 5 l. cont. amm.; ovvero, dall'angolo prospettico della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi lesi del cittadino, di definire i modi e i limiti della tutela giudiziaria del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione⁽⁶⁾.

Innanzitutto è sintomatico del sistema istituzionale e dell'ideologia giuridica dello Stato liberale la stessa posizione del problema di definire il contenuto dei poteri del giudice ordinario, o più in generale, di un determinato giudice, nei confronti della pubblica amministrazione: definire il contenuto dei poteri del giudice significa che tale giudice potrebbe in astratto avere gli stessi poteri conferiti dalla legge per la cognizione e la decisione delle controversie fra privati, oppure che tale giudice non ha gli stessi poteri cognitivi e decisorio e che pertanto la cognizione e la decisione incontrano determinati limiti: al di fuori dell'astrattismo, e in termini storici e concreti, la questione della definizione dei poteri del giudice ordinario, non solo, ma di qualsiasi giudice investito di giurisdizione, nei confronti della pubblica amministrazione è il prodotto delle concezioni giuridiche dello Stato liberale dominanti all'epoca dell'emanazione della legge del 1865 e deriva dalla più ampia questione della separazione dei poteri legislativo, giudiziario e amministrativo: applicato alla giurisdizione del giudice ordinario, il principio della separazione dei poteri comportava che al giudice ordinario fosse precluso annullare o revocare gli atti amministrativi, in quanto tale compito era riservato all'amministrazione, limitando la propria cognizione agli «effetti dell'atto», contro cui il cittadino chiedeva tutela giurisdizionale, «in relazione all'oggetto dedotto in giudizio», con conoscenza incidentale e relativa, applicando i regolamenti generali e locali e gli atti amministrativi in quanto siano conformi alle leggi, rilevando pertanto la legittimità in via incidentale dei provvedimenti lesivi di diritti soggettivi.

Questo è in sintesi il contenuto essenziale dei poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, allorquando il giudice sia investito di giurisdizione ai sensi dell'art. 2 l. cont. amm.: da ciò derivano alcune conseguenze:

a) la questione della definizione dei poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione è coesistente al momento storico e alle concezioni giuridiche dominanti in tema di separazione dei poteri, per effetto delle quali l'amministrazione era dotata di spazi di discrezionalità insindacabili dal giudice, non solo di quello ordinario: il principio è quello dell'autonomia dell'amministrazione, essenzialmente collegato al principio della non ingerenza del potere giudiziario negli affari dell'amministrazione;

b) la definizione del potere del giudice ordinario è proporzionata alla cosiddetta riserva di amministrazione, nel senso che tanto più estesa è tale riserva come impedimento o limitazione della cognizione del giudice degli affari e degli atti dell'amministrazione, quanto più è circoscritta la capacità cognitiva e decisoria del giudice ordinario;

c) la norma dell'art. 2 crea e garantisce una riserva di giurisdizione in un momento storico e in un sistema istituzionale, che si contrappone, nella concezione giuridica dominante, alla regola generale della riserva di amministrazione: se infatti il diritto soggettivo è la misura della giurisdizione del giudice ordinario ai sensi dell'art. 2 l. cont. amm., è difficile misurare in termini quantitativi il rapporto tra i diritti soggettivi, o meglio tra le posizioni giuridiche soggettive qualificabili come diritti tutelabili nell'ambito della giurisdizione di cui all'art. 2 l. cont. amm. e gli affari non diritti, cioè gli interessi a protezione giuridica di cui all'art. 3 l. cont. amm., se cioè fosse più ampio lo spazio di giurisdizione riservato dalla norma dell'art. 2 l. cont. amm., oppure la riserva di amministrazione sugli affari non diritti prevista dalla norma dell'art. 3 l. cont. amm.: la risposta al quesito dipendeva naturalmente dalle concezioni adottate per la definizione del diritto soggettivo e quindi per il radicamento della relativa giurisdizione; ma il sistema della l. cont. amm. pare ispirato, nel rigore formale e logico che lo contraddistingue, a due tendenze: da un lato il principio della tutela giurisdizionale la più ampia possibile in favore del cittadino nelle controversie contro la pubblica amministrazione, dall'altro il principio della conservazione o, in termini processuali o procedurali, della riserva di amministrazione: in altre parole, della posizione di privilegio dell'amministrazione, che, derivata dalle concezioni liberali in tema di separazione dei poteri, era necessaria al fine di garantire il perseguimento delle finalità istituzionali di interesse collettivo. Sotto tale angolazione, la norma dell'art. 4 l. cont. amm. non limita ciò che la norma dell'art. 2 l. cont. amm. garantisce, agendo in funzione regressiva rispetto alle istanze liberali proprie della norma istitutiva della tutela giurisdizionale, ma definisce essenzialmente i poteri di cognizione e di decisione del giudice investito di giurisdizione nelle materie riconoscibili nell'ambito della norma dell'art. 2 l. cont. amm., non tanto limitando la garanzia giurisdizionale, quanto regolando il sistema della giurisdizione del giudice ordinario;

d) tra la norma dell'art. 2 l. cont. amm. e la norma dell'art. 4 l. cont. amm. non vi è contrapposizione, ma intima continuità logica, nella misura in cui la norma dell'art. 4 l. cont. amm. stabilisce il contenuto dei poteri cognitivi e decisorii del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, definendo lo spazio operativo del giudice nell'ambito della giurisdizione; mentre contrapposizione, almeno nel sistema della l. cont. amm., sussiste tra la norma dell'art. 2 l. cont. amm. in tema di riserva e di garanzia di giurisdizione e la norma dell'art. 3 l. cont. amm. in tema di riserva di amministrazione.

7. Incidenza del potere giudiziario nell'esercizio dell'attività amministrativa.

La definizione dei poteri di cognizione e di decisione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione fu soggetta a varie interpretazioni, e costituisce anzi uno dei problemi più dibattuti della giustizia amministrativa⁽⁷⁾.

Nei primi decenni di applicazione della l. cont. amm. la giurisdizione del giudice ordinario sui diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione fu intesa in senso riduttivo, non solo per quanto concerneva l'estensione delle aree di tutela giurisdizionale, ma anche per quanto ineriva all'estensione dei poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione: il sistema delineato dalla l. cont. amm. corrispondeva a due esigenze: da un lato la garanzia della giurisdizione del giudice ordinario sui diritti soggettivi lesi «da un atto dell'autorità amministrativa», dall'altro la tutela della conservazione delle ragioni dell'amministrazione ovvero della posizione di privilegio dell'amministrazione rispetto agli altri



soggetti giuridici dell'ordinamento, profondamente radicata nell'ordine costituito, ovvero ancora la tutela della riserva di amministrazione su una pluralità di affari di natura contenziosa, i cui risvolti soggettivi, pur non coincidendo con i diritti soggettivi, erano destinati comunque ad incidere, attraverso l'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato con la legge n. 5992 del 1889, sul sistema complessivo della tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive individuali dinanzi alla pubblica amministrazione. Ciò comporta la scelta da parte della giurisprudenza e della dottrina di un metodo di interpretazione delle norme sui poteri del giudice nei confronti della pubblica amministrazione basato sulla preminente esigenza di tutelare le ragioni dell'amministrazione e di evitare quanto più possibile l'incidenza e l'ingerenza del potere giudiziario sull'attività amministrativa: si tratta di interessi di natura ideologica, ma dotati di valenza giuridica, in quanto il prius dell'interpretazione delle norme definitorie dei poteri del giudice nei confronti della pubblica amministrazione fu che non fosse consentito al giudice tutto ciò che la norma dell'art. 4 e il complemento normativo rappresentato dall'art. 5 espressamente non prevedesse. In tale contesto solamente l'art. 4, comma 1, l. cont. amm. lasciava al giudice la possibilità «limitata» di conoscere gli effetti dell'atto, «in relazione all'oggetto dedotto in giudizio», di quell'atto dell'«autorità amministrativa» lesivo di un diritto soggettivo, mentre l'art. 4, comma 2, l. cont. amm. costituiva una norma di sbarramento, ponendo al giudice il divieto di revoca o di modifica dell'atto amministrativo, pur lesivo di diritto soggettivo, limitando la capacità decisoria del giudice alla sentenza dichiarativa dell'illegittimità dell'atto o della illecità della condotta e ristabilendo il privilegio dell'amministratore, che aveva prodotto la lesione del diritto soggettivo, di conformarsi al giudicato «dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso» (v. art. 4, comma 2, seconda parte l. cont. amm.), recuperando cioè la riserva di amministrazione nella scelta dell'attuazione del giudicato. Si riteneva vietato al giudice tutto ciò che non fosse espressamente previsto dagli artt. 4 e 5, l. cont. amm.: e la ragione del divieto era rinvenibile nella stessa logica del sistema della l. cont. amm., che tutelava anche e non solo i diritti dei cittadini, ma anche la posizione di privilegio dell'amministrazione dell'ordine costituito, e che poneva al giudice penetranti limiti circa la conoscenza del fattore lesivo e dell'atto lesivo e circa il potere ripristinatorio e reintegratorio della lesione subita dal privato ad opera dell'atto o della condotta dell'amministrazione.

Nei primi anni di applicazione della l. cont. amm. la giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione fu ammessa soltanto per i cosiddetti atti di gestione, con esclusione degli atti di impero emanati dalla pubblica amministrazione: ciò in quanto, come affermava il Consiglio di Stato, in qualità di giudice dei conflitti⁽⁸⁾, «non è lecito chiamare l'autorità amministrativa avanti alla giudiziaria a rendere conto dell'esercizio delle sue attribuzioni», o «sostituire privati periti agli uffici tecnici governativi, o la giudiziaria all'autorità amministrativa»⁽⁹⁾; contro quanto l'amministrazione fa in un interesse generale, la legge permette solo di ricorrere in via gerarchica⁽¹⁰⁾; invero è competente «l'autorità giudiziaria in applicazione dell'art. 4 della legge sul contenzioso allorché si tratta di diritti contrattuali e di proprietà quali si dicevano lesi dall'autorità amministrativa».

Solo in seguito alla [legge 31 marzo 1877, n. 3761](#) che attribuì alla Corte di Cassazione di Roma, la competenza sui conflitti si iniziò ad estendere la giurisdizione ad ogni tipo di atto emanato dalla pubblica amministrazione, sia atto di gestione, sia atto di impero.

Nonostante tale estensione, erano prevalenti negli ultimi venti anni dell'800 concezioni tendenti a ridurre la portata innovativa della l. cont. amm., che prevedeva la giurisdizione dinanzi al giudice ordinario sui diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione, tanto più che l'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato avvenuta mediante la legge n. 5992 del 1889 aveva iniziato ad aprire un varco nel sistema della giurisdizione unica: si riteneva infatti che il giudizio e la decisione dei tribunali potessero cadere solamente «sull'effetto» dell'atto emesso dalla pubblica amministrazione e non mai sull'atto in se stesso, e che quando non si potesse giudicare della legittimità, ciò si potrebbe solamente per fare applicazione o meno dell'atto, non mai per condannare ai danni la pubblica amministrazione»⁽¹¹⁾; erano pertanto ammissibili soltanto azioni di accertamento nei confronti della pubblica amministrazione, ed entro certi limiti; non erano ammissibili «giudizi di coazione», cioè processi di esecuzione forzata, né provvedimenti di urgenza, né provvedimenti possessori.

Soltanto con i primi anni del secolo, la Cassazione (v. Cass. S.U., 7-1-1904, pubblicata in *GI*, 1904, I, 234) affermò che la «disamina intorno alla legittimità o no dell'atto amministrativo, dei



cui effetti civili si controverte, rientra nella sfera della competenza dell'autorità giudiziaria»: ciò in quanto costituisce «presupposto necessario per l'esplicazione della giurisdizione, demandata al magistrato ordinario, di conoscere della lesione di un diritto civile prodotta dall'atto amministrativo, quella dell'insita competenza a indagare e decidere sulla legittimità o meno dell'atto stesso da cui vuoi la lesione promani, perché se una tale indagine le fosse interdotta non potrebbe passare a statuire sulla lesione del diritto, la quale si comporta come l'effetto alla sua causa»: l'affermazione della Cassazione riprendeva un'osservazione esposta nel 1897, secondo cui l'art. 4 non conferiva all'autorità giudiziaria la facoltà di pronunciarsi sulla legittimità degli atti amministrativi, ma gliela negava nel modo più imperativo e le imponeva di limitarsi a conoscere degli effetti⁽¹²⁾. Nei primi decenni di applicazione della l. cont. amm. si escludono dalla giurisdizione del giudice ordinario i «diritti politici» riguardanti l'organizzazione costituzionale e amministrativa dello Stato e le «libertà pubbliche» dei cittadini: tra i diritti civili conoscibili in sede di tutela giurisdizionale e la cui lesione fosse sanzionabile nei limiti cognitivi e decisorio della norma dell'art. 4 l. cont. amm. rientravano solo quelli di carattere individuale e di natura patrimoniale, non quelli involgenti questioni dei pubblici impiegati nei confronti della pubblica amministrazione o derivanti dalle concessioni sui beni demaniali e pubblici, ovvero quelli concernenti rapporti economici tra enti pubblici componenti l'organismo dell'amministrazione: dubbi venivano infine avanzati in ordine al diritto al risarcimento del danno nei confronti della pubblica amministrazione⁽¹³⁾.

Nei casi in cui la giurisdizione del giudice ordinario fosse ammessa, si adottava una concezione estremamente ampia di atto amministrativo, allargando il divieto posto dalla norma dell'art. 4 l. cont. amm. a «qualunque atto proveniente da un'autorità amministrativa, anche se predisposti a scopi e riflettente materie che non entrano nell'amministrazione» e si escludeva il potere del giudice di entrare nel merito degli atti amministrativi, impedendo al giudice di ingerirsi nella condotta degli affari amministrativi e di influenzare il modo di soddisfazione degli interessi pubblici gestiti e curati dalla pubblica amministrazione⁽¹⁴⁾.

Solamente nei primi decenni del '900 è riscontrabile in dottrina e in giurisprudenza una omogenea interpretazione sul significato teorico da attribuire agli artt. 2 e 4 l. cont. amm.⁽¹⁵⁾: nei confronti della pubblica amministrazione erano ammissibili solamente le azioni dichiarative e le azioni di condanna al pagamento di somme di denaro, con esclusione di ogni altra azione, sia ordinaria di tipo costitutivo, sia cautelare, sia possessoria.

Tra le azioni di condanna di pagamento di somme di denaro acquistano particolare rilievo quelle per il risarcimento del danno in favore del cittadino causato dalla condotta illecita o dall'atto amministrativo illecito della pubblica amministrazione⁽¹⁶⁾.

Nel lento lavoro di erosione dei limiti sistematici ai poteri del giudice ordinario, la giurisprudenza della Corte di Cassazione esclude l'applicazione del divieto di annullamento, di revoca o di modifica degli atti amministrativi posti dalla norma dell'art. 4 l. cont. amm. allorché la condotta della pubblica amministrazione si svolga nell'ambito di un negozio di diritto privato⁽¹⁷⁾ o in genere quando essa agisca iure privatorum⁽¹⁸⁾: la stessa giurisprudenza mantenne tuttavia il divieto per i meri comportamenti di fatto, assegnandoli al settore pubblicistico in quanto collegabili ai fini istituzionali dell'ente pubblico.

Il quadro interpretativo degli strumenti di tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione si presenta pertanto complesso ed eterogeneo: gli orientamenti correttivi della Corte di Cassazione sono puntuali e penetranti, senza essere sistematici: partendo dalla considerazione dell'ammissibilità delle azioni di accertamento e dell'azione di condanna al pagamento di somme in denaro, con esclusione di qualsiasi altra condanna che implicasse una sostituzione del potere decisorio del giudice nell'esercizio delle potestà pubblicistiche della amministrazione, si è ritenuto che il divieto di interferenza nell'attività dell'amministrazione operasse solamente nei riguardi dei provvedimenti amministrativi di carattere costitutivo, e non di atti meramente dichiarativi⁽¹⁹⁾; e che, per quanto concerneva i comportamenti materiali, essi non erano conoscibili e sanzionabili solamente quando e nei limiti in cui fossero riconducibili strettamente alla attuazione dei fini istituzionali dell'ente⁽²⁰⁾: al di fuori di tali finalità istituzionali, non opera il divieto posto dalla norma dell'art. 4 l. cont. amm. a garanzia della funzione amministrativa, il quale agisce restrittivamente solamente per atti dell'amministrazione costituenti esercizio di potestà amministrativa: attraverso l'interpretazione restrittiva dell'oggetto del divieto posto dalla norma dell'art. 4 l. cont. amm., risultano possibili

almeno nell'ambito del processo di cognizione, azioni di condanna e restituzione e/o reintegrazioni nei confronti della pubblica amministrazione che abbia agito o detenga qualcosa sine titolo, o al di fuori del titolo, o sulla base di un titolo diventato inefficace.

8. I poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione secondo i principi costituzionali.

La varietà degli orientamenti giurisprudenziali e delle tesi dottrinali impone una riconsiderazione critica nella definizione dei poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione.

Tale revisione critica dovrebbe essere possibile seguendo due importanti filoni interpretativi: il primo consistente nell'interpretazione della norma dell'art. 4 l. cont. amm. adeguata all'ordinamento costituzionale, la seconda rappresentata da una rilettura filologica e sistematica delle differenti parti del contenuto della norma dell'art. 4 l. cont. amm.

Per quanto concerne i rapporti tra la norma dell'art. 4 l. cont. amm. e l'ordinamento costituzionale, essi ineriscono alla considerazione costituzionale della tutela giurisdizionale sui diritti soggettivi e a quella della posizione della pubblica amministrazione. La norma [dell'art. 103, comma 1 Cost.](#), stabilendo 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», ribadisce per contrappunto il valore generale della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi nei confronti della stessa pubblica amministrazione dinanzi al giudice ordinario, atteso che la giurisdizione del giudice amministrativo sui diritti soggettivi è demandata a precise indicazioni legislative e che, ai sensi [dell'art. 24 Cost.](#), la tutela dei diritti soggettivi deve essere la più ampia e completa possibile, altrettanto quanto quella degli interessi legittimi, al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale sancita dal precetto normativo dell'art. 24 Cost.: la tutela giurisdizionale dinanzi al giudice ordinario dei diritti soggettivi, anche e non solo nei confronti della pubblica amministrazione, è un principio immanente dell'ordinamento costituzionale, rafforzato specificamente dalla norma [dell'art. 113 Cost.](#): tale norma afferma il principio di immanenza della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi, oltre che degli interessi legittimi, «dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa», demandando alla legge di stabilire «quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione»: e la legge è ancor oggi rappresentata, a livello generale, dalla norma dell'art. 4 l. cont. amm., che fa divieto al giudice ordinario di annullare, revocare o modificare l'atto amministrativo, benché lesivo del diritto soggettivo del cittadino, incidendo sull'atto stesso, mentre la norma dell'art. 26 t.u. Cons. Stato assegna il potere di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo al giudice amministrativo: tuttavia tale divieto posto da una norma primaria non significa, almeno sul piano teorico, una limitazione della tutela giurisdizionale, in quanto il diritto soggettivo, quale posizione giuridica soggettiva primaria, è la misura della giurisdizione del giudice ordinario e la norma dell'art. 2 l. cont. amm., riconfermata nel suo valore generale dagli [artt. 24, 103 e 113 Cost.](#), afferma l'immanenza della giurisdizione sui diritti soggettivi nelle materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa; data la continuità logica tra la norma attributiva di giurisdizione e la norma definitoria del potere del giudice, la giurisdizione sui diritti soggettivi, delineata nel sistema della l. cont. amm. è recepita dall'ordinamento costituzionale, è generale, generalmente completa e completamente affidata al giudice ordinario: almeno al di fuori dei casi di giurisdizione esclusiva conosciuti e tutelati dal giudice amministrativo pur riconoscibili astrattamente come diritti soggettivi, il giudice ordinario è il giudice costituzionalmente previsto per la tutela dei diritti soggettivi. La norma dell'art. 4 l. cont. amm., interpretata alla luce del dettato costituzionale sul carattere immanente della tutela giurisdizionale dei diritti esclude che tale tutela possa essere «affievolita» e impone che la stessa tutela sia da considerare «effettiva»: le preclusioni e i divieti derivanti dal dettato della norma dell'art. 4, l. cont. amm. possono riguardare l'incidenza diretta sull'atto amministrativo, quale espressione di potestà amministrativa, impedendo al giudice ogni attività sostitutiva nell'esercizio di potestà pubblicistiche spettanti alla pubblica amministrazione, o modificativa di valutazioni discrezionali o tecnico-discrezionali spettanti istituzionalmente alla pubblica amministrazione.



Per quanto riguarda la posizione della pubblica amministrazione, l'ordinamento costituzionale disciplina rigorosamente sul piano formale l'esercizio dei poteri attribuiti all'amministrazione: tale disciplina si coglie soprattutto nella norma [dell'art. 97 Cost.](#), sia nel comma 1 che pone il principio d'imparzialità, sia nel comma 2 che pone il principio particolare di articolazione interna dell'attività amministrativa: la posizione di preminenza dell'amministrazione deriva non dall'entificazione soggettiva, ma dall'esercizio di poteri specificatamente ed esclusivamente attribuiti per la cura di interessi collettivi. La protezione della funzione amministrativa è quindi formale e contestuale allo scopo dell'azione amministrativa, che è tipica e regolata dalla legge: sotto tale angolazione interpretativa di origine costituzionale, in relazione al profondo mutamento non solo del sistema istituzionale, ma anche della struttura e delle funzioni degli ordinamenti giuridici rispetto al momento storico in cui fu emanata la legislazione del 1865, la posizione di preminenza dell'amministrazione nell'ordinamento generale è di natura formale ed è giustificata nella legge, che regola l'esercizio dei poteri organizzativi e delle funzioni operative nell'amministrazione; nell'ordinamento processuale, ovvero nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario, la misura della preminenza dell'amministrazione coincide con la protezione formale della funzione dell'amministrazione ed è rappresentata, e non può non essere rappresentata costituzionalmente se non dalla tutela dell'interesse pubblico. L'interpretazione del significato teorico dell'art. 4 l. cont. amm., alla luce dell'ordinamento costituzionale, è pertanto nel senso di considerare la giurisdizione sui diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione come generale, generalmente completa e completamente affidata al giudice ordinario al di fuori di particolari materie indicate dalla legge: nella giurisdizione del giudice ordinario la posizione di preminenza dell'amministrazione è misurata in relazione al perseguimento dello scopo dell'azione amministrativa: la tutela degli interessi dell'amministrazione o della conservazione delle ragioni dell'amministrazione è funzione formale della tutela dell'interesse pubblico; d'altro canto la tutela degli interessi dell'amministrazione, raggruppabili nella sfera della tutela dell'interesse pubblico, si distacca nettamente nel quadro dell'interpretazione costituzionale della tutela della cosiddetta riserva di amministrazione: mentre nel sistema della l. cont. amm. la riserva di amministrazione prevista dalla norma dell'art. 3 l. cont. amm. è definibile in contrappunto alla riserva di giurisdizione prevista dalla norma dell'art. 2 l. cont. amm. e disciplinata dalla norma dell'art. 4 l. cont. amm., nel sistema dell'ordinamento costituzionale la riserva di amministrazione è assorbita dal principio della immanenza della giurisdizione; principio che poi si atteggia nel riparto complessivo delle giurisdizioni come riserva incompressibile di giurisdizione del giudice ordinario. Nell'ambito della giurisdizione prevista dalla norma dell'art. 2 l. cont. amm. e disciplinata dalla norma dell'art. 4 l. cont. amm. la pubblica amministrazione è pariordinata agli altri soggetti giuridici dell'ordinamento generale, è cioè assoggettata al sindacato giurisdizionale nei limiti dei poteri di cognizione e di decisione del giudice ordinario, limiti che non si contrappongono nella formulazione normativa dell'art. 4 l. cont. amm., ai principi di generalità e di immanenza della giurisdizione sanciti nella formulazione normativa dell'art. 2 l. cont. amm., ma derivano osmoticamente dalla posizione di preminenza dell'amministrazione e dalla preminenza della tutela degli interessi pubblici di cui l'amministrazione è portatrice: il ragionamento logico contiene in sé la metodologia per definire l'estensione dei poteri di cognizione e di decisione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, alla luce dei canoni costituzionali.

9. I poteri di cognizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione.

La riconsiderazione critica circa la definizione dei poteri di cognizione e di decisione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione può essere condotta altresì attraverso una rilettura sistematica del contenuto della norma dell'art. 4 l. cont. amm.: il comma 1 si riferisce sistematicamente ai poteri di cognizione del giudice, definendo la sfera del contenuto e degli effetti della valutazione giudiziale; il comma 2 si riferisce ai poteri di decisione del giudice, attribuendo il relativo potere e disciplinando l'obbligo di conformazione al giudicato «in quanto riguarda il caso deciso».

La cognizione del giudice ordinario è definita nell'art. 4, comma 1, l. cont. amm.: essa riguarda atti dell'amministrazione lesivi di diritti soggettivi, di cui il titolare chiede tutela: l'ambito di applicazione della norma riguarda solamente gli «atti dell'autorità amministrativa», espressione



che può essere attualizzata come atti e provvedimenti della pubblica amministrazione intesa in senso lato; essa non riguarda gli atti di diritto civile della pubblica amministrazione, cioè quegli atti e negozi giuridici posti in essere al di fuori dell'esercizio delle potestà pubblicistiche ad essa conferite dall'ordinamento giuridico nei limiti della riserva di legge: con riferimento a tali atti, i poteri del giudice nei confronti dell'amministrazione non si differenziano da quelli che lo stesso giudice ha rispetto agli atti dei soggetti giuridici privati: il giudice ordinario potrà pertanto, ad esempio, annullare un contratto stipulato tra un soggetto privato e un ente pubblico (v. [art. 1425 c.c.](#)) oppure potrà con sentenza costitutiva dichiarare la risoluzione del contratto per inadempimento; essa non riguarda nemmeno quelle operazioni o comportamenti o condotte posti in essere dalla pubblica amministrazione senza potere o sine titolo, in relazione ai quali non si pone il problema di identificare se l'amministrazione ha agito iure privatorum o iure imperii rilevando solamente o la condotta materiale posta in essere in assenza o al di fuori delle attribuzioni del potere giuridico dell'amministrazione oppure l'atto emanato in assenza di potere o l'atto privo di elementi essenziali o l'atto emanato in difetto di presupposto⁽²¹⁾. In tali casi, allorché l'amministrazione pone in essere condotte materiali o atti al di fuori o in assenza di attribuzione di potere giuridico, anche se è difficile ritenere che l'amministrazione, in quanto priva di attribuzione di potere giuridico, possa emanare atti in senso proprio, il giudice dispone dei normali poteri di valutazione giudiziale del fatto. Dinanzi ad atti amministrativi il giudice è tenuto a limitare la sfera di cognizione agli «effetti dell'atto», essendo preclusa la conoscenza del fatto e la conoscenza della causa dell'atto, inerenti alla sfera delle valutazioni discrezionali riservate all'amministrazione: si ripresenta anche sotto l'angolazione della definizione dei poteri cognitivi del giudice ordinario nei confronti dell'amministrazione, la contrapposizione dualistica tra affermazione della giurisdizione e del sindacato giudiziario sugli atti amministrativi lesivi e affermazione della riserva dell'amministrazione: la contrapposizione nel rapporto tra le norme degli artt. 2 e 3 l. cont. amm. era tra giurisdizione sui diritti soggettivi e riserva di amministrazione, sia pure contenziosa, sugli affari non diritti: invero nell'ambito della norma dell'art. 4, comma 1, l. cont. amm. emerge il risvolto oggettivo della medesima contrapposizione tra sindacato giurisdizionale sugli atti dell'amministrazione e riserva dell'amministrazione del potere discrezionale; come sfugge al giudice ordinario la giurisdizione sulle posizioni giuridiche soggettive non qualificabili come diritti soggettivi, così è preclusa al giudice ordinario la conoscenza ovvero la cognizione giudiziale della causa dell'atto lesivo del diritto soggettivo, cioè delle ragioni dell'amministrazione ovvero dell'essenza del potere discrezionale dell'amministrazione, secondo una rigorosa logica di equilibri e di contrappunti.

Come nell'ambito della norma dell'art. 2 l. cont. amm. la giurisdizione sui diritti soggettivi è definibile in contrappunto all'attribuzione di potere giuridico all'amministrazione, così nell'ambito della norma dell'art. 4 l. cont. amm. il sindacato giurisdizionale è definibile in contrappunto all'esercizio del potere giuridico dell'amministrazione ad essa attribuito dalle norme di relazione.

Mentre le norme degli artt. 2 e 3 l. cont. amm. dividono secondo un delicato e rigoroso congegno di ripartizione le aree di riserva della giurisdizione e dell'amministrazione, la norma dell'art. 4, comma 1, l. cont. amm. ripresenta e risolve nella definizione dei poteri cognitivi del giudice il medesimo problema: la tutela del diritto soggettivo tra riserva di giurisdizione e riserva di amministrazione: la soluzione è conforme alla logica di equilibrio dominante nel sistema della l. cont. amm. e riguarda la pura definizione dei poteri cognitivi del giudice: il giudice si limiterà a conoscere «degli effetti dell'atto», cioè delle conseguenze dell'atto, nei limiti della domanda. Il giudice accerterà, per esempio, l'attuale stato dominicale di un immobile, oppure il diritto del proprietario al risarcimento del danno derivante dalla materiale occupazione dell'immobile da parte dell'amministrazione eseguita sine titolo; la cognizione giudiziale non potrà andare oltre, sia nel caso che gli effetti della sentenza si limiteranno, conformemente ai principi generali del diritto processuale, all'oggetto dedotto in giudizio, in relazione alle parti in causa e al rapporto giuridico concreto, sia nel senso che lo stesso esercizio di potere giuridico dell'amministrazione («atto dell'autorità amministrativa») limita il potere cognitivo del giudice, il quale potrà sindacare gli effetti dell'atto, cioè gli effetti dell'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, proporzionalmente alla lesione del diritto, di cui il titolare chiede tutela: il presupposto della domanda è l'affermazione della lesione di un diritto soggettivo, intesa come violazione di norme di relazione, cioè di norme di attribuzione del potere giuridico dell'amministrazione; il giudice conoscerà degli effetti dell'atto, indipendentemente dalla rilevazione diretta dell'illegittimità e/o



della illiceità dell'atto, nel senso che il giudice, allorché agisce ai sensi dell'art. 4, comma 1, l. cont. amm., non conosce direttamente i vizi di illegittimità, né le cause dell'illiceità dell'atto: essendo estranea alla problematica della norma del comma 1 la questione data dalla rilevazione diretta della illegittimità dell'atto sarà compiuta dal giudice nei termini della c.d. disapplicazione prevista dalla norma dell'art. 5 l. cont. amm.

In sintesi la norma dell'art. 4, comma 1, l. cont. amm. È norma di definizione dei poteri di cognizione del giudice, il quale «si limiterà a conoscere gli effetti dell'atto»; la cognizione giudiziale non sarà sul fatto o sull'atto o sulla causa dell'atto lesivo, ma si esprimerà come critica sugli effetti dell'atto, cioè sulle conseguenze giuridiche che dall'atto «che si pretende» lesivo, derivano al diritto soggettivo, cioè all'interesse giuridico protetto: i poteri di cognizione del giudice si risolvono e si limitano ad una conoscenza critica delle conseguenze dell'atto lesivo sul diritto del soggetto che chiede tutela: in termini di poteri cognitivi ai sensi dell'art. 4, comma 1, l. cont. amm. il giudice nient'altro potrà fare: se condannerà l'amministrazione al risarcimento del danno, ciò sarà espressione del potere di decisione del giudice derivabile dalla norma dell'art. 4, comma 2, l. cont. amm. La norma dell'art. 4 l. cont. amm. è intimamente pervasa dalla stessa rigorosa logica dell'intero sistema della l. cont. amm., che attribuisce la giurisdizione definendo il diritto soggettivo in contrappunto al potere giuridico dell'amministrazione; l'art. 4, comma 1, l. cont. amm. definisce il potere così attribuito dalla norma dell'art. 2 l. cont. amm., come potere di cognizione limitato agli effetti dell'atto, garantendo da un lato l'autonomia del potere dell'amministrazione, dall'altro la tutela del soggetto leso dall'atto dell'amministrazione: la definizione del potere di cognizione del giudice è dunque proporzionale all'autonomia del potere dell'amministrazione: la norma recepisce il contrappunto tra potere di cognizione del giudice e potere di autonomia dell'amministrazione; autonomia dell'amministrazione, nell'ambito della problematica critica della norma dell'art. 4 l. cont. amm., significa potere dell'amministrazione di decidere, non importa se in modo vincolato o discrezionale, incidendo sulla posizione giuridica del soggetto: dinanzi alla decisione estrinsecantisi nell'atto, la norma impone prioritariamente al giudice di conoscere, cioè di valutare il rapporto di incidenza tra la decisione dell'amministrazione di emanare l'atto e la lesione del diritto soggettivo, senza decidere, cioè senza esercitare alcun potere; solamente sulla base della cognizione giudiziale sugli effetti dell'atto, cioè sulle conseguenze giuridiche derivanti dalla lesione dell'interesse protetto, il giudice potrà esercitare i poteri attribuiti dalla legge, cioè dalla norma dell'art. 4, comma 2, l. cont. amm.

La norma dell'art. 4, comma 1, l. cont. amm. definisce il potere di cognizione del giudice rispetto all'attribuzione di giurisdizione, conformando il potere giudiziale in relazione alle materie devolute alla sua giurisdizione, quindi alla sfera degli interessi tutelabili, cioè i diritti soggettivi da un lato, gli interessi della pubblica amministrazione dall'altra; essa, come norma di definizione del potere, specifica ciò che il giudice può conoscere del contrapposto potere giuridico dell'amministrazione («gli effetti dell'atto in relazione all'oggetto dedotto in giudizio»), preservando le ragioni sostanziali e interne dell'autonomia dell'amministrazione, racchiudendo l'intima essenza logica del complemento normativo costituito dagli artt. 2 e 3 l. cont. amm., cioè il contrappunto ed il perfetto equilibrio tra affermazione di giurisdizione e riserva di amministrazione, e conformando il potere di cognizione del giudice tra la domanda di tutela della lesione del diritto soggettivo ovvero, in termini strutturali, di reintegrazione della violazione di norma di relazione, e la tutela dell'autonomia dell'amministrazione ovvero, in termini strutturali, del potere giuridico dell'amministrazione.

Pur sempre come norma di definizione, l'art. 4, comma 1, l. cont. amm. è collegabile al comma 2, seconda parte, il quale dispone che le autorità amministrative si confermeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso»; l'amministrazione ha pertanto un vero e proprio obbligo di conformazione al giudicato del giudice ordinario⁽²²⁾: nel sistema della l. cont. amm. la norma conferma la verifica critica compiuta dal giudice sugli effetti dell'atto, imponendo all'amministrazione l'obbligo di conformazione al giudicato del giudice ordinario sull'atto, cioè a quanto il giudice ha stabilito in ordine alle conseguenze lesive derivanti dall'atto; la norma dell'art. 4, comma 2, seconda parte l. cont. amm. non fa che ripresentare le opposte tendenze del sistema; da un lato la tutela del diritto leso, dall'altra la tutela delle ragioni interne dell'amministrazione; la dialettica tra il diritto leso del soggetto e come tale riconosciuto e l'attuazione da parte dell'amministrazione della reintegrazione della lesione del contrapposto

diritto soggettivo si sviluppa come conseguenza della affermazione della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione, cioè, in primo luogo, come conseguenza dell'attribuzione della giurisdizione sui diritti soggettivi lesi da atti dell'amministrazione (cfr. art. 2 l. cont. amm.), in secondo luogo come conseguenza della definizione dei poteri di cognizione nella giurisdizione così attribuita (cfr. art. 4, comma 1, l. cont. amm.): il riconoscimento della lesione del diritto, accertata nel giudicato del giudice ordinario, comporta, ai fini della garanzia della sussistenza e/o dell'effettività della tutela giurisdizionale, che l'amministrazione sia tenuta a «conformarsi al giudicato», cioè ad attuare la reintegrazione della lesione del diritto soggettivo: la regola costituisce applicazione del tradizionale principio della separazione dei poteri; come al giudice ordinario sfugge la conoscenza della causa dell'atto lesivo, così è precluso al giudice il controllo ed è riservata all'amministrazione l'attuazione del giudicato.

La successiva evoluzione del sistema della giustizia amministrativa, a completamento e garanzia di tale principio, ha previsto uno strumento particolare di tutela, al fine di ottenere l'ottemperanza dell'amministrazione al giudicato del giudice ordinario: il cosiddetto giudizio di ottemperanza già previsto dalla legge n. 5992 del 1899 istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, ribadito dal t.u. C. St. all'art. 27, n. 4 e perfezionato nei suoi aspetti procedurali dalla norma dell'art. 37 l. TAR.

10. I poteri di decisione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione.

La rilettura sistematica della norma dell'art. 4 l. cont. amm. incentrata sulla netta separazione degli aspetti cognitivi dagli aspetti decisorii dei poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione consente un approccio razionale alla problematica posta dal comma 2: esso dispone che «l'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso»: tale regola si riallaccia ad antiche concezioni in materia di separazione dei poteri, e fu espressamente enunciata nella l. cont. amm. in quanto ai giudici del contenzioso amministrativo da essa soppressi era consentito di «revocare» o «modificare» talvolta gli atti amministrativi.

Tale norma contiene il nucleo essenziale delle attribuzioni decisorie del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione: la relativa analisi può tuttavia essere condotta prescindendo dagli aspetti cognitivi del potere giudiziale e dai rapporti tra poteri cognitivi e poteri decisorii: mentre la norma dell'art. 4, comma 1, l. cont. amm. è norma di definizione del potere, in quanto punto di intersezione tra l'intervento sindacatorio della giurisdizione sull'atto e autonomia dell'amministrazione nell'emanazione dell'atto, e, come tale, momento di verifica giudiziale degli effetti lesivi dell'atto amministrativo, cioè di conformazione del potere del giudice sugli atti dell'amministrazione, la norma dell'art. 4, comma 2, l. cont. amm. è norma di attribuzione del potere così definito nei limiti del comma 1: essa contiene apparentemente una sola regola, che appare per lo più ispirata da concezioni ideologiche, piuttosto che da interessi giuridico-normativi: vietare al giudice ordinario di «revocare» o «modificare» gli atti amministrativi, stabilendo il principio della non ingerenza del potere giudiziario negli affari dell'amministrazione: tale regola è l'unico vero limite espresso dalla l. cont. amm. circa le attribuzioni decisorie del giudice ordinario nei confronti degli atti dell'amministrazione, ma altri limiti derivano dal sistema stesso della l. cont. amm., fondata sulla contrapposizione tra affermazione della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e riserva dell'autonomia dell'amministrazione: tale linea interpretativa costituisce il risultato della riconsiderazione critica dei poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, condotta alla luce dei principi costituzionali e separando la problematica della cognizione giudiziale da quella dell'attribuzione decisoria.

La regola posta dall'art. 4, comma 2, l. cont. amm. sta a significare che al giudice è interdetta ogni potestà di intervento sull'atto amministrativo, e quindi ogni potere di annullarlo, revocarlo, modificarlo, sospenderlo, ordinare di non osservarlo: conformemente alla logica del sistema delineato dalla l. cont. amm. è precluso al giudice di sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio di potestà pubblicistiche o di ordinare all'amministrazione di porre in essere un atto inerente all'esercizio di tali potestà, o di fare o di non fare alcunché nell'esercizio delle medesime potestà: la regola particolare rappresentata dal divieto di annullamento o di revoca dell'atto

amministrativo ed il suo complemento di ordine generale rappresentato dal divieto di condanna dell'amministrazione a fare, a non tacere, o a dare alcunché nell'esercizio delle proprie attribuzioni devono essere inquadrati in una ricognizione sistematica delle varie azioni ammissibili nei confronti della pubblica amministrazione: dalle azioni di cognizione (di accertamento o dichiarative, di condanna e costitutive), alle azioni di esecuzione forzata, cautelari e possessorie⁽²³⁾.

Fa eccezione al sistema sopra descritto la materia del pubblico impiego c.d. contrattualizzato: in tale ambito di controversie, ai sensi dell'art. 63, comma 2, d.lg. 30 marzo 2001, n. 165, il giudice ordinario può adottare «nei confronti delle pubbliche amministrazioni tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati».

11. Azioni dichiarative o di accertamento nei confronti della pubblica amministrazione.

Nessun ostacolo, almeno in via di principio, all'ammissibilità di azioni dichiarative nei confronti della pubblica amministrazione: si ritiene che esse possono essere dirette alla dichiarazione di accertamento della illegittimità dell'atto amministrativo, ovvero della illiceità dell'atto amministrativo per violazione di norma di relazione ⁽²⁴⁾ almeno in via incidentale, in relazione al combinato disposto degli artt. 4, comma 1 e 5, l. cont. amm., oppure alla dichiarazione di accertamento negativo di obblighi di fare o di non fare o di dare nei confronti della pubblica amministrazione.

12. Azioni di condanna nei confronti della pubblica amministrazione.

Le azioni di condanna al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno, sono ammissibili nei confronti della pubblica amministrazione. Invece le azioni di condanna ad un fare specifico e specificamente infungibile, in quanto riservato all'amministrazione che della potestà è titolare e consentito in forme rigidamente fissate, sono inammissibili, in quanto comporterebbero una sostituzione del giudice nell'esercizio di potestà spettanti alla pubblica amministrazione. Tale divieto di azioni di condanna reintegratoria nei confronti della pubblica amministrazione non vale allorché venga ordinata una condotta di fatto non implicante l'esercizio di potestà pubblicistiche o venga ordinata la consegna di un bene determinato non destinato ad uso pubblico: in particolare si ritiene che l'amministrazione possa essere condannata al rilascio di un immobile di proprietà dell'attore da essa detenuto sine titolo, per essere scaduto il termine fissato per l'occupazione di urgenza, per essere annullato il decreto di espropriazione, per essere decaduta la dichiarazione di pubblica utilità o per aver occupato in via di fatto l'immobile; o alla consegna di un bene mobile determinato da essa detenuto sine titolo; sempreché i beni suddetti non abbiano avuto o non abbiano in atto una destinazione pubblica; o ad un fare soggettivamente fungibile o ad un non fare un'attività lesiva di diritti soggettivi; sempreché tali condotte attive od omissive non siano riconducibili a finalità pubblicistiche tipiche dell'azione amministrativa⁽²⁵⁾.

Tra le sentenze di condanna ad un fare caratterizzate da una cognizione speciale in relazione alla specificità della posizione giuridica tutelata, vi è quella prevista dalla norma dell'art. 28 St. lav. che consente al pretore in funzione di giudice ordinario del lavoro di ordinare ai datori di lavoro, su istanza delle organizzazioni sindacali, la «cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti» degli atti e comportamenti posti in essere in violazione delle libertà sindacali e degli altri diritti garantiti dallo St. lav. L'art. 37, St. lav. dichiara indirettamente applicabile la disposizione dell'art. 28 anche agli enti pubblici economici.

Per quanto riguarda l'applicabilità agli enti pubblici non economici dell'azione di condanna ex art. 28, St. lav., l'art. 37 non risolveva direttamente la questione, dichiarando estensibile lo Statuto dei lavoratori in quelle materie nelle quali essi non abbiano una diversa regolamentazione. Ora la materia pare direttamente disciplinata dalle disposizioni normative aggiunte all'art. 28, St. lav. dall'art. 6, legge 12 giugno 1990, n. 146 contenente norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali: se il comportamento antisindacale è posto in essere da una amministrazione statale o da altro ente pubblico non economico l'azione è proposta con ricorso davanti al pretore competente per territorio; quando invece il comportamento antisindacale sia lesivo anche di situazioni soggettive inerenti al rapporto di impiego, le organizzazioni sindacali, al fine di ottenere la rimozione dei provvedimenti lesivi, propongono ricorso davanti al tribunale amministrativo regionale competente per territorio, che provvede in

via di urgenza. Le norme aggiunte all'art. 28 St. lav. paiono recepire l'orientamento giurisprudenziale di ammettere la giurisdizione del giudice amministrativo nella cognizione di controversie relative a comportamenti antisindacali posti in essere da enti pubblici non economici nei confronti di un proprio dipendente, allorché la lesione riguardi, oltretutto la posizione del singolo dipendente, anche diritti sindacali connessi o correlati ⁽²⁶⁾ in ogni caso l'art. 37 St. lav. non incide assolutamente sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo circa le controversie in materia di pubblico impiego. Mentre il comportamento antisindacale posto in essere dallo Stato o da altri enti pubblici non economici, lesivo di diritti soggettivi perfetti appartenenti alle organizzazioni sindacali, è devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario.

13. Azioni costitutive nei confronti della pubblica amministrazione.

Circa le azioni costitutive vale la regola stabilita dalla norma dell'art. 4, comma 2, l. cont. amm., secondo cui è precluso al giudice ordinario annullare, revocare, riformare o sospendere atti amministrativi: esse non sono pertanto ammissibili; il giudice ordinario non solo non potrà incidere costitutivamente sull'atto, in quanto espressione di potestà amministrativa, ma neanche potrà sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio di potestà pubblicistiche, istituzionalmente ad essa riservate e formalmente previste, od ordinare all'amministrazione di porre in essere determinati atti ovvero di compiere determinate attività giuridiche riconducibili a finalità pubblicistiche tipiche dell'amministrazione, espressione concreta della sua autonomia ⁽²⁷⁾.

La regola del divieto di azioni costitutive presenta alcune eccezioni: il giudice ordinario ha il potere di annullare, revocare, riformare e rettificare atti amministrativi, a seconda dei casi, nei limiti fissati da norme derogatorie della regola dell'art. 4, comma 2, l. cont. amm.: in materia matrimoniale (v. art. 117 c.c., e seg.); in materia di atti di stato civile (v. art. 454 c.c.); in materia elettorale (v. art. 42, d.p.r. 20 marzo 1967, n. 223, art. 9 bis e art. 84, l. cont. elett.). La recente legislazione ha infittito i casi di intervento diretto del giudice sull'atto amministrativo (v. art. 64, l. 3 febbraio 1963, n. 69 sull'ordinamento della professione di giornalista; art. 60, l. 28 marzo 1968, n. 434 sull'ordinamento della professione di perito agrario; art. 28, l. 21 novembre 1967, n. 1185 in tema di rilascio di passaporti; art. 11, d.p.r. 30 dicembre 1972, n. 1035 in tema di revoca e decadenza dell'assegnazione di alloggi di edilizia pubblica residenziale; art. 23, l. 24 novembre 1981, n. 689 in tema di sanzioni amministrative che consente al giudice ordinario non solo il potere di annullare totalmente o parzialmente ordinanze-ingiunzioni contenenti sanzioni pecuniarie, ma anche di modificare l'entità della sanzione comminata dall'amministrazione, come pure di sospendere l'esecutorietà delle ingiunzioni di pagamento). Più di recente, sono state devolute alla giurisdizione del giudice ordinario alcune delle controversie in tema di immigrazione di cui al t.u. n. 286 del 1998: si tratta, in particolare, delle controversie in materia di espulsione prefettizia; di convalida del provvedimento del questore di trattenimento temporaneo nei centri di permanenza temporanea; di provvedimenti relativi all'unità familiare dei cittadini extracomunitari; di rimpatrio assistito per i minori stranieri; di azione civile contro la discriminazione; di contenzioso sul diritto al riconoscimento dello status di rifugiato e sul diritto di asilo ai sensi dell'art. 32, l. 30 luglio 2002, n. 189. Nei casi indicati il giudice ordinario ha una giurisdizione piena, la quale comporta il potere di giudicare non solo sul rapporto giuridico tra amministrazione e titolare della posizione giuridica soggettiva tutelata, ma anche di intervenire a tal fine sull'atto, annullandolo, revocandolo o sospendendolo: in tali giudizi l'atto impugnato, che «si pretende lesivo», secondo la terminologia dell'art. 2, l. cont. amm., del diritto soggettivo, e la sentenza del giudice ordinario di annullamento o di modificazione dell'atto non vengono in considerazione per vizi di illegittimità presenti nello stesso atto impugnato, o per ragioni di merito, ma per il fatto che l'atto lede illecitamente la posizione giuridica soggettiva tutelata, cioè è contra ius, violando le norme attributive del potere giuridico discrezionale dell'amministrazione: si ripresenta lo schema logico della regola posta dalla norma dell'art. 4, comma 1, l. cont. amm.: lesione di posizione giuridica soggettiva tutelata - domanda di tutela da parte del soggetto titolare - potere giudiziale di cognizione piena, anziché limitata agli effetti dell'atto - poteri giudiziali di decisione di annullamento o di revoca: ad identità di presupposti (lesione del diritto e domanda di tutela del diritto leso) corrisponde diversità di effetti (cognizione piena e decisione di annullamento), conformemente alle indicazioni costituzionali, che rimettono alla legge di stabilire quali organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa possono annullare gli atti della pubblica amministrazione (v. art. 113, comma 3, Cost.).

14. Esecuzione forzata contro la pubblica amministrazione.

Per la trattazione delle problematiche relative al processo di esecuzione forzata contro la pubblica amministrazione, v. → ESECUZIONE FORZATA DELLE SENTENZE CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

15. Procedimenti sommari di cognizione speciale nei confronti della pubblica amministrazione.

Circa il procedimento d'ingiunzione (cfr. [art. 633 c.p.c.](#), e seg.) esso è ammissibile nei confronti della pubblica amministrazione, sempreché il diritto di credito sia fondato su prova scritta in relazione ad un credito certo, liquido ed esigibile⁽²⁸⁾.

Circa il procedimento per convalida di sfratto (cfr. [art. 657 c.p.c.](#), e seg.) esso è ammissibile nei confronti della pubblica amministrazione, in quanto il contratto di locazione di immobili venne stipulato nell'esercizio dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione (ma sulla concreta eseguibilità in senso specifico del provvedimento giurisdizionale di condanna al rilascio v. → ESECUZIONE FORZATA DELLE SENTENZE CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE).

16. Procedimenti cautelari nei confronti della pubblica amministrazione.

Circa il procedimento di sequestro conservativo (cfr. [art. 671 c.p.c.](#), e seg.) l'orientamento prevalente è nel senso dell'inammissibilità: si ritiene infatti che la misura cautelare conservativa non sia esperibile nei confronti della pubblica amministrazione, sia perché non potrebbero essere assoggettati a sequestro conservativo né i beni demaniali, né i beni patrimoniali indisponibili, ma solamente i beni patrimoniali disponibili, sia perché la domanda di sequestro conservativo sarebbe improponibile circa il presupposto del periculum in mora, non essendo da ritenere fondato il timore del creditore di perdere la garanzia del proprio credito, data la solvibilità reale e istituzionale della pubblica amministrazione: i ritardi della pubblica amministrazione nel pagamento delle obbligazioni pecuniarie non sono motivi sufficienti per provare la sussistenza del periculum in mora: non si rinviene giurisprudenza⁽²⁹⁾.

Circa il sequestro giudiziario (cfr. [art. 670 c.p.c.](#)), si ritiene da una parte della dottrina che esso sia inammissibile, in quanto tendente a paralizzare l'efficacia di un provvedimento amministrativo, mantenendo lo stato di fatto e di diritto, in attesa della decisione giurisdizionale nel merito⁽³⁰⁾. Un altro orientamento dottrinale, confortato da alcune interessanti decisioni giurisprudenziali, ritiene invece che il procedimento di sequestro giudiziario sia, almeno tendenzialmente, ammissibile nei confronti della pubblica amministrazione: tale procedimento è infatti diretto a dirimere una controversia sulla proprietà o sul possesso di un determinato bene, in relazione all'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea dei beni controversi, in attesa della decisione giurisdizionale di merito: diversamente dal procedimento di sequestro conservativo, la preclusione non potrebbe derivare dal limite cognitivo dei poteri del giudice ordinario ex art. 4 l. cont. amm., ma dall'esercizio dei poteri decisorii del giudice circa l'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea dei beni sequestrandi: nel procedimento di sequestro conservativo, il limite è esterno ed interferisce con i limiti dei poteri di cognizione del giudice: nel procedimento di sequestro giudiziario, il limite è interno ed inerisce ai poteri di decisione del giudice, al quale spetta la valutazione sulla opportunità di sequestrare un bene mobile o immobile o un'azienda o un'altra universalità di beni appartenenti alla pubblica amministrazione⁽³¹⁾: qualora il sequestro giudiziario impedisca o ritardi l'esercizio delle potestà pubblicistiche, essa sarà inammissibile non quanto al fumus boni iuris, ma quanto al periculum, cioè all'opportunità, la cui valutazione è rimessa al giudice, di interferire nell'attività amministrativa, dato il divieto generale posto dall'art. 4 l. cont. amm.

La questione dell'ammissibilità dei procedimenti cautelari nei confronti della pubblica amministrazione deve essere esaminata, tenendo presente non solo la distinzione tra procedimento di sequestro conservativo e procedimento di sequestro giudiziario, ma anche la distinzione all'interno del sequestro giudiziario tra procedimento di sequestro di beni e procedimento di sequestro di documenti o a fini probatori: per quanto riguarda il procedimento di sequestro a fini probatori previsto dall'[art. 670, n. 2, c.p.c.](#), esso non incontra, almeno in via di principio, i limiti propri del sequestro giudiziario di beni appartenenti alla pubblica amministrazione, riguardanti il rapporto tra opportunità della custodia in regime di sequestro e interesse pubblico dell'amministrazione ed è pertanto da ritenere ammissibile negli stessi limiti in cui è ammissibile il sequestro giudiziario previsto dall'[art. 670, n. 1, c.p.c.](#): quando cioè il

sequestro non comporti alcuna interferenza con provvedimenti amministrativi imperativi incidendo sulla efficacia e/o operatività degli stessi, né determini alcuna ingerenza sulla destinazione che l'amministrazione abbia conferito a determinati beni, cose o documenti, oppure causi la sottrazione a tale destinazione, con conseguenti inammissibili intralci e ritardi nell'attività amministrativa rispetto alla quale tali cose, beni e documenti siano strumentali, in violazione del divieto posto dall'art. 4 l. cont. amm.⁽³²⁾.

Circa il procedimento di istruzione preventiva (cfr., [art. 692 c.p.c.](#), e seg.), pare prevalente l'orientamento di ritenere inammissibile per difetto di giurisdizione la domanda di accertamento tecnico preventivo nei confronti della pubblica amministrazione, proposta dal privato che intenda acquisire risultanze istruttorie da utilizzare nell'instaurando giudizio amministrativo⁽³³⁾: l'accertamento tecnico preventivo dovrebbe infatti essere disposto dal medesimo giudice competente a decidere sulla domanda di merito: in assenza nel regolamento normativo del procedimento di istruzione preventiva, di una norma speciale come l'[art. 672, comma 3, c.p.c.](#) - articolo, questo, abrogato dall'art. 89, [legge 26 novembre 1990, n. 353](#) - che radica comunque la competenza del giudice ordinario in materia di sequestro, anche se competente a conoscere del merito per ragioni di materia non è il giudice civile ordinario e facendo salve le «diverse disposizioni di legge», tuttavia si ritiene che almeno tendenzialmente il procedimento di istruzione preventiva nella forma dell'accertamento tecnico e dell'ispezione giudiziale sia ammissibile nei confronti della pubblica amministrazione, a condizione che il provvedimento giurisdizionale e l'attività istruttoria preventiva non incidano sulla efficacia e/o sulla operatività degli atti amministrativi, e che la posizione giuridica soggettiva tutelata sia qualificabile come diritto soggettivo o almeno versi in una situazione di aspettativa di diritto, la cui realizzazione sarebbe pregiudicata ove non si provvedesse agli accertamenti istruttori richiesti: in tal senso il procedimento di istruzione preventiva dovrebbe essere ammissibile nei confronti della pubblica amministrazione, come procedimento cautelare diretto all'acquisizione di risultanze istruttorie «preventive» al successivo giudizio di merito devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario. In sintesi circa i procedimenti cautelari nei confronti della pubblica amministrazione non esiste un principio di ordine generale regolatore della materia, non essendo applicabile nei rapporti tra giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione il principio della immanenza della tutela cautelare, ma piuttosto quello della relatività della tutela cautelare, secondo la regola generale dell'art. 4 l. cont. amm., che limita la cognizione giudiziale agli effetti dell'atto, precludendo la conoscenza della causa e pertanto la valutazione circa l'assetto degli interessi pubblici; negando al giudice ordinario un potere di tutela cautelare di ordine generale nei confronti della pubblica amministrazione, per effetto della sommarietà della cognizione limitata agli effetti dell'atto. Ciò non esclude che in sede applicativa il giudice ordinario possa adottare, su istanza di soggetti titolari di posizioni giuridiche di diritto soggettivo o in aspettativa di diritto minacciata proprio dall'emanazione e/o dall'esecuzione di atti o dal compimento di attività amministrative, taluni provvedimenti di tutela cautelare, come espressione di potere di decisione e nei limiti normativi all'esercizio di tale potere stabiliti dalla norma dell'art. 4, comma 2, l. cont. amm.

17. Procedimenti possessori nei confronti della pubblica amministrazione.

Le considerazioni sulla relatività della tutela cautelare dinanzi al giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione introducono criticamente alla questione dell'inammissibilità dei procedimenti possessori previsti dagli [artt. 703 c.p.c.](#) e seg., e quasi-possessori previsti dagli [artt. 689 c.p.c.](#) e seg. - v. ora l'[art. 688 c.p.c.](#) in combinato disposto con gli [artt. 669-bis c.p.c.](#) - (o procedimenti di denuncia di nuova opera e di danno temuto): tali procedimenti non sono ammissibili nei confronti della pubblica amministrazione, qualora essa sia entrata in possesso del bene privato in base ad un provvedimento autoritativo emesso nell'esercizio di potere amministrativo, in quanto le domande di reintegrazione e di manutenzione sarebbero dirette a privare di efficacia, contrastando con il divieto posto dalla norma dell'art. 4 l. cont. amm., il provvedimento amministrativo, in base al quale l'amministrazione è entrata in possesso del bene privato (decreto di espropriazione, decreto di occupazione di urgenza, decreto di requisizione) oppure comporterebbero una condanna ad un fare specifico della pubblica amministrazione⁽³⁴⁾.

I procedimenti possessori non sono ammissibili neppure nei confronti di concessionari dell'amministrazione, che siano in possesso del bene per incarico o per concessione dell'amministrazione.

La regola dell'inammissibilità dei procedimenti possessori nei confronti della pubblica amministrazione "presenta alcune eccezioni, rilevabili dalla rilettura sistematica delle norme sulle attribuzioni dei poteri decisorii del giudice ordinario: le decisioni al divieto di procedimenti possessori nei confronti della pubblica amministrazione sono il risultato dell'elaborazione giurisprudenziale, la quale, sulla base della raccolta casistica, tentò una ordinata collocazione delle eccezioni in deroga al divieto: le formule concettuali sono le seguenti⁽³⁵⁾:

a) il divieto circa l'ammissibilità dei procedimenti possessori non opera rispetto ai meri comportamenti materiali della pubblica amministrazione, ma soltanto rispetto ad atti amministrativi costituenti esercizio della potestà amministrativa ovvero ad atti costitutivi di questa;

b) quando la controversia concerna la tutela del diritto di proprietà o di un altro diritto reale compresso di fatto dalla pubblica amministrazione, non può parlarsi di atti della pubblica amministrazione se non nel senso di atti ablatori, implicanti come tali la valutazione autoritativa della indispensabilità del sacrificio della posizione giuridica del titolare del diritto soggettivo rispetto al fine pubblico perseguito; non si tratta quindi di atti, ma di mero impiego, sia pure a fini pubblici, del bene altrui, materialmente appreso o dell'utilità da esso materialmente ritratta con continuata e reiterata compressione di fatto dell'altro diritto. Le regole giurisprudenziali tentano di ordinare lo sparso materiale giurisprudenziale: tuttavia non pare esistere, anche solo concettualmente, una netta distinzione tra atti iure privatorum e atti emessi in assoluta carenza di potere, atteso che spesso la giurisprudenza afferma l'ammissibilità dei procedimenti possessori nei confronti della pubblica amministrazione in relazione all'assenza di fine pubblicistico dell'atto o dell'attività imputabili alla pubblica amministrazione, senza porre particolare attenzione alla struttura dell'atto o della condotta dell'amministrazione che ha realizzato lo spoglio o la turbativa dell'altrui possesso. Si ritengono pertanto eccezionalmente ammissibili procedimenti possessori nei confronti della pubblica amministrazione:

a) allorché l'impossessamento sia avvenuto in base ad un atto posto in essere nell'esercizio nella capacità di diritto privato della pubblica amministrazione;

b) allorché l'impossessamento sia avvenuto sine titolo;

b1) sia perché l'amministrazione ha agito in assoluta carenza di potere o di attribuzioni di potere giuridico;

b2) sia perché l'amministrazione ha agito al di fuori delle attribuzioni del potere, ponendo in essere una attività diversa nello spazio da quella originariamente prevista e concretamente stabilita;

b3) sia perché l'amministrazione ha agito oltre il termine stabilito per l'esercizio del potere ponendo in essere un'attività al di fuori del tempo⁽³⁶⁾.

18. Provvedimenti d'urgenza nei confronti della pubblica amministrazione.

Il principio di relatività della tutela cautelare dinanzi al giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, riappare circa il procedimento cautelare atipico previsto e disciplinato dagli art. 700 c.p.c., e seg.; la regola, derivabile dalla norma dell'art. 4, l. cont. amm., esclude l'ammissibilità del procedimento cautelare atipico dinanzi al giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione; tuttavia si ritiene che, sulla base dell'interpretazione sistematica dei poteri di decisione del giudice ordinario, il procedimento cautelare atipico ed urgente previsto dagli art. 700 c.p.c., e seg., sia ammissibile, allorché non interferisca con l'esercizio di potestà pubblicistiche spettanti all'amministrazione ovvero non incida sulla efficacia e/o sulla esecutività dell'atto amministrativo: le eccezioni circa l'ammissibilità nell'emanazione di provvedimenti urgenti nei confronti della pubblica amministrazione sono il risultato dell'elaborazione giurisprudenziale: sotto tale angolazione alla coerenza sistematica della giurisprudenza della Corte di Cassazione si contrappone la eterogeneità e la varietà di alcune decisioni dei giudici di merito, che tendono a definire i poteri di cognizione del giudice dell'urgenza e a conformare i correlativi poteri di decisione, non in funzione dei limiti posti dalla norma dell'art. 4, l. cont. amm., ma in funzione dell'atipicità della tutela cautelare urgente



dinanzi al giudice ordinario, sorretta da un preteso principio di immanenza prevalente sulle stesse attribuzioni di autonomia del potere giuridico della pubblica amministrazione riconosciute dalla l. cont. amm., e della immanenza della tutela giurisdizionale, anche nella forma della tutela cautelare urgente, dei diritti soggettivi di preminente rilievo costituzionale (diritto alla salute, diritto alla salubrità dell'ambiente ecc.): ne deriva un quadro ampio e fitto di decisioni contrastanti, che appare di difficile collocazione sistematica, atteso che il procedimento di tutela cautelare urgente nei confronti della pubblica amministrazione è stato ricondotto, in talune impostazioni giurisprudenziali, a principio essenziale della effettività della tutela giurisdizionale, di carattere costituzionale, prevalente sullo stesso sistema dei rapporti tra giudice ordinario e pubblica amministrazione, tra attribuzione dei poteri di decisione del giudice ordinario e autonomia del potere giuridico dell'amministrazione: il principio della tutela cautelare sarebbe essenziale al principio costituzionale della tutela giurisdizionale, al punto che l'immanenza della tutela cautelare, nella sua forma originaria e atipica disciplinata dalla norma [dell'art. 700 c.p.c.](#), andrebbe oltre le stesse regole costituzionali sulla ripartizione delle giurisdizioni: la tesi della prevalenza della regola della tutela cautelare, per effetto della quale al giudice della tutela urgente, cioè al pretore-giudice ordinario, spetterebbe giurisdizione come effetto del potere immanente e diffuso di tutela cautelare, anche in materie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo o di altro giudice, è stata rigettata dalla Corte di Cassazione, la quale ha correttamente ricondotto la questione della tutela cautelare nei confronti della pubblica amministrazione nel quadro delle regole di ripartizione delle giurisdizioni, e quella della tutela cautelare urgente nelle regole e nei divieti stabiliti dalla norma dell'art. 4 l. cont. amm.

Nonostante ciò, si ritiene ammissibile nei confronti della pubblica amministrazione il procedimento cautelare urgente nelle seguenti ipotesi:

a) allorché l'amministrazione abbia posto in essere un atto, lesivo di diritto soggettivo, nell'esercizio della sua capacità di diritto privato;

b) allorché l'amministrazione abbia agito sine titulo;

b1) sia perché l'amministrazione ha agito in assoluta carenza di potere o di attribuzioni di potere giuridico;

b2) sia perché l'amministrazione ha agito in contrasto con il potere giuridico attribuito, deviando dalle finalità del titulum, o omettendo di adottare doverose e necessarie cautele, insite nel potere di autonomia, a tutela dei diritti dei soggetti titolari degli interessi protetti, lesi dalla condotta o dall'atto emesso in carenza assoluta di potere; è inammissibile la domanda diretta ad ottenere dal giudice ordinario della tutela urgente, cioè dal pretore, provvedimenti che interferiscono con l'esercizio di potestà pubblicistiche e/o implicanti la revoca, la modifica o la sospensione di atti amministrativi⁽³⁷⁾; vario il panorama giurisprudenziale: sulla sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, anche in via cautelare urgente, ai fini dell'accertamento di diritti soggettivi costituzionalmente garantiti: v. [P. Monza, 23-3-1990](#) e [P. Milano, 15-2-1990](#)⁽³⁸⁾; [P. Torino, 3-6-1987](#)⁽³⁹⁾, che ammette l'azione di tutela urgente, allorché l'amministrazione agisca iure privatorum, oppure ponga in essere un'azione esorbitante dai limiti del potere attribuito oppure un'azione sine titulo; sull'ammissibilità di azione cautelare urgente, quando l'amministrazione sia tenuta a provvedere in modo vincolato, essendo priva di potere discrezionale: v. [Cass. S. U. n. 1612/1989](#) circa la domanda diretta ad ottenere la sospensione della pubblicazione sull'elenco ufficiale della Camera di commercio di un protesto cambiario già elevato⁽⁴⁰⁾; v. [P. Pontedera, 11-1-1989](#) ⁽⁴¹⁾ sull'ammissibilità della domanda di tutela cautelare urgente proposta dai genitori di minore affetto da anomalie psico-fisiche, frequentante scuola materna statale, con la quale si chieda al pretore di ordinare alla pubblica amministrazione di designare un'insegnante di sostegno per assicurare all'alunno l'assistenza durante il normale orario scolastico; v. [P. Genova, 12-1-1989](#)⁽⁴²⁾, secondo la quale il giudice ordinario, adito da un paziente che richiedeva la prestazione a carico del servizio sanitario nazionale di un farmaco costoso e indispensabile non compreso nel prontuario terapeutico nazionale, può ordinare alla pubblica amministrazione di fornire gratuitamente e direttamente il farmaco, atteso che in materia non esiste alcun potere discrezionale dell'amministrazione; sull'ammissibilità di tutela cautelare urgente nei confronti della pubblica amministrazione, al fine di predisporre cautele atte ad evitare il pregiudizio all'incolumità delle persone: v. [Cass. S. U., n. 6645/1989](#), la quale ammette la possibilità di richiedere con provvedimento ordinario urgente la rimozione di situazioni materiali



potenzialmente lesive di diritti altrui; v. [P. Torino, 19-7-1988^{\(43\)}](#), concernente l'ordine rivolto all'autorità di polizia di cessare da rumori molesti, tali da ledere l'incomprimibile diritto alla salute, nell'esercizio dell'attività di sorveglianza del consolato USA; sull'inammissibilità di domande, proposte in via di tutela urgente, di sospensione dell'efficacia e/o dell'esercizio di atti amministrativi: v. [P. Asolo, 21-3-1989^{\(44\)}](#) in tema di atti di autorizzazione di elettrodotto ad alta tensione; sull'inammissibilità per difetto di giurisdizione del giudice ordinario di provvedimenti urgenti su controversie spettanti alla giurisdizione delle commissioni tributarie: v. [Cass. S. U., n. 3660/1989](#); [P. Castelnuovo Garfagnana, 12-7-1989](#); [P. Terni, 1^o-10-1986](#); [P. Roma, 12-6-1989^{\(45\)}](#); nel senso della sussistenza del potere cautelare urgente del giudice ordinario di sospendere l'esecuzione fiscale, v. [P. Volterra, 1-9-1988](#); [P. Castellamare del Golfo, 3-7-1987](#); [P. Busto Arsizio, 19-9-1986](#), sia pure riferita ad un errore macroscopico⁽⁴⁶⁾; sull'inammissibilità di provvedimenti urgenti nei confronti della pubblica amministrazione in materie assoggettate alla giurisdizione del giudice amministrativo, v. [Cass. S. U., n. 3939/1988](#), n. 6564/1987 e n. 1404/1987. Risultano singolari le decisioni di [P. Cosenza, 4-8-1987^{\(47\)}](#), secondo cui possono essere sospesi gli effetti della cartolina precetto impugnata con ricorso al TAR fintantoché l'organo giurisdizionale amministrativo si pronunci sulla domanda di sospensione cautelare; [P. Rimini, 21-8-1987^{\(48\)}](#), secondo cui sussiste il potere del giudice ordinario di ordinare la sospensione di atto amministrativo del sindaco con cui si dispone la chiusura temporanea di un albergo quando, a causa del periodo feriale, la prima udienza del TAR competente sia fissata successivamente alla data di esecuzione del provvedimento impugnato o quando l'atto impugnato abbia esaurito tutti i suoi effetti prima che il giudice amministrativo possa provvedere: conforme è [P. Casano allo Jonio, 8-5-1896^{\(49\)}](#).

La giurisprudenza sui c.d. diritti indegradabili ha subito, a partire dal 2007, una profonda evoluzione, che ha portato pressoché a superare la precedente impostazione, secondo la quale la pubblica amministrazione è priva di qualunque potere, ancorché agisca per motivi di interesse pubblico, di affievolire o di pregiudicare indirettamente il diritto alla salute, il quale, garantito come fondamentale dall'art. 32 Cost., appartiene a quella categoria di diritti che non tollerano interferenze esterne che ne mettano in discussione l'integrità, con conseguente giurisdizione ordinaria e insussistenza dei limiti ai poteri decisorii ex artt. 4 e 5 l. cont. amm. ([Cass., S.U., 8-11-2006, n. 23735](#)): in particolare, [C. Cost., 27-4-2007, n. 140](#), ha affermato che non sussiste alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario - escludendone il giudice amministrativo - la tutela dei diritti costituzionalmente protetti, come invece ritenuto in precedenza dalla Corte di cassazione. Anche la successiva giurisprudenza ordinaria ha abbandonato il vecchio corso, escludendo la sussistenza della giurisdizione ordinaria sempre e comunque ove venisse in discussione il diritto alla salute o altro diritto fondamentale (ad es. [Cass., S.U., 28-12-2007, n. 27187](#); [Cass., S.U., 5-2-2008, n. 2656](#), in tema di educazione sessuale; *contra*, tuttavia, [Cass., S.U., 9-9-2009, n. 19393](#), che ha ritenuto la giurisdizione ordinaria in controversia avente ad oggetto una domanda di rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, in quanto la situazione giuridica soggettiva dello straniero ha natura di diritto soggettivo, che va annoverato tra i diritti umani fondamentali e non può essere degradato ad interesse legittimo).

19. Il potere di cosiddetta disapplicazione del giudice ordinario: osservazioni generali.

Definiti in termini essenziali i poteri di cognizione e di definizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, si tratta di esaminare l'istituto della cosiddetta disapplicazione: la norma dell'art. 5 l. cont. amm., concerne la cosiddetta applicazione degli atti amministrativi, ossia il potere del giudice ordinario di applicare «gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi», ovvero il potere del giudice ordinario di disapplicare i provvedimenti amministrativi «... non conformi alle leggi».

Secondo un prevalente orientamento dottrinale⁽⁵⁰⁾, largamente condiviso dalla giurisprudenza, il potere di disapplicazione sarebbe da inquadrare tra i poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, complessivamente considerati e sistemati negli artt. 4 e 5 l. cont. amm., dai quali sarebbero enucleabili le seguenti regole:

a) al divieto di annullamento e di revoca dell'atto amministrativo (v. art. 4, comma 2); con riferimento alla cosiddetta disapplicazione;

b) sindacato limitato alla legittimità o legalità estrinseca del provvedimento amministrativo: il giudice si limita ad accertare:

b1) se l'amministrazione aveva il potere di emettere il provvedimento (vizio di incompetenza);

b2) se l'atto non risulti in contrasto con una norma di legge (vizio di violazione di legge);

b3) se sussistevano i presupposti oggettivi per l'esercizio del potere (vizio di potere per sviamento); sarebbero sottratti al sindacato del giudice ordinario gli altri profili di eccesso di potere, in quanto ciò comporterebbe una interferenza del sindacato del giudice ordinario nelle scelte discrezionali della pubblica amministrazione⁽⁵¹⁾;

c) cognizione limitata alla disapplicazione: il giudice ordinario, non potendo annullare il provvedimento amministrativo, giudicherà dell'illecito dell'amministrazione come se il provvedimento illegittimo non esistesse, cioè lo disapplicherà. L'istituto della disapplicazione si sostanzierebbe in una facoltà di carattere processuale consentita al giudice ordinario, per compensarlo dei limiti e dei divieti posti dall'art. 4, utilizzabile non solo quando il provvedimento amministrativo è posto in essere dall'amministrazione, ma anche quando il comportamento lesivo è stato posto in essere da un soggetto privato il quale invoca un provvedimento emanato dall'amministrazione;

d) limitazione del giudicato all'oggetto dedotto in giudizio.

Tuttavia il collegamento tra la norma dell'art. 5 e dell'art. 4, come misura di comprensione dei limiti posti dallo stesso art. 4 al potere di cognizione e di decisione del giudice ordinario, dimostra come il potere previsto dalla norma dell'art. 5 l. cont. amm. valga in primo luogo per l'ipotesi prevista di violazione di diritti soggettivi: sotto tale angolazione l'indicazione dei vizi di legittimità, con oggetto del potere di accertamento giudiziale, non solo non pare connessa con tale violazione, ma dovrebbe anche essere giustificata: ossia andrebbe dimostrato che il potere disciplinato dell'art. 5 l. cont. amm., prevede, oltre all'ipotesi della violazione del diritto soggettivo, anche i vizi di legittimità dell'atto: dimostrazione non agevole sul piano storico-sistemico, in quanto non solo la costruzione dei vizi di legittimità dell'atto è successiva all'emanazione della l. cont. amm., ma è inscindibilmente connessa con la previsione di un distinto potere di annullamento dell'atto, poi riconosciuto giurisdizionale, autonomo rispetto al potere del giudice ordinario sull'atto, disciplinato e strutturato nella l. cont. amm.; e non agevole neanche sul piano logico, in quanto concettualmente la violazione di diritti soggettivi presuppone la violazione di norme di protezione di interessi giuridici, mentre i vizi di legittimità dell'atto presuppongono la violazione di norme di organizzazione e di esercizio del potere dell'amministrazione: la diversità e soprattutto l'eterogeneità e l'irriducibilità ad un concetto unitario rendono difficile il raggruppamento delle due problematiche nell'ambito dei contenuti della norma dell'art. 5 l. cont. amm.

La complessità e la varietà degli aspetti problematici relativi all'istituto della disapplicazione sono stati oggetto di numerosi contributi dottrinali⁽⁵²⁾; mentre la giurisprudenza pare sostanzialmente esprimere orientamenti sufficientemente consolidati⁽⁵³⁾. Una corretta ricostruzione dell'istituto della disapplicazione corrisponde a due importanti esigenze metodologiche: la prima inerisce all'esame filologico degli elementi della norma, perfettamente rifinita in tutti i suoi aspetti formali, come rigorosamente redatta è l'intera l. cont. amm.; la seconda inerisce alla «storicità» della norma, nel senso che la definizione del potere di disapplicazione deve essere colto nel sistema e nella logica della l. cont. amm., escludendo i condizionamenti o addirittura le possibili interferenze derivanti dalla successiva creazione della giurisdizione amministrativa, i poteri del giudice amministrativo sono quelli sanciti dalle norme regolative del potere giurisdizionale (v. art. 45 t.u., C. St.); se sussiste giurisdizione ordinaria, i poteri del giudice sono quelli configurati dagli artt. 4 e 5 l. cont. amm.: le questioni sulla conformazione, sul contenuto e sulla definizione del potere del giudice non possono essere confuse con le questioni di giurisdizione.

Una prima osservazione critica riguarda la stessa struttura della norma: essa configura il potere del giudice ordinario di applicare gli atti amministrativi, in quanto conformi alle leggi: tuttavia la comprensione del significato strutturale della norma è resa possibile, e la vastissima letteratura la conferma (su cui v., *infra*), solamente leggendo e interpretando a rovescio il suo contenuto, cioè la definizione del potere del giudice ordinario di disapplicare, cioè di non applicare i provvedimenti amministrativi in quanto non conformi alle leggi. Ciò costituisce un primo punto di approccio critico alla problematica della norma in commento, in quanto si tratta di stabilire le



ragioni dell'inversione interpretativa e di dimostrare che il potere di disapplicazione dei provvedimenti amministrativi rappresenta esattamente l'opposto del potere di applicazione degli atti amministrativi e dei regolamenti generali e locali in quanto conformi alle leggi.

Una seconda osservazione critica riguarda la funzione della norma: sotto tale angolazione l'art. 5 l. cont. amm., è norma che inerisce ai poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione: l'individuazione del rapporto con il precedente art. 4 l. cont. amm., è problema ulteriore, che riguarda il contenuto del potere disciplinato dall'art. 5 l. cont. amm. Anzi il tradizionale punto di approccio alla problematica posta dalla norma dell'art. 5 l. cont. amm., era proprio rappresentato dall'esame del rapporto con l'art. 4 l. cont. amm.⁽⁵⁴⁾: si spiegava il contenuto del potere di disapplicazione del giudice ordinario, partendo dalle conclusioni inerenti ai poteri di cognizione e di decisione dello stesso giudice disciplinati dall'art. 4 l. cont. amm., dando per dimostrato quanto era da dimostrare, cioè che esisteva un rapporto di continuità strutturale tra le due norme, senza tenere in particolare conto che il potere definito dalla norma dell'art. 5 l. cont. amm., era applicabile non solo nel «caso» di cui all'art. 4 l. cont. amm., ma anche «in ogni altro caso», non solo nell'ipotesi in cui il titolare di un diritto soggettivo leso da un provvedimento amministrativo chiedesse tutela al giudice ordinario, ma anche in ogni altro caso, restando insoluta la determinazione dei confini entro i quali il potere del giudice ordinario fosse esercitabile. Appare pertanto necessario ricostruire il valore e il significato della norma dell'art. 5 l. cont. amm., alla luce di precise esigenze metodologiche: la prima esigenza inerisce al rilievo sistematico della norma, collocata nel sistema normativo della l. cont. amm., subito dopo la norma dell'art. 4 l. cont. amm.: dal punto di vista sistematico l'art. 5 l. cont. amm., come l'art. 4 l. cont. amm., concerne i poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione: il punto di intersezione genetica è dato dalle espressioni normative iniziali, secondo cui la norma dell'art. 5 è applicabile nel «caso» dell'art. 4: oltre l'elemento filologico-testuale, non esiste tra art. 4 e art. 5 alcun rapporto di connessione o di interferenza: ciò è confermato proprio dalla lettera della norma, che proietta il potere del giudice ordinario ex art. 5 l. cont. amm., al di fuori dei casi di cui all'art. 4, considerandolo applicabile, «in ogni altro caso». Pertanto dal punto di vista sistematico si può affermare che l'art. 5 l. cont. amm., come l'art. 4 l. cont. amm., è norma inerente ai poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, e che la norma dell'art. 5, pur essendo, come l'art. 4, norma funzionale sui poteri del giudice ordinario, è, diversamente dall'art. 4, norma sui poteri del giudice ordinario nei confronti dell'atto della pubblica amministrazione: o meglio, mentre la norma dell'art. 5 presuppone l'esistenza di un atto amministrativo, al fine di rendere concretamente operativo lo scopo della disapplicazione, la norma dell'art. 4 l. cont. amm., può prescindere dall'esistenza dell'atto, in quanto la contestazione sul diritto soggettivo leso può derivare da una condotta o da una cooperazione materiale dell'amministrazione: mentre l'ipotesi disciplinata dall'art. 4 l. cont. amm., presuppone l'affermazione da parte del titolare di un diritto soggettivo della lesione, ad opera di un atto o di una attività materiale dell'autorità amministrativa, di tale interesse giuridico protetto, e conseguentemente, la struttura della norma configura i poteri di cognizione (v., art. 4, comma 1) e i poteri di decisione (v., art. 4, comma 2) del giudice ordinario, quali strumenti di tutela del soggetto leso dall'atto amministrativo o più in generale dall'attività giuridica o materiale della pubblica amministrazione, radicando la dinamica della norma nella opposizione dialettica tra diritto soggettivo leso, e obbligo di reintegrazione dell'interesse giuridico protetto, e potere giuridico dell'amministrazione, l'ipotesi disciplinata dall'art. 5 l. cont. amm., presuppone in primis la rilevanza dell'atto in quanto conforme alle leggi, non necessariamente la rilevanza della lesione del diritto soggettivo determinata dall'atto della pubblica amministrazione: ciò introduce una prima differenza tra le due norme, rilevabile sul piano sistematico e funzionale: pur essendo norme di disciplina dei poteri del giudice ordinario, la norma dell'art. 4 l. cont. amm., configurando i poteri di cognizione e di decisione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, allorquando l'atto amministrativo emanato o più in generale l'attività giuridica posta in essere dalla pubblica amministrazione siano lesivi del diritto soggettivo, si distingue sul piano sistematico e funzionale dalla norma dell'art. 5 l. cont. amm., la quale configura il potere del giudice ordinario di non applicare l'atto amministrativo, in quanto non conforme alle leggi, puramente e semplicemente, sia nel caso in cui «la contestazione cada sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa», sia nel caso in cui non sussista alcuna lesione o non vi sia alcun presupposto



di lesione di diritti soggettivi: ecco dunque delinearsi una prima caratteristica della norma dell'art. 5 l. cont. amm., data dalla centralità della rilevanza dell'atto, come oggetto dell'«applicazione» da parte del giudice ordinario, cioè della centralità del rapporto tra rilevanza dell'atto e conformità dell'atto alle leggi. Si tratta di una caratteristica, che differenzia nettamente l'oggetto della disciplina delle due norme: nell'art. 4 l. cont. amm., la disciplina dei poteri di cognizione e di decisione è proporzionale alla lesione del diritto soggettivo, attraverso la definizione dei poteri di reazione del giudice, su richiesta del soggetto leso, nei confronti non tanto dell'atto, non tanto dell'illiceità dell'atto o della illegalità o della illegittimità dell'atto, in quanto nella problematica di tale norma non si discute di vizi di invalidità dell'atto amministrativo, quanto nei confronti del soggetto giuridico, cioè della pubblica amministrazione, che quell'atto, lesivo del diritto, ha posto in essere; determinante è pertanto individuare, oltre i divieti posti dal giudice ordinario dall'art. 4, comma 2 di revocare o modificare gli atti amministrativi, l'area di riserva di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione; nell'art. 5 l. cont. amm., la disciplina dei poteri del giudice è proporzionale alla rilevanza dell'atto, in quanto conforme alle leggi. Alla diversità di oggetto di disciplina corrisponde una diversa qualità dell'oggetto del potere: qui basti affermare che nell'art. 4 l. cont. amm., la disciplina dei poteri del giudice riguarda la cognizione degli effetti dell'atto e la decisione conseguente nei confronti della pubblica amministrazione: nell'art. 5 l. cont. amm., la disciplina dei poteri del giudice ordinario riguarda 1'«applicazione» dell'atto in quanto conforme alle leggi, quindi una definizione concettuale nuova, in quanto non riconducibile sul piano logico ai concetti di potere di cognizione e di decisione del giudice, anche se descrittivamente collegabile al quadro sistematico dei poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione e degli atti della pubblica amministrazione.

20. La norma dell'art. 5 l. cont. amm.: critica sistematica.

L'esigenza, di ordine metodologico, inerente al rilievo sistematico della norma dell'art. 5 l. cont. amm., come norma funzionale sui poteri del giudice ordinario, pone in luce due risultati: il primo, di ordine sostanziale, concerne la differente sistematicità e funzionalità della norma dell'art. 5 l. cont. amm., rispetto alla norma dell'art. 4 l. cont. amm.; il secondo, assai importante, di ordine formale-metodo-logico, concerne la necessità di una rilettura filologica della norma dell'art. 5 l. cont. amm., sia in termini di esegesi testuale, al fine di porre in evidenza i fini significati concettuali dei termini normativi utilizzati, sia in termini di sistematica concettuale: e qui si ripropone l'esigenza di una rilettura filologicamente attenta e rigorosa della norma dell'art. 5 l. cont. amm., sia al fine di sistemare concettualmente l'istituto della disapplicazione, sia al fine di sistemare l'istituto della disapplicazione nella storia dello sviluppo della giustizia amministrativa: la rilettura filologica della norma riassume i confini concettuali dell'istituto della cosiddetta applicazione, creato dal sistema della l. cont. amm., con scopi precisi e determinati, esso è rimasto in vigore pur nello sviluppo successivo della giurisdizione amministrativa, istitutiva di un sindacato sull'atto amministrativo, che poteva pervenire non solo all'annullamento dell'atto riscontrato illegittimo, ma anche alla sua riforma o sostituzione: qui il potere del giudice amministrativo di annullamento dell'atto amministrativo diviene assai più importante dello stesso potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo affidato al giudice ordinario dall'art. 5 l. cont. amm.; ma il dato storico è incompressibile: il significato della cosiddetta disapplicazione rimane intatto pur nello sviluppo storico del sistema di giustizia amministrativa, che, nato come sistema a giurisdizione unica, vede la istituzione, sia pur per prevalente elaborazione giurisprudenziale, recepita dalla legislazione, della giurisdizione del giudice amministrativo, con poteri di sindacato e di controllo diretti sull'atto, che pervengono fino alla previsione di un potere quantitativamente più incisivo e qualitativamente più qualificato del potere di disapplicazione del giudice ordinario ex art. 5 l. cont. amm, cioè del potere di annullamento da parte del giudice amministrativo dell'atto amministrativo illegittimo per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge.

La norma dell'art. 5 l. cont. amm., come l'art. 4 l. cont. amm., è norma di disciplina dei poteri del giudice ordinario, al quale l'art. 2 l. cont. amm., attribuisce la giurisdizione per la tutela dei diritti soggettivi: il collegamento tra art. 5 e art. 2 dimostra il metodo sistematico adoperato dal legislatore del 1865, il quale, abolendo i tribunali del contenzioso amministrativo, attribuiva la giurisdizione sui diritti soggettivi al giudice ordinario, non tanto per una scelta ideologica di



favore verso quel giudice, quanto perché dinanzi all'azione dell'amministrazione le uniche posizioni giuridiche soggettive conosciute come meritevoli di tutela giurisdizionale erano i cosiddetti diritti civili e politici, e, dopo l'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo, il giudice dei diritti civili e politici, concettualmente riconducibili ai diritti soggettivi, era il giudice ordinario, anzi non poteva che essere il giudice ordinario, dato il principio di giurisdizione unica allora vigente. Nel sistema della l. cont. amm. del 1865 la giurisdizione sui diritti soggettivi, così come attribuita dall'art. 2 l. cont. amm., è generale, generalmente completa, e completamente affidata al giudice ordinario: così si comprende il valore sistematico della attribuzione di giurisdizione al giudice ordinario, «comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa»: il sistema della l. cont. amm. delineava la giurisdizione a tutela dei diritti soggettivi come generale, generalmente completa e completamente affidata al giudice ordinario: nello stesso sistema l'unica possibilità di sindacato sull'atto era rappresentata dal potere del giudice di non applicare i provvedimenti amministrativi in quanto non riscontrati conformi alle leggi, possibilità prevista dall'art. 5 l. cont. amm., sia in collegamento con l'art. 4 («in questo caso»), sia in «ogni altro caso»; l'art. 5 l. cont. amm., pur essendo come l'art. 4 l. cont. amm., norma di disciplina dei poteri del giudice ordinario, definiva il contenuto e i limiti del potere del giudice ordinario sull'atto dell'amministrazione, indipendentemente dal ruolo di parte acquisito dalla stessa amministrazione nel processo; mentre l'art. 4 l. cont. amm., sul piano sistematico e funzionale pone limiti al potere cognitivo e decisorio al giudice, vietando l'annullamento, la revoca, la modifica o la sostituzione degli atti amministrativi, pur presupponendo sempre la possibilità di un sindacato sull'atto, almeno per valutarne il rispetto del diritto soggettivo, l'art. 5 l. cont. amm., definiva i poteri del giudice ordinario nei confronti dell'atto amministrativo, delineando attraverso la cosiddetta non applicazione dell'atto in quanto non conforme alle leggi il potere sindacatorio sulla corrispondenza dell'atto emanato dalla pubblica amministrazione al criterio di legalità; tale possibilità di sindacato sull'atto, stante i divieti posti dall'art. 4, comma 2, era affidata all'unico giudice dotato di tutela sulle posizioni giuridiche soggettive riconosciute rilevanti e meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Si comprende pertanto come dal punto di vista del sistema della l. cont. amm., cioè dell'unico sistema di giurisdizione allora possibile, la tutela giurisdizionale sui diritti soggettivi fosse devoluta al giudice ordinario, il quale provvedeva non solo alla tutela della lesione, nell'ambito della quale l'atto veniva in considerazione come evento-danno⁽⁵⁵⁾, ma anche alla gestione del controllo della causa della lesione, cioè della rilevanza della non conformità del provvedimento amministrativo alle leggi ai sensi dell'art. 5 l. cont. amm.: dal lato sistematico l'art. 5 l. cont. amm., completa e, per così dire, chiude il sistema della giurisdizione attribuita al giudice dall'art. 2, fissando nella non applicazione il limite del sindacato del giudice ordinario sull'atto; dal lato funzionale l'art. 5 l. cont. amm., pur essendo come l'art. 4 norma di disciplina del potere del giudice ordinario, si trova con esso in rapporto di dissociazione, in quanto pone la questione della rilevanza dell'atto in rapporto di conformità-non conformità alla legge, definendo un potere sindacatorio senza i limiti costitutivi del divieto di annullamento e di revoca degli atti amministrativi di cui all'art. 4, comma 2. Si può pertanto tentare di trarre le prime conclusioni:

a) nel sistema della l. cont. amm. del 1865 la possibilità più importante di sindacato giurisdizionale sull'atto amministrativo, intesa come potere dotato di maggiore incisività, era rappresentata dalla norma dell'art. 5;

b) tale possibilità consisteva nel potere del giudice di non applicare i provvedimenti amministrativi in quanto non conformi alle leggi, ovvero nell'obbligo delle «autorità giudiziarie di applicare gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi»;

c) dal punto di vista funzionale la norma dell'art. 5 è in rapporto di dissociazione con l'art. 4 l. cont. amm., che configura i poteri di cognizione e di decisione del giudice nei confronti della pubblica amministrazione sul presupposto dell'affermazione della lesione del diritto da parte del soggetto che chiede tutela giurisdizionale, mentre l'art. 5 definisce i poteri del giudice sull'atto nei termini di radicale alternativa: applicazione/non applicazione o disapplicazione dell'atto, a seconda della conformità o meno dell'atto alle leggi;

d) dal punto di vista sistematico la norma dell'art. 5 è in rapporto di continuità con l'art. 2 che attribuisce la giurisdizione sui diritti soggettivi al giudice ordinario con carattere di generalità e di completezza: tale generalità e completezza acquistano una concreta dimensione nel sistema della l. cont. amm., attraverso la definizione del potere di sindacato giurisdizionale sull'atto nel senso di controllo di conformità dell'atto alla legge.

21. La norma dell'art. 5 l. cont. amm.: critica filologica.

Le conclusioni esposte rappresentano il risultato di una lettura storico-sistematica della norma dell'art. 5 l. cont. amm.: la rilettura in chiave filologico-testuale parte da queste conclusioni, esaminando l'orientamento giurisprudenziale, per giungere alla concreta definizione del potere del giudice ordinario stabilito dall'art. 5.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'art. 5 non sarebbe applicabile nell'ambito considerato dall'art. 4: questa norma prevede l'ipotesi nella quale un provvedimento amministrativo leda un diritto soggettivo individuale e la regola che preclude al giudice ordinario di annullare quel provvedimento: in tal caso il giudice ordinario non potrebbe disapplicare tale provvedimento: anzi dal divieto di annullamento si deduce una conseguenza ulteriore rappresentata dal divieto di disapplicazione nell'atto, proprio di quell'atto che non si può annullare. Secondo tale linea giurisprudenziale, il potere di disapplicazione sarebbe ridotto in limiti assai ristretti, quasi come una appendice del sistema dei poteri del giudice ordinario configurato dall'art. 4: ma, l'art. 5, e non l'art. 4, è effettivamente norma sui poteri del giudice nei confronti dell'atto, inquadrando differenti e assai più vaste fattispecie rispetto a quelli di cui all'art. 4 («Quando la contestazione cade sopra un diritto...»). O il giudice ordinario disapplica l'atto lesivo di un diritto soggettivo di cui il titolare chieda tutela, ma, secondo il richiamato consolidato orientamento giurisprudenziale, non potendo annullare quell'atto, non potrà nemmeno disapplicarlo, ovvero potrà disapplicare un atto diverso: oppure il giudice ordinario disapplica l'atto in ipotesi diverse da quella nella quale il titolare di un diritto soggettivo chiede tutela nei confronti di un provvedimento preteso lesivo proprio da quel diritto: e allora la disapplicazione interverrà nei casi tradizionalmente esemplificati delle controversie tra privati nelle quali rilevi la legalità o la legittimità di quel provvedimento, al fine della decisione sulla controversia: sarebbe infatti necessario accertare la legittimità dell'atto amministrativo su cui si fonda il diritto di una delle parti contestato o non soddisfatto dall'altra: e nei casi di disapplicazione da parte del giudice penale (v., [art. 650 c.p.c.](#)). In un caso e nell'altro la cognizione del giudice sull'atto sarà incidentale, senza possibilità di addivenire ad un accertamento avente forza di giudicato, e spesso sfuggirebbe alla giurisdizione del giudice ordinario, ove quella questione fosse profilata, viceversa, in via principale: tale cognizione di natura incidentale sarebbe in disarmonia, se non in contrasto, con il dato sistematico e con quello filologico-testuale della norma dell'art. 5 l. cont. amm., che definisce il potere del giudice sull'atto, non solo nell'ambito delle questioni di violazione di diritti soggettivi (cfr., art. 4, comma 1, prima parte), ma anche in tutte le altre questioni concernenti il rapporto tra diritti soggettivo e atto amministrativo, tra interesse giuridico protetto e potere giuridico dell'amministrazione: dimostrazione della sistematicità della l. cont. amm., che attribuisce portata generale alla giurisdizione del giudice ordinario, che acquista concreta dimensione operativa proprio nel potere definito dall'art. 5.

Certamente il legislatore del 1865 ha posto grande rilievo alla questione della violazione del diritto soggettivo, ponendola come presupposto della problematica dell'art. 4, al punto che l'analisi dei contenuti del potere del giudice ordinario è essenzialmente incentrata sull'individuazione degli strumenti di tutela previsti in favore del soggetto leso dall'atto amministrativo emanato o più in generale dall'attività giuridica posta in essere dalla pubblica amministrazione: tuttavia la questione della violazione del diritto soggettivo è solamente una delle possibili questioni in materia di diritti soggettivi attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario, certamente tra le più importanti tra quelle introdotte dalla legislazione del 1865: l'importanza pratica e ideologica rappresentata dalla centralità della questione della violazione di diritti soggettivi non può essere confusa con la prospettiva dogmatica e sistematica in cui si muove la l. cont. amm., che attribuisce la giurisdizione al giudice ordinario in tutte le cause per contravvenzioni e in tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati



provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa: il dato testuale nell'art. 2 l. cont. amm., sottolinea con precisione la portata generale della giurisdizione così attribuita, volendo significare che tutte le questioni inerenti a tutti i diritti soggettivi sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario: il medesimo criterio di interpretazione filologica conduce coerentemente nell'ambito dell'art. 5 ad enucleare il campo di applicazione del potere di disapplicazione, senza alcun interesse, almeno in questo stato dell'analisi, per la definizione del potere. L'art. 5 inizia con le seguenti espressioni: «in questo, come in ogni altro caso...», con netto ed evidente riferimento al precedente art. 4: dalla formulazione normativa filologicamente intesa nel suo rigore logico, deriva una prima importante conseguenza: il giudice ordinario può esercitare il suo potere di disapplicazione in primo luogo nell'ipotesi nella quale il titolare di un diritto soggettivo leso da un provvedimento amministrativo chieda tutela giurisdizionale nei confronti di tale atto: il giudice può cioè disapplicare proprio quel provvedimento lesivo. Tuttavia il campo di applicazione del potere di disapplicazione non è limitato all'ipotesi prevista dall'art. 4, cioè dalla questione di violazione di diritti soggettivi, ma è esteso ad ogni altro caso: più precisamente ad ogni questione di diritti soggettivi, in quanto rientrante nella giurisdizione attribuita dall'art. 2 al giudice ordinario: si rafforza il collegamento sistematico tra norma attributiva della giurisdizione e norma di definizione dei poteri del giudice ordinario nei confronti dell'atto, tra ricostruzione della giurisdizione del giudice ordinario nelle questioni involgenti diritti soggettivi e ricostruzione della definizione dei poteri del giudice ordinario nei confronti dell'atto. Da ciò deriva la seconda importante conseguenza: il giudice ordinario può esercitare il suo potere di disapplicazione in ogni questione di diritti soggettivi attribuita alla sua giurisdizione ex art. 2: il giudice può cioè disapplicare non solo il provvedimento lesivo, ma anche atti diversi da quel provvedimento.

Il collegamento sistematico tra art. 5 e art. 2, o meglio la ricostruzione dei poteri del giudice ordinario di disapplicazione in relazione all'ambito della sua giurisdizione consente di poter affermare che il campo di applicazione del potere di disapplicazione coincide con l'area della giurisdizione del giudice ordinario («In questo, come in ogni altro caso...»).

22. La definizione del potere di disapplicazione secondo il metodo critico dell'interpretazione filologica.

Dalla problematica relativa all'individuazione nel campo di applicazione alla problematica relativa alla definizione del potere di disapplicazione il passo è breve: la prima questione riguardante la definizione del potere di disapplicazione è di stabilire come vada inteso il termine «leggi», la conformità alle quali costituisce il criterio dell'applicazione dell'atto. Il metodo di interpretazione filologica, attento alla logica della l. cont. amm., induce a ritenere che il termine «leggi» vada inteso nel senso rigoroso di norme di fonte legislativa primaria: ciò per due ragioni; l'una di origine sistematica, attinente al fatto che la giurisdizione sui diritti soggettivi, costituente l'area di applicazione del potere di disapplicazione, è delimitata da norme di relazione, cioè da norme di esistenza sui poteri dell'amministrazione, cui corrispondono per contrappunto posizioni giuridiche soggettive, qualificabili come diritti soggettivi: anzi la definizione di diritto soggettivo è possibile solo in contrappunto alla definizione del potere giuridico dell'amministrazione: norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, possono essere solamente, nel quadro dell'ordinamento costituzionale delle fonti del diritto, norme di fonte legislativa primaria. La giurisdizione del giudice ordinario è generalmente giurisdizione inerente a questioni involgenti diritti soggettivi, cioè a posizioni giuridiche soggettive garantite nella loro esistenza da norme di relazione: ora, se, come prima si è tentato di stabilire, la ricostruzione della giurisdizione del giudice ordinario va di pari passo con la ricostruzione della definizione dei poteri di applicazione del giudice ordinario, lo stesso giudice verificherà la conformità dell'atto di cui si fa questione alle «leggi», cioè alle norme di fonte legislativa primaria, che delimitano, come di relazione e di esistenza dei poteri dell'amministrazione, gli stessi confini della giurisdizione.

La seconda ragione, oltre quella di ordine sistematico, che induce a ritenere che il termine «leggi» vada inteso in senso rigoroso di norme di fonte legislativa primaria, è di ordine filologico-testuale: l'art. 5 l. cont. amm., dispone espressamente che «le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi»: è sintomatico che il legislatore abbia richiamato dalla parte degli atti oggetto di disapplicazione accanto agli atti o ai provvedimenti amministrativi i regolamenti, che sono atti di normazione

secondaria prodotti dalla amministrazione, contrapponendo una categoria di atti tutti formalmente amministrativi, in quanto promananti dalla amministrazione, alla categoria delle «leggi», cioè degli atti emanati al di fuori dell'esercizio del potere amministrativo: da un lato gli atti dell'amministrazione, dall'altro gli atti che non sono espressione del potere giuridico dell'amministrazione: le profonde differenze tra l'attuale ordinamento costituzionale e l'ordinamento costituzionale allora vigente non consentono di approfondire il punto in senso dogmatico: dal lato concettuale viceversa si coglie l'intimo significato della distinzione tra atti soggetti alla disapplicazione, sempre formalmente amministrativi in quanto promananti dall'amministrazione, e atti costituenti il punto di raffronto della conformità degli atti e dei provvedimenti amministrativi, cioè le leggi ossia le norme legislative primarie. È inoltre sintomatico che il legislatore del 1865 abbia previsto in modo specifico i regolamenti accanto agli atti amministrativi, per di più distinguendoli puntigliosamente in generali e locali, con rigore logico e finezza formale, quando nella stessa norma utilizza in modo secco e lapidario il termine «leggi», senza alcun aggancio con la terminologia propria della normazione secondaria. La ragione di ordine filologico-testuale, unitamente alle ragioni valutative di ordine sistematico, fanno propendere per l'interpretazione del termine «leggi» nel senso rigorosamente etimologico di fonti normative primarie⁽⁵⁶⁾.

Sono tuttavia necessarie in proposito due precisazioni:

a) il termine «leggi» come punto di raffronto della disapplicazione degli atti amministrativi va delimitato come norme di relazione, intese come norme poste a tutela dei diritti soggettivi. In tale modo non solo si rafforza il collegamento con la norma dell'art. 2 l. cont. amm., che attribuisce al giudice ordinario la giurisdizione sui diritti soggettivi, costruendo il diritto soggettivo come misura della giurisdizione, ma si pone in evidenza la sintonia dell'art. 5 con l'impianto sistematico della l. cont. amm., fondato sulla contestuale tutela dei diritti soggettivi e degli interessi o ragioni dell'amministrazione;

b) l'identificazione del termine «leggi» nel senso di norme di fonte legislativa primaria poste a protezione di diritti soggettivi pone tuttavia la questione della disapplicazione di un atto rispetto ad un regolamento; vi è infatti un nesso tra questa ipotesi e quella secondo cui sono disapplicabili solamente gli atti lesivi di diritti: l'espressione «in ogni altro caso» potrebbe voler significare non solo provvedimenti in violazione di norme in relazione non lesive di diritti soggettivi, ma anche atti amministrativi in violazione di norme di azione, lesivi tutt'al più di interessi legittimi; posto che, per ragioni simmetriche a quelle per le quali un diritto soggettivo può essere protetto sostanzialmente solo da norme primarie, norme secondarie possono tutelare solamente interessi legittimi: la tutela degli interessi legittimi resterebbe pertanto affidata o a norme primarie non di relazione o a norme secondarie necessariamente di sola azione. Solo in quanto sia disapplicabile un provvedimento in violazione di sole norme di azione, potrà essere disapplicato un provvedimento in quanto in violazione di un regolamento, e di norme secondarie in genere: primarietà e secondarietà sono infatti funzioni della fonte di produzione normativa intesa in senso formale, mentre il carattere di norme di relazione o di azione distingue il profilo della esistenza o dell'esercizio dei poteri dell'amministrazione rispetto alla titolarità dell'interesse giuridico del soggetto.

23. La definizione del potere di disapplicazione nel senso dell'inapplicabilità dell'atto.

La seconda questione riguardante la definizione del potere di disapplicazione del giudice ordinario inerisce alla concreta individuazione del rapporto tra atto o provvedimento amministrativo disapplicato e «leggi», cioè del contenuto della disapplicazione.

Dal momento che il termine «leggi» dovrebbe essere inteso nel senso di norme legislative primarie, di esistenza dei poteri giuridici dell'amministrazione e di esistenza o di relazione dei rapporti giuridici intersoggettivi, dato il contrappunto tra diritto soggettivo e potere giuridico dell'amministrazione, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale il sindacato del giudice ordinario si tradurrebbe in una valutazione della rilevanza della non conformità dell'atto amministrativo alla norma primaria, come vizio di illegittimità dell'atto per incompetenza o violazione di legge: successivamente è stato ritenuto che il giudice ordinario, non solo civile, ma anche penale, potesse esercitare in sede di disapplicazione anche il sindacato per eccesso di potere⁽⁵⁷⁾.



Se infatti il giudice ordinario può sindacare il provvedimento per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, come vizi di legittimità, allora può sindacare tale provvedimento in quanto posto in violazione di norme di azione e regolamentari; ma, come si è tentato di dimostrare, il sindacato per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, come vizi di legittimità dell'atto «disapplicabile», non ha nulla a che vedere con la disapplicazione in senso sistematico prevista in aggancio all'art. 4 («in questo caso...») e in proiezione dell'art. 2 («...in ogni altro caso...»).

L'orientamento giurisprudenziale traduce il rilievo di non conformità dell'atto alla legge in vizio di illegittimità dell'atto, secondo un metodo interpretativo estraneo alla logica del sistema della l. cont. amm., incentrata da un lato sul principio di tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi, dall'altro sul principio della tutela dell'autonomia dell'amministrazione e, in particolare, delle sue manifestazioni giuridiche: se l'art. 4, comma 2, l. cont. amm., va letto nella logica della difesa dell'autonomia dell'atto rispetto al sindacato cognitivo e decisorio del giudice, l'art. 5, l. cont. amm., va interpretato come punto di equilibrio tra le due opposte esigenze: garantire la tutela giurisdizionale in ordine alle questioni inerenti a diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione, anzi, per l'epoca in cui la l. con. amm., fu emanata, l'unica tutela giurisdizionale, possibile su tutte le questioni in materia di diritti soggettivi, senza incidere costitutivamente sull'atto, su qualunque atto o provvedimento amministrativo o regolamento generale o locale, anche sull'atto lesivo di diritti soggettivi, violatore di norme di relazione, che costituisce l'ipotesi principale di disapplicazione ai sensi dell'art. 5 per effetto dell'esplicito richiamo all'art. 4 in esso contenuto, ma non la sola ipotesi di disapplicazione. Non solo argomentazioni di natura sistematica, ma anche filologico-testuale dimostrano la funzione equilibratrice della disapplicazione nell'ambito del sistema della l. cont. amm.: il puntiglioso controllo formale della norma tende ad escludere l'idea che il giudice ordinario potesse disapplicare, oltre ai provvedimenti amministrativi illeciti, cioè emessi in violazione di norme di relazione, anche i provvedimenti amministrativi illegittimi, cioè emessi in violazione di norme di azione o di esercizio dei poteri organizzativi e operativi dell'amministrazione; ma se il giudice ordinario, in sede di esercizio del potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo, ha iniziato a cogliere la rilevanza della violazione di norme di azione, di esercizio di poteri dell'amministrazione, in corrispondenza dello sviluppo di un differente sindacato istituzionale, poi divenuto giurisdizionale, per quel giudice la violazione delle norme di azione era assolutamente indifferente, sicché non apparirebbe corretta la tesi di origine giurisprudenziale di costruire il potere di disapplicazione nei termini della rilevanza di un riscontro di illegittimità dell'atto.

Si tratta quindi, riprendendo il significato etimologico della norma, di definire il contenuto concreto della disapplicazione. Le consolidate linee giurisprudenziali forniscono una prima chiave interpretativa: il giudice ordinario che non applica l'atto in quanto non conforme alle leggi finisce per non applicare soprattutto l'atto lesivo del diritto soggettivo, cioè l'atto posto in violazione delle norme di relazione. Tale atto lesivo di diritti soggettivi, concettualmente definibile come illecito, non sarà valido: problematica risulta a questo punto la definizione del modo di essere della invalidità del provvedimento amministrativo illecito: l'invalidità non si manifesterà come nullità, in quanto nullo non sarà il provvedimento amministrativo in violazione di norme che tutelano diritti soggettivi, pertanto lesivo di questi diritti soggettivi; infatti non avrebbe senso precludere la modifica, la revoca, rectius l'annullamento di un atto che già di per sé dovrebbe essere considerato nullo; l'invalidità non si manifesterà come annullabilità:

a) in quanto la norma dell'art. 4, comma 2 pone espressamente il divieto di annullare il provvedimento amministrativo lesivo del diritto soggettivo: tale divieto vale per il giudice ordinario sia nell'ipotesi considerata dall'art. 4, sia nell'ipotesi considerata dall'art. 5, ove sarebbe in contrasto con la logica del sistema della l. cont. amm., risolvere la definizione della disapplicazione nella invalidità-annullabilità del provvedimento amministrativo illecito;

b) in quanto l'annullabilità del provvedimento amministrativo da parte dell'amministrazione e dei suoi organi decisorii dei ricorsi amministrativi nel 1865, e, successivamente, da parte del giudice amministrativo, è la tipica conseguenza della violazione da parte

dello stesso provvedimento di norme di azione, di esercizio dei poteri dell'amministrazione: di norme cioè che non si identificano con le norme di relazione, di esistenza dei medesimi poteri,

delle norme poste a tutela dei diritti soggettivi, che invece rappresentano la misura essenziale della giurisdizione attribuita al giudice ordinario.

La disapplicazione del provvedimento amministrativo illecito non si concreta nelle forme dell'invalidità riconducibili alla nullità e alla annullabilità: non resta che riproporre la tesi della inapplicabilità del provvedimento amministrativo⁽⁵⁸⁾: inapplicare un provvedimento amministrativo significa disapplicare gli effetti dello stesso provvedimento.

24. Gli effetti della disapplicazione dell'atto.

Al fine di definire gli effetti della disapplicazione dell'atto, intesa come inapplicabilità dell'atto, occorre riprendere uno spunto critico posto all'inizio del commento: occorre cioè stabilire se l'applicazione dell'atto in quanto conforme alla legge è esattamente l'opposto della non applicazione dell'atto in quanto non conforme alla legge e stabilire il valore della disapplicazione dell'atto, allorché non sia lesivo del diritto soggettivo. Stabilire la conformità o la non conformità alla legge equivale ad accertare la fondatezza o l'infondatezza nel merito della domanda dell'attore, cioè del soggetto che chiede tutela giurisdizionale: il giudice ordinario, per poter compiere tali operazioni, dovrà accertare se l'atto, del quale si chiede la disapplicazione, è lecito o illecito; l'accertamento avverrà nei limiti cognitivi fissati dall'art. 4, comma 1, limitato agli effetti dell'atto in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. Il giudice ricostruirà l'assetto del rapporto dedotto in giudizio, valutando l'incidenza che su di esso ha provocato il provvedimento amministrativo; provvedimento che, conformemente alla disposizione dell'art. 4, comma 2, non potrà essere né annullato, né revocato nella sua esistenza formale: il giudice si limiterà a conoscere degli effetti lesivi o non lesivi dell'atto, riscontrando la sua liceità-illiceità: nel primo caso la domanda sarà infondata; nel secondo caso la domanda sarà fondata e sarà accordata la richiesta tutela giurisdizionale: il giudice non terrà conto dell'effetto dell'atto, cioè non applicherà l'atto all'oggetto dedotto in giudizio: il diritto soggettivo, rispetto al quale era stata richiesta tutela giurisdizionale, risulterà integro e sussistente.

La ricostruzione degli effetti della disapplicazione dell'atto lesivo del diritto soggettivo suggerisce due osservazioni: la prima riguarda l'estremo rigore formale della l. cont. amm., che permette attraverso il collegamento filologico tra le varie parti delle norme in essa contenute di ricostruire quasi ogni nodo problematico della disapplicazione prevista dall'art. 5: la seconda concerne la dimostrazione che la chiave risolutiva di lettura dell'art. 5 è la strettissima connessione con l'art. 4: connessione individuabile in due sensi: a) con l'affermazione che il giudice ordinario può disapplicare il provvedimento amministrativo lesivo; b) con l'affermazione che in tale ipotesi il giudice ordinario deve disapplicare proprio quel provvedimento amministrativo lesivo del diritto soggettivo del quale il titolare gli chiede tutela, e proprio perché lesivo di esso.

Per quanto concerne gli effetti della disapplicazione dell'atto nell'ipotesi in cui tale atto non sia lesivo del diritto soggettivo, cioè nell'ipotesi esterna all'art. 4 richiamate con l'inciso «in ogni altro caso», il giudice dovrà compiere una cooperazione analoga a quella prima esaminata nell'ipotesi di atto lesivo di diritto soggettivo: il giudice accerterà se l'atto, del quale si chiede la disapplicazione, è conforme o non è conforme a legge; nel primo caso la domanda sarà infondata; nel secondo caso la domanda sarà fondata nel merito e sarà accordata la richiesta tutela giurisdizionale: il giudice non terrà conto degli effetti dell'atto, cioè non applicherà l'atto all'oggetto dedotto in giudizio, considerando tamquam non essent gli effetti illeciti, in quanto violatori di norme di relazione poste a tutela dei diritti soggettivi, derivanti dal provvedimento appunto disapplicato o inapplicato, non necessariamente lesivi: il proprietario di un immobile espropriato oltre il termine indicato nella dichiarazione di pubblica utilità potrà chiedere la disapplicazione del provvedimento espropriativo in quanto non conforme a legge: se il giudice accerterà che il provvedimento è lecito non potrà, mediante l'esercizio del potere di disapplicazione, negare l'effetto traslativo della proprietà sul bene: se invece il giudice accerterà che il provvedimento è illecito, dovrà, mediante l'esercizio del potere di disapplicazione, negare l'effetto traslativo della proprietà sul bene: tale effetto si rivelerà essere stato invalidamente prodotto: l'atto sarà disapplicato ovvero risulterà inapplicabile in quanto non conforme a legge.

La ricostruzione degli effetti della disapplicazione dell'atto nei termini della inapplicabilità dell'atto in quanto non conforme alla legge ovvero alle prescrizioni derivanti dalle norme di relazione poste a tutela dei diritti soggettivi dimostra come la definizione del potere di disapplicazione degli atti amministrativi possa rappresentare il presupposto logico dei poteri di cognizione e di

decisione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, come, almeno sul piano logico-concettuale, e nei termini dell'interpretazione proposta, la norma dell'art. 5 l. cont. amm. anteceda la norma dell'art. 4 l. cont. amm.; sia perché l'ipotesi della disapplicazione costituisce la proiezione nei termini di potere del giudice e di sindacato giurisdizionale sull'atto della attribuzione al giudice ordinario della giurisdizione sui diritti soggettivi; sia perché, in relazione con il dato filologico-testuale, l'ipotesi della disapplicazione disciplinata dall'art. 5, comprende, secondo un rapporto di continenza, l'ipotesi disciplinata dall'art. 4 avente ad oggetto solo una, anche se la più importante, delle possibili questioni in materia di diritti soggettivi, «comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione», quella della lesione di diritti soggettivi e della conseguente reintegrazione dell'interesse giuridico protetto. Attraverso l'esercizio del potere di disapplicazione, il giudice potrà ricostruire gli effetti dell'atto in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, esercitando i poteri di cognizione e decidere sulla controversia, esercitando i poteri di decisione: la definizione del potere di disapplicazione sull'atto, secondo la chiave metodologica basata sulla rilettura filologico-testuale della norma, formalmente rifinita e fortemente meditata, e sul raccordo sistematico con la norma dell'art. 2 attributiva della giurisdizione, parrebbe confermare il rapporto di dissociazione, tra la norma dell'art. 5 l. cont. amm. e la norma dell'art. 4 l. cont. amm., e, contestualmente, correggere in senso estensivo il carattere limitato e ristretto dei poteri di cognizione e di decisione spettanti al giudice ordinario previsti dall'art. 4, in quanto al giudice ordinario spetterà sempre, non solo nelle ipotesi disciplinate dal predetto art. 4, il potere di disapplicare gli atti amministrativi non conformi alle leggi, cioè alle norme legislative primarie, invalidando l'atto nel senso di ritenere inapplicabili gli effetti dello stesso atto: la ricostruzione della norma dell'art. 5 aggiunge anzi un contributo all'interpretazione dell'art. 4, dimostrando nella strettissima connessione logica riscontrabile tra le varie parti della l. cont. amm., in particolare tra gli artt. 4 e 5, la profonda razionalità del sistema dei poteri del giudice ordinario nell'ambito della giurisdizione attribuita alla norma dell'art. 2 l. cont. amm.

25. Breve analisi giurisprudenziale.

Non sempre nella pratica a causa della complessità e della varietà dei casi, nei quali particolarmente fitto si presenta l'intreccio tra atti amministrativi e diritti soggettivi, è agevole distinguere il concreto esercizio del potere di disapplicazione. Il prevalente orientamento giurisprudenziale ritiene che la regola posta dalla norma dell'art. 5 l. cont. amm. trovi applicazione tanto in riferimento agli atti dei quali il giudice conosca ai sensi dell'art. 4 (principaliter), quanto in riferimento a quelli dei quali il giudice si trovi a conoscere incidenter ai fini della pronuncia su un oggetto diverso: essa presupporrebbe che il giudice ordinario possa applicare, in materia di diritti soggettivi, un'atto amministrativo, solo in quanto ne abbia verificato la legittimità. Ove non lo riscontri illegittimo, il giudice giudicherà della fattispecie dedotta in giudizio, prescindendo assolutamente dall'atto (tamquam non esset). La regola vale sia in sede di giurisdizione civile, sia in sede di giurisdizione penale⁽⁵⁹⁾.

Le affermazioni di carattere generale sono scarse, mentre ricca è la casistica giurisprudenziale: il controllo del giudice ordinario ai fini dell'esercizio del potere di disapplicazione si estende a qualsiasi vizio dell'atto attinente alla sua legittimità, restando escluse solamente le scelte operate discrezionalmente dalla pubblica amministrazione e gli strumenti posti in essere per la loro attuazione (v., Cass. pen. 4-7-1985)⁽⁶⁰⁾: è una linea sufficientemente consolidata incentrata sul controllo di legittimità dell'atto ai fini della sola disapplicazione per la tutela del diritto soggettivo, tale da escludere ogni valutazione nel merito delle scelte discrezionali spettanti istituzionalmente alla pubblica amministrazione; la tutela del diritto soggettivo è il presupposto del potere di disapplicazione: eventuali fenomeni di affievolimento del diritto in interesse determinano la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, sicché la posizione giuridica soggettiva così degradata non è più tutelabile dinanzi al giudice ordinario. Costante invero l'affermazione secondo cui il giudice ordinario non può disapplicare un atto amministrativo a seguito del quale si sia modificata una determinata situazione giuridica soggettiva, se tale modifica di situazione soggettiva derivi non direttamente dall'ordinamento, ma da un atto amministrativo della pubblica amministrazione: v., Cass. pen., 5-4-1985⁽⁶¹⁾, con riferimento alla non applicabilità di un provvedimento di sospensione della patente di guida, in quanto l'abilitazione alla guida deriva per l'interessato non direttamente dall'ordinamento, quale diritto

soggettivo configurato e garantito, ma da un atto della pubblica amministrazione; v., [Cass. n. 4826/1988](#) con riferimento ad un decreto di espropriazione per pubblico interesse.

Circa la disapplicazione di norme regolamentari, v., [Cass. n. 5713/1988](#): precluso al giudice ordinario è il potere di disapplicazione dei regolamenti delle camere parlamentari, in quanto essi costituiscono atti normativi primari nell'ambito della riserva costituzionalmente stabilita⁽⁶²⁾; è invece consentito al giudice ordinario secondo alla regola generale la disapplicazione di un regolamento in materia di esercizio delle professioni sanitarie ⁽⁶³⁾; delle norme di attuazione di piano regolatore generale⁽⁶⁴⁾; di regolamento di organizzazione adottato da impresa costituita dalla pubblica amministrazione per l'esercizio di un pubblico servizio⁽⁶⁵⁾.

Circa i provvedimenti di iscrizione ad albi, la giurisprudenza ha affermato la disapplicabilità del provvedimento di iscrizione all'albo delle imprese artigiane⁽⁶⁶⁾. È inoltre disapplicabile il provvedimento di iscrizione all'albo dei dottori commercialisti⁽⁶⁷⁾; non disapplicabile invece il provvedimento di iscrizione all'albo dei giornalisti⁽⁶⁸⁾; è disapplicabile, in quanto riscontrato illegittimo, l'atto di iscrizione di cooperativa nello schedario generale della cooperazione⁽⁶⁹⁾.

Circa i provvedimenti riguardanti la libertà personale, si sono ritenuti disapplicabili i provvedimenti di rimpatrio con foglio di via obbligatorio⁽⁷⁰⁾; il regolamento comunale di polizia urbana che prescrive limiti e divieti all'esercizio di mestieri o professioni rumorose⁽⁷¹⁾; il provvedimento di diffida emesso dal questore⁽⁷²⁾; come pure l'ordinanza prefettizia che pone il divieto di raccolta di ricci di mare, per essere venuto meno il presupposto rappresentato da infezione colerica in parte del territorio nazionale non interessate dalla situazione di contingibilità⁽⁷³⁾.

Circa i provvedimenti amministrativi di avviamento al lavoro di soggetto invalido ai sensi della [legge 2 aprile 1968, n. 482](#), si è ritenuta la disapplicabilità allorché tale atto risulti illegittimo⁽⁷⁴⁾. Circa i provvedimenti amministrativi riguardanti il rapporto di lavoro autonomo di sanitari convenzionati con le strutture del servizio sanitario nazionale, spetta al giudice ordinario disapplicare gli atti amministrativi non conformi alle leggi⁽⁷⁵⁾.

In materia di edilizia e di urbanistica, è stato affermato che il giudice ordinario può disapplicare la concessione edilizia illegittima ai fini della configurazione del reato di costruzione in assenza di concessione ai sensi dell'art. 17, [legge 28 gennaio 1977, n. 10](#)⁽⁷⁶⁾; ovvero che l'illegittimità della concessione edilizia comporta la giuridica inesistenza dell'atto amministrativo e conseguentemente la sussistenza del reato.

Altre interessanti decisioni hanno stabilito che spetta al commissario liquidatore degli usi civici il potere di disapplicare gli atti amministrativi impugnati dinanzi al giudice amministrativo, data la consistenza e la qualificazione di diritto soggettivo dell'interesse giuridico protetto⁽⁷⁷⁾; ovvero spetta al giudice ordinario sindacare ai fini della disapplicazione l'atto di accertamento della qualità di unità produttiva idonea del fondo per la conversione della mezzadria in affitto; l'atto di autorizzazione ministeriale per la concessione in enfiteusi di beni patrimoniali indisponibili; le norme dei regolamenti edilizi integrative delle disposizioni del c.c. in tema di distanze legali; la revoca delle anticipazioni concesse all'appaltatore prima dell'inizio della esecuzione delle opere, a causa di inadempimento dell'appaltatore; la revoca dell'ammissione al beneficio dell'integrazione salariale; l'ingiunzione fiscale; l'atto di classamento catastale dell'unità immobiliare locata ai fini della determinazione dell'equo canone ai sensi dell'art. 16, [legge 27 luglio 1978, n. 392](#), con esclusione di ogni sindacato nel merito discrezionale del classamento ⁽⁷⁸⁾; gli atti di determinazione dell'ubicazione degli immobili ai fini dell'applicazione del coefficiente previsto dall'art. 18, [legge n. 392 del 1978](#)⁽⁷⁹⁾ l'atto deliberativo di consiglio di istituto che stabilisce il diritto soggettivo in favore dell'alunno a frequentare lo stesso corso di lingua seguito nell'anno scolastico precedente dal fratello o dalla sorella⁽⁸⁰⁾; l'ordine di servizio interno dell'azienda di trasporto pubblico che limita l'accesso degli invalidi non deambulanti⁽⁸¹⁾.

Nel fitto e complesso panorama giurisprudenziale singolare la decisione di [P. Legnano, 4-1-1985](#)⁽⁸²⁾, secondo cui il sistema di sindacato incidentale previsto dagli artt. 4 e 5, l. cont. amm., che aveva per presupposto il sistema di giurisdizione unica, è stato tacitamente abrogato dalla legge n. 5992 del 1989 istitutiva di una giurisdizione di legittimità degli atti amministrativi attribuita alla Quarta Sezione del Consiglio di Stato: il riparto di giurisdizione è dato da ciò, che il giudice amministrativo conosce delle domande di annullamento degli atti amministrativi, mentre il giudice ordinario conosce delle domande che non siano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

26. La giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione: i procedimenti speciali. Osservazioni generali.

Determinato il contenuto della giurisdizione del giudice ordinario attribuita nelle controversie nei confronti della pubblica amministrazione in via generale dalla norma dell'art. 2 l. cont. amm., definiti i poteri di cognizione e di decisione dello stesso giudice nei confronti dell'amministrazione ai sensi degli artt. 4 e 5 l. cont. amm., delineato quindi il sistema generale dei rapporti tra giudice ordinario e pubblica amministrazione, come storicamente derivabile dalla principale fonte normativa rappresentata dalla l. cont. amm., si tratta di esaminare brevemente le appendici del sistema, costituite da un lato dai cosiddetti procedimenti speciali caratterizzati da forme e da strutture particolari, dall'altro dai procedimenti dinanzi alle sezioni specializzate istituite presso i giudici ordinari. La norma dell'art. 2 l. cont. amm., appare infatti di portata storica, non solo perché istituisce la giurisdizione del giudice ordinario su tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione, ma anche perché appare come il fondamentale punto di riferimento normativo di tutti i procedimenti dinanzi al giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione: la norma dell'art. 2 l. cont. amm., non solo istituisce la giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, ma garantisce anche tale giurisdizione, non solo come riserva di controversie inerenti a posizioni giuridiche qualificabili come diritti soggettivi, creando uno spazio di giurisdizione inteso come area di tutela di posizioni giuridiche soggettive sostanziali, ma anche come possibilità di differenti giudizi caratterizzati da forme, strutture e caratteri particolari: il significato di tale garanzia è sia sostanziale, sia formale, in quanto la tutela della posizione giuridica soggettiva è rimessa a scelte legislative di tipo formale, che riservano nella vastissima area della tutela giurisdizionale sui diritti soggettivi spazi determinati o gruppi di controversie regolati secondo precise norme di procedura.

L'ordinamento costituzionale non esclude e non vieta, nonostante il tendenziale principio di giurisdizione unica, che la tutela giurisdizionale sui diritti soggettivi sia devoluta al giudice ordinario, almeno nei limiti e nelle materie indicate dalla legge (v. [artt. 103 e 113 Cost.](#)), e, quindi, conferma il significato prospettico della norma dell'art. 2 l. cont. amm., che da un lato anticipa l'evoluzione dell'ordinamento e dall'altro riceve dalla stessa evoluzione dell'ordinamento impulso progressivo, come norma-quadro di tutela delle aree di giurisdizione devolute al giudice ordinario in materia di diritti soggettivi e, conseguentemente, di tutti i procedimenti giudiziari dinanzi al giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, come soggetto produttore di procedimenti e di atti amministrativi.

27. Giudizi in materia di contenzioso elettorale.

Per la trattazione dei procedimenti speciali nei confronti della pubblica amministrazione devoluti alla giurisdizione del giudice ordinario v. → CONTENZIOSO ELETTORALE AMMINISTRATIVO.

28. Giudizi di opposizione ad ingiunzioni amministrative.

La materia dei giudizi di opposizione ad ingiunzioni amministrative è regolata dal [r.d. 14 aprile 1910, n. 639](#), il quale originariamente riguardava solamente la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato, delle Province, dei Comuni e delle istituzioni pubbliche di beneficenza. A tale normativa, dichiarata direttamente applicabile anche alle Regioni da [C. Cost. n. 304/1986](#), facevano rinvio la generalità delle leggi sulle imposte indirette dello Stato e degli enti minori, come quelle sull'IVA, sull'imposta di registro, sull'imposta di successione e di donazione, sui tributi doganali, sull'INVIM, sull'imposta comunale sulla pubblicità, anche con riferimento ad entrate di spettanza di soggetti concessionari della riscossione. Tale disciplina trova applicazione per le generalità dei tributi non riscuotibili mediante ruoli, e per tutte le altre somme di cui gli enti pubblici risultano creditori (cfr. l'art. [15, l. 28 gennaio 1977, n. 10](#), per i contributi, le spese e le sanzioni relative alle concessioni ad aedificandum, e alle infrazioni in materia urbanistica). L'ambito di utilizzazione della procedura di cui al [r.d. n. 639 del 1910](#) è stato ridotto dal [d.p.r. 28 gennaio 1988, n. 43](#), contenente norme sull'istituzione del servizio di riscossione dei tributi e di altre entrate dello Stato e di altri enti pubblici, applicabile, oltre che per la riscossione dei tributi e delle altre entrate patrimoniali dello Stato, per la riscossione delle imposte indirette, delle imposte doganali, delle tasse automobilistiche e sulle concessioni governative, delle pene pecuniarie, soprattasse e di ogni altro accessorio e penalità relativi a tali tributi, dei tributi locali,

dell'entrate patrimoniali ed assimilate e dei contributi di spettanza degli enti locali, dei canoni, proventi ed accessori derivanti dalla utilizzazione dei beni del demanio pubblico e del patrimonio dello Stato. Quanto alle entrate di natura tributaria, a seguito dell'entrata in vigore del d.lg. 31 dicembre 1992, n. 546, s.m.i., le relative controversie sono state attribuite alla giurisdizione tributaria, ivi comprese le sanzioni amministrative, con la sola esclusione delle «controversie riguardanti gli atti della esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento e, ove previsto, dell'avviso di cui all'articolo 50 del [decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602](#), per le quali continuano ad applicarsi le disposizioni del medesimo decreto del Presidente della Repubblica» (art. 2, d.lg. n. 546 del 1992).

L'ingiunzione prevista dal [r.d. n. 639 del 1910](#) è un ordine di adempiere entro il termine fissato dalla legge, che di solito è di trenta giorni, al pagamento o all'altra prestazione dovuta: l'ingiunzione, per valere come titolo esecutivo deve essere vidimata e resa esecutiva dal pretore nella cui giurisdizione risiede l'ufficio che la emette.

La vidimazione pretoria consiste in un atto giurisdizionale, con il quale il giudice verifica la provenienza dell'ingiunzione da un soggetto qualificato, cioè da un ente pubblico o da un concessionario, e la sussistenza in essa dei requisiti formali, come l'indicazione della somma, della causa del debito e del termine: al pretore è pertanto preclusa qualsiasi indagine di merito. Dopo la vidimazione, l'ingiunzione è notificata nella forma delle citazioni.

Avverso l'ingiunzione, il destinatario può proporre opposizione dinanzi al giudice ordinario.

L'opposizione va proposta dinanzi al Tribunale, per le entrate di natura tributaria, dinanzi al giudice competente per valore per le altre entrate.

Si osservano le regole relative al foro erariale.

L'opposizione deve essere presentata entro trenta giorni dalla notificazione dell'ingiunzione, mediante deposito di ricorso contenente i motivi dell'opposizione e le conclusioni: la giurisprudenza esclude che si tratti di un termine di decadenza e ricollega alla mancata osservanza del termine la sola conseguenza dell'impossibilità di ottenere la sospensione dell'esecutività del provvedimento coattivo: il giudice, pretore o presidente del Tribunale, può concedere la sospensione della esecutività dell'ingiunzione, mediante decreto steso in calce al ricorso.

Circa i rimedi a disposizione del destinatario, se l'opposizione è diretta contro un'ingiunzione formata sulla base di un atto amministrativo emesso da un ente pubblico o sulla base di un equivalente atto di un concessionario, essa non potrà riguardare vizi propri dell'atto amministrativo, da far valere attraverso i rimedi dei ricorsi amministrativi (v. → RICORSI AMMINISTRATIVI) o dei ricorsi giurisdizionali (v. → RICORSO GIURISDIZIONALE AMMINISTRATIVO), ma l'ingiunzione in sé e per sé considerata, al fine di contestarne l'esistenza o di denunciarne i difetti formali o la mancanza assoluta dei presupposti: ciò non esclude tuttavia che nel giudizio di opposizione possano essere fatte valere ragioni di merito, in relazione alle quali sia pendente ricorso nella sede amministrativa o giurisdizionale, al fine di ottenere la eventuale sospensione del procedimento coattivo; se invece l'opposizione è diretta contro un'ingiunzione non formata sulla base di un atto autoritativo, essa potrà far valere, nello stesso giudizio di opposizione, le ragioni di merito contrarie alla ingiunzione.

Per l'esecuzione coattiva mobiliare e immobiliare, le norme degli artt. 5-28, [r.d. n. 639 del 1910](#) contengono alcune norme particolari, che si discostano in modo rilevante dalle corrispondenti norme del codice di procedura civile, pur nel rispetto dei principi fondamentali del processo di esecuzione relativi alle forme di esecuzione giudiziaria e al controllo del giudice dell'esecuzione, con la omissione della notificazione dell'atto di precetto (v., art. 6 r.d., cit.) e l'assenza di ordinanza giudiziale autorizzatoria della vendita nell'esecuzione mobiliare, la necessità della notificazione dell'atto di precetto di pagamento e la competenza del presidente del tribunale nel giudizio di espropriazione nell'esecuzione immobiliare (v. artt. 16 ss. r.d., cit.).

Affine al giudizio di opposizione a ingiunzioni amministrative rese esecutorie attraverso la vidimazione pretoriale è il giudizio di opposizione in materia di decadenza dall'assegnazione di alloggio di edilizia economica e popolare disciplinato dall'art. 11, d.p.r. 30 novembre 1972, n. 1035: contro il decreto di decadenza espresso dal Sindaco o, in generale, dal legale rappresentante dell'ente gestore, costituente titolo esecutivo per il rilascio dell'immobile, con

termine non superiore a sessanta giorni, l'interessato può proporre ricorso al pretore del luogo nel cui mandamento è situato l'alloggio, entro il termine perentorio di trenta giorni dalla notificazione del decreto: il pretore può sospendere l'esecuzione del decreto con provvedimento steso in calce al ricorso.

Si ritiene che il giudizio di opposizione dinanzi al pretore valga come opposizione all'esecuzione, in quanto sarebbe precluso al giudice ordinario conoscere eventuali vizi di illegittimità dell'atto o del procedimento amministrativo che hanno condotto all'emissione del decreto esecutivo di decadenza: l'opponente potrebbe pertanto far valere solamente la mancanza dei presupposti per la formazione del decreto esecutivo di decadenza o i difetti formali o contestare l'esistenza stessa dell'atto o del procedimento: in assenza di norma derogatoria, il pretore non può annullare, modificare o revocare un provvedimento autoritativo della pubblica amministrazione, limitando, nel procedimento in esame, il suo controllo alla sussistenza dei presupposti e il suo intervento all'esame della regolarità del procedimento di formazione del decreto di decadenza costituente titolo esecutivo.

29. Giudizi di opposizione in materia di sanzioni amministrative.

Tra i procedimenti speciali dinanzi al giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, vi sono i giudizi di opposizione contro le ordinanze-ingiunzione emesse dalle autorità amministrative per applicare sanzioni pecuniarie a coloro che abbiano commesso illeciti amministrativi, e contro le ordinanze che, nel corso dei medesimi procedimenti amministrativi, abbiano disposto la confisca di beni dei soggetti responsabili.

La [legge 24 novembre 1981, n. 689](#), ha concentrato nel giudice ordinario, affidando la competenza al pretore, ogni questione relativa alle controversie attinenti alle ordinanze-ingiunzione, prescindendo dalla distinzione tra diritti soggettivi ed altri interessi giuridicamente rilevanti.

Oggi, a seguito della soppressione dell'ufficio del pretore, la competenza è ripartita, a seconda della materia e del valore, tra giudice di pace e tribunale (art. [22-bis](#), [l. 689/1981](#), introdotto dall'art. 98, d.lg. 30 dicembre 1999, n. 507).

Si ritiene tuttavia che tale riserva di giurisdizione non si estenda fino all'area di giurisdizione esclusiva, comprendente la tutela contro i provvedimenti di determinazione e di liquidazione delle sanzioni amministrative in materia di infrazioni della normativa urbanistica previste dagli artt. [15](#) e [18](#), [legge 28 gennaio 1977, n. 10](#), che l'art. 16, l. cit., devolve alla competenza dei tribunali amministrativi regionali, data la natura ripristinatoria, che contrassegna le sanzioni in materia urbanistica, diversamente dalla natura prevalentemente afflittiva delle ordinanze-ingiunzioni di cui alla [legge n. 689 del 1981](#).

Contro le ordinanze-ingiunzioni di pagamento e contro le ordinanze che dispongono la confisca, la norma dell'art. [22](#), [legge n. 689 del 1981](#) dispone che «gli interessati possono proporre opposizione davanti al pretore del luogo in cui è stata commessa la violazione, entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del provvedimento, o di sessanta giorni per i residenti all'estero».

L'opposizione si propone mediante ricorso, al quale deve essere allegata l'ordinanza notificata oggetto di opposizione.

Non è necessario ministero di procuratore: quando è stato nominato un procuratore, le notificazioni e le comunicazioni nel corso del procedimento sono effettuate secondo le norme del c.p.c.; in difetto le notificazioni al ricorrente vengono fatte presso la residenza dichiarata o il domicilio eletto o, in mancanza di questi, mediante deposito in cancelleria.

L'amministrazione, che ha emesso l'atto impugnato, può farsi rappresentare nel giudizio da propri funzionari appositamente delegati (v. art. 23, comma 4). L'opposizione non sospende l'esecuzione del provvedimento; tuttavia l'esecutività del provvedimento può essere sospesa dal pretore per gravi motivi con ordinanza non impugnabile.

In caso di opposizione proposta oltre il termine di trenta giorni dalla notificazione del provvedimento contenente l'ingiunzione, o di sessanta giorni per i residenti all'estero, il pretore dichiara inammissibile il ricorso, con ordinanza ricorribile per cassazione. Nel caso di opposizione tempestiva, il pretore fissa l'udienza di comparazione delle parti con decreto steso in calce al ricorso, ordinando all'organo che ha emesso il provvedimento impugnato di depositare in



cancelleria, fino a dieci giorni prima dell'udienza, gli atti del procedimento amministrativo, compresi quelli comprovanti l'avvenuta contestazione.

Il ricorso e il decreto devono essere notificati alle parti, cioè all'opponente e all'organo che ha emesso l'atto impugnato o convenuto opposto, a cura della cancelleria: tra il giorno della notificazione del ricorso e del decreto e il giorno dell'udienza di comparizione devono intercorrere non meno di dieci giorni, onde l'amministrazione possa adempiere agli incombeni relativi al deposito degli atti del procedimento stabiliti dall'art. 23, comma 2, anche se l'art. 23, comma 3, con imperfezione tecnica, richiama espressamente i termini di cui al comma 2 [dell'art. 313 c.p.c.](#) (tre giorni, se la notificazione avviene nella circoscrizione territoriale adito) e i termini di cui al comma 3 [dell'art. 313 c.p.c.](#), cioè i termini di comparizione di cui all'art. 163 *bis* c.p.c. ridotti a metà.

In caso di non giustificata comparizione dell'opponente alla prima udienza, il pretore può convalidare il provvedimento opposto, con ordinanza ricorribile per cassazione, ponendo a carico dell'opponente le spese del giudizio.

Per quanto riguarda la istruzione probatoria, il giudizio è regolato dal principio inquisitorio: il pretore può disporre, anche d'ufficio, i mezzi di prova che ritiene necessari, disponendo altresì le citazioni testimoniali anche senza la formulazione di capitoli. Esaurita la fase della istruzione probatoria, il pretore invita le parti a precisare le conclusioni e a discutere la causa nella stessa udienza: tuttavia, dopo la precisazione delle conclusioni, il pretore, ove lo ritenga necessario, può concedere alle parti un termine non superiore a dieci giorni per la presentazione di note difensive, rinviando la causa per la discussione e la pronuncia della sentenza all'udienza immediatamente successiva: la sentenza viene pronunciata immediatamente dopo la chiusura della discussione, mediante lettura del dispositivo: la motivazione, se redatta contestualmente al dispositivo, viene anch'essa letta all'udienza e depositata in cancelleria.

Circa il contenuto della sentenza, essa può essere di rigetto o di accoglimento: nel primo caso, il pretore condanna l'opponente alle spese del giudizio; nel secondo caso, il pretore, accogliendo il ricorso, annulla totalmente o parzialmente l'ordinanza emessa dalla pubblica amministrazione, o modifica la stessa ordinanza anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta: il pretore, nel procedimento di cui all'art. 23, [legge n. 689 del 1981](#), è dotato di poteri cognitivi modellati sulla struttura del giudice amministrativo di merito (v. → GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA DI MERITO), potendo non solo annullare il provvedimento impugnato, esercitando una giurisdizione di pura legittimità, ma anche modificare il provvedimento impugnato, anche per profili inerenti alla misura della sanzione comminata, esercitando una giurisdizione nel merito del provvedimento e del procedimento amministrativo (cfr. art. 23, comma 11). L'opposizione è accolta anche quando non vi sono prove sufficienti sulla responsabilità dell'opponente. A tutte le notificazioni e a tutte le comunicazioni si provvede d'ufficio.

Gli atti del processo e la decisione sono esenti da ogni imposta e tassa.

La sentenza non è appellabile, ma è ricorribile per cassazione.

Oggi, a seguito delle modifiche all'art. 23, [l. n. 689/1981](#) apportate dall'art. 26, d.lg. 2 febbraio 2006, n. 40, le ordinanze di convalida (ma non quelle di inammissibilità) sono soggette ad appello, da proporsi, con atto di citazione (e non ricorso) di fronte al tribunale, nel caso di impugnativa avverso decisione del giudice di pace, o alla Corte di appello. Nel primo caso, il giudizio di secondo grado è retto, nei limiti della compatibilità, dalle norme che disciplinano lo svolgimento del giudizio di primo grado davanti al tribunale ai sensi [dell'art. 359 c.p.c.](#); mentre, nell'ipotesi di sanzione irrogata da amministrazione statale, non si ritiene applicabile la regola del foro erariale, né per l'individuazione del giudice di primo grado né per l'individuazione del giudice di appello ([Cass., S.U., 22 novembre 2010, n. 23594](#)).

30. Giudizi in materia di ricovero obbligatorio di infermi di menti.

Altro procedimento speciale nei confronti della pubblica amministrazione dinanzi al giudice ordinario è quello disciplinato dagli artt. 34 e 35, [legge 23 dicembre 1978, n. 833](#), istitutiva del servizio sanitario nazionale, relativi all'imposizione da parte del sindaco di trattamenti sanitari coattivi in condizioni di degenza ospedaliera nei confronti di malati di mente. Il provvedimento del sindaco deve essere notificato entro 48 ore al giudice tutelare competente per territorio: il giudice tutelare, entro le successive 48 ore, assunte le informazioni e disposti gli eventuali

accertamenti, provvede con decreto motivato a convalidare o non convalidare il provvedimento, dandone comunicazione al sindaco; in caso di ancata convalida, il sindaco dispone la cessazione del trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera. Contro il provvedimento di convalida emesso dal giudice tutelare, chi è sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio, e chiunque vi abbia interesse, può proporre il ricorso al tribunale competente per territorio. Il ricorso non è assoggettato a termini: anche il sindaco può proporre ricorso contro la mancata convalida del provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio, ma nel termine di trenta giorni.

Nel processo dinanzi al Tribunale le parti possono stare in giudizio personalmente, senza ministero di procuratore, e farsi rappresentare da persona munita di mandato scritto in calce al ricorso o in atto separato: il ricorso può essere presentato al Tribunale anche mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

Il presidente del Tribunale fissa l'udienza di comparizione delle parti con decreto in calce al ricorso che, a cura del cancelliere, è notificato alle parti, cioè al sindaco, al soggetto ricoverato, all'eventuale tutore, agli eventuali familiari e prossimi congiunti, e al pubblico ministero.

Acquisito il provvedimento impugnato e sentito il pubblico ministero, il presidente può sospendere il trattamento sanitario obbligatorio, anche prima che sia tenuta l'udienza di comparizione. La causa viene decisa in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero e dopo aver raccolto le prove disposte d'ufficio o richieste dalle parti. Si ritiene che la decisione non sia appellabile, ma solamente ricorribile per cassazione.

Gli atti del processo e la decisione sono esenti dall'imposta di bollo e di registro.

Tra i procedimenti speciali vi sono altresì i giudizi di opposizione in materia di liquidazione delle indennità per le espropriazioni e le occupazioni di urgenza effettuate ai sensi della [legge 22 ottobre 1971, n. 865](#), proposti dai proprietari espropriati, dagli altri soggetti interessati al pagamento dell'indennità o dell'espropriante contro la stima dell'ufficio tecnico erariale (v., art. 19, l. cit.): il giudizio di merito si svolge in unico grado davanti alla Corte d'Appello.

31. La giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione: le sezioni specializzate istituite presso i giudici ordinari. Osservazioni generali.

La norma [dell'art. 102 Cost.](#), pur vietando l'istituzione di giudici straordinari o di giudici speciali, ammette la possibilità che «presso gli organi giudiziari ordinari vengano istituite sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura». Secondo C. Cost. n. 61/1976, il carattere essenziale delle sezioni specializzate istituite presso i giudici ordinari è rappresentato dal fatto di essere istituite e di funzionare «presso» organi giudiziari ordinari, cioè in posizione di nesso organico e di compenetrazione istituzionale con questi: tali sezioni sono pertanto assoggettate ad un certo potere organizzatorio dei capi degli uffici giudiziari presso i quali le sezioni sono istituite: i componenti estranei all'ordine giudiziario sono immessi nella carica dagli organi preposti al governo dell'ordine giudiziario.

32. I Tribunali regionali delle acque pubbliche.

Il [r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775](#), contenente il testo unico sulle acque e sugli impianti elettrici, regola e disciplina l'ordinamento e il funzionamento di determinate sezioni specializzate in particolari controversie attinenti a diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione: esse sono i Tribunali regionali delle acque pubbliche e il Tribunale superiore delle acque pubbliche in grado di appello, e la sezione della Corte di Appello di Roma competente a conoscere dei giudizi di appello contro le decisioni giurisdizionali dei Commissari per gli usi civici.

I Tribunali regionali delle acque pubbliche sono sezioni specializzate costituite presso le sedi di otto Corti d'Appello (Torino, Milano, Venezia, Firenze, Roma, Napoli, Palermo, Cagliari) e composti da una sezione della Corte medesima designata dal primo presidente, alla quale sono aggregati tre funzionari dell'amministrazione statale dei lavori pubblici designati per un quinquennio dal ministro dei lavori pubblici: esso pronuncia con l'intervento di due magistrati e di uno dei funzionari.

Giudice d'appello è il Tribunale superiore delle acque pubbliche con sede in Roma, composto da un presidente con grado di magistrato di cassazione con funzioni direttive, da quattro consiglieri

di Cassazione, da quattro consiglieri di Stato e da tre tecnici effettivi del Consiglio superiore dei lavori pubblici, tutti nominati per un quinquennio: esso giudica con l'intervento di tre magistrati di Cassazione, di un consigliere di Stato e di un componente del Consiglio superiore dei lavori pubblici: tale giudice, in differente composizione e con diverse funzioni, è anche giudice in unico grado nelle controversie concernenti provvedimenti definitivi in materia di acque pubbliche (v. → GIURISDIZIONI AMMINISTRATIVE SPECIALI)⁽⁸³⁾.

I Tribunali regionali esercitano la loro giurisdizione nell'ambito della loro circoscrizione territoriale, che talora abbraccia il territorio di più regioni: la competenza di natura inderogabile si determina in base al criterio del *forum rei sitae*. La questione attinente alla devoluzione della controversia alle sezioni specializzate o ad altri organi dell'autorità giudiziaria ordinaria integra una questione di competenza e non di giurisdizione⁽⁸⁴⁾.

I Tribunali regionali delle acque pubbliche e il Tribunale superiore delle acque pubbliche sono dotati dei normali poteri di cognizione e di decisione attribuiti dalle norme degli artt. 4 e 5 l. cont. amm., ai giudici ordinari nei confronti della pubblica amministrazione.

Le controversie appartenenti ai Tribunali regionali delle acque pubbliche sono determinate tassativamente dalla norma dell'art. 140, r.d. n. 1775 del 1933: esse attengono per lo più a diritti soggettivi; tuttavia la norma dell'art. 140 r.d., cit., adotta un criterio di ordine quantitativo, individuando l'oggetto delle singole controversie, senza qualificazione preventiva della posizione giuridica soggettiva coinvolta: le controversie riguardano le acque statali e, in seguito all'attribuzione alle Regioni di competenze attinenti al demanio idrico ad opera dell'art. 90, d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, anche questioni in materia di acque di competenza regionale: la giurisdizione dei Tribunali regionali delle acque pubbliche ha ad oggetto controversie concernenti:

a) demanialità delle acque: tali controversie riguardano il carattere pubblico o privato dell'acqua, indipendentemente dalla loro inclusione nell'elenco delle acque pubbliche e le contestazioni fra privati in ordine alla demanialità dell'acqua, come questione preliminare e necessaria per la decisione della causa;

b) limiti dei corsi o bacini, degli alvei e delle sponde: rientrano in questa competenza tutte le questioni relative all'estensione del demanio idrico ed alla sua delimitazione⁽⁸⁵⁾;

c) diritti relativi a derivazione ed utilizzazione di acque pubbliche: rientrano in questa competenza tutte le controversie che abbiano per oggetto la utilizzazione delle acque pubbliche, qualunque sia il mezzo di apprensione dell'acqua e qualunque sia la specie della utilizzazione, sia che la lesione dei diritti di utenza derivi da atti della pubblica amministrazione, sia che derivi da atti di privati⁽⁸⁶⁾;

d) indennità e risarcimenti per espropriazione o occupazione per l'esecuzione di opere idrauliche: rientrano in questa competenza l'indennizzo dovuto per l'occupazione dei fondi per l'esecuzione o manutenzione delle opere idrauliche, ovvero attinenti a bonifica o derivazione ed utilizzazione di acque pubbliche, sia che l'occupazione sia avvenuta in modo legittimo, sia che essa sia avvenuta *sine titulo*⁽⁸⁷⁾: anche quando si tratti di occupazione temporanea o d'urgenza, illegittimamente protrattasi senza l'adozione di provvedimento espropriativo, con irreversibile acquisizione del bene nella realizzazione dell'opera pubblica; la competenza si estende fino alle controversie relative alle opere di bonifica, attinenti direttamente non solo al regime delle acque, ma anche quelle stradali e tutte le altre necessarie ai fini della bonifica, secondo la più ampia definizione contenuta nella normativa sulla bonifica integrale (artt. 1 e 2, r.d. 13 febbraio 1933, n. 215)⁽⁸⁸⁾;

e) risarcimento dei danni derivanti da esecuzione di opere idrauliche: questa competenza non si estende al sindacato sui poteri discrezionali della pubblica amministrazione nel disporre in materia idraulica, ma riguarda i danni che l'amministrazione, o il concessionario autorizzato, abbiano arrecato nell'esecuzione di tali opere, allorché si accerti che esse siano state eseguite in maniera contraria alle regole di gestione del regime delle acque pubbliche⁽⁸⁹⁾: rientra in questa competenza la domanda di risarcimento dei danni derivanti da mancata coltivazione e da smottamento del fondo, direttamente conseguenti alla materiale apprensione da parte della pubblica amministrazione di una sorgente d'acqua ubicata su quel terreno⁽⁹⁰⁾; oppure derivanti dalla tracimazione di una roggia convogliante acqua pubblica, connessi all'uso delle paratoie di derivazione⁽⁹¹⁾; oppure derivanti dallo straripamento di un fiume, per difetto di manutenzione⁽⁹²⁾;

oppure provocati dal cedimento di un'opera idraulica, in relazione alla cattiva manutenzione dell'opera stessa⁽⁹³⁾;

f) appello contro la sentenza del pretore in materia di azioni possessorie: ai sensi della norma dell'art. 141, r.d. n. 1775 del 1933 l'improponibilità delle azioni possessorie, o di denuncia di una nuova opera e di danno temuto in materia di acque pubbliche riguarda esclusivamente le domande dirette ad incidere su atti e provvedimenti emanati dalla pubblica amministrazione nell'esercizio dei poteri pubblicistici per la tutela e la disciplina delle acque; tali azioni sono, invero, da ritenere proponibili in primo grado dinanzi al pretore e in grado di appello dinanzi al Tribunale regionale delle acque pubbliche, quando siano avanzate nei confronti di un privato e quando riguardino un'opera, come un ponticello su un corso d'acqua, che egli abbia effettuato in forza di un provvedimento autorizzatorio, attinente ad una valutazione di compatibilità dell'opera stessa, rivolta a soddisfare interessi propri dell'istante, con le finalità pubbliche connesse al regime delle acque⁽⁹⁴⁾.

33. Il procedimento davanti ai Tribunali regionali delle acque pubbliche.

Il procedimento dinanzi ai Tribunali regionali delle acque pubbliche si svolge secondo modalità analoghe a quelle del c.p.c. Esso è tuttavia disciplinato da norme speciali, previste dagli art. 147, r.d. n. 1775 del 1933, e seg., che divergono da quelle contenute nel c.p.c., il quale è applicabile solamente in via sussidiaria, in assenza di norme speciali: l'integrazione va condotta con riferimento al vigente c.p.c. e non a quello abrogato del 1865, vigente al tempo in cui fu emanato il r.d. n. 1775 del 1933⁽⁹⁵⁾.

Il giudizio si introduce mediante ricorso, di contenuto analogo all'atto di citazione, in quanto deve contenere gli elementi richiesti dall'art. 163 c.p.c., compreso l'invito a comparire dinanzi al Tribunale regionale in un giorno fisso determinato fra quelli nei quali tale organo giudiziario tiene udienza: il termine per comparire non può essere minore di venti giorni (art. 155, r.d. n. 1775 del 1933). Almeno cinque giorni prima che scada il termine assegnato nel ricorso, il ricorrente deve provvedere al deposito del ricorso presso la cancelleria del Tribunale regionale (art. 156, r.d. n. 1775 del 1933).

Effettuato il deposito, il presidente nomina, per l'istruzione della causa, con ordinanza stesa in calce al ricorso, un consigliere delegato, scelto fra quelli non tecnici.

Circa l'istruzione probatoria, il consigliere delegato provvede con ordinanza, la quale, se emessa senza l'accordo delle parti, può essere impugnata entro tre giorni con ricorso al collegio: tra i mezzi di prova ammissibili, oltre alla prova testimoniale e al giuramento decisorio, anche gli accertamenti tecnici ai quali il consigliere delegato provvede con l'ausilio di uno dei giudici tecnici, con facoltà di sentire testimoni sul posto: tuttavia è ammessa la possibilità, qualora la complessità dell'indagine lo richieda, di disporre consulenza tecnica d'ufficio. Nel procedimento dinanzi al Tribunale regionale delle acque sono ammissibili l'intervento in causa (art. 175 r.d., cit.) e la chiamata in garanzia (art. 174 r.d., cit.).

Esaurita la fase dell'istruzione probatoria, il consigliere delegato all'istruzione invita le parti a precisare le conclusioni e rimette la causa al collegio per la decisione (art. 180 r.d., cit.): all'udienza collegiale le parti possono presentare memorie scritte ad illustrazione delle conclusioni.

La pubblicazione delle sentenze definitive ed interlocutorie avviene mediante deposito in cancelleria a cura del presidente dell'originale della decisione sottoscritta da tutti i componenti (art. 183 r.d., cit.).

Contro la sentenza dei Tribunali regionali delle acque pubbliche può essere proposto appello al Tribunale superiore delle acque pubbliche entro trenta giorni dalla notificazione del dispositivo della sentenza da parte della cancelleria.

Per il procedimento di appello, l'art. 208, r.d. n. 1775 del 1933 fa rinvio, per quanto non espressamente previsto, alle norme che regolano il procedimento dinanzi al Consiglio di Stato: tuttavia si ritiene ⁽⁹⁶⁾ che trovino applicazione nel rito dinanzi al Tribunale superiore delle acque pubbliche in grado di appello istituti tipici del processo civile, come l'atto introduttivo del giudizio che, pur rivestendo la forma del ricorso, deve contenere la citazione a comparire a udienza fissa davanti al giudice delegato. Almeno cinque giorni prima della scadenza del termine indicato nel ricorso per la comparizione, il ricorso, unitamente a copia del provvedimento impugnato, deve



essere depositato, a pena di decadenza, presso la cancelleria (art. 194 r.d., cit.): con lo stesso ricorso o con separata istanza può essere domandata la sospensione del provvedimento impugnato (art. 195 r.d., cit.).

Contro le decisioni di appello emesse dal Tribunale superiore delle acque pubbliche è ammesso ricorso per cassazione secondo le regole comuni stabilite dal c.p.c.⁽⁹⁷⁾, ricorso per revocazione (art. 199 r.d., cit.) e, a quanto sembra, ricorso per l'opposizione di terzo. Per altri riferimenti circa la struttura e il procedimento dinanzi ai Tribunali regionali delle acque pubbliche, v. → TRIBUNALI DELLE ACQUE.

(1) Cfr. A. ROMANO, *Giurisdizione*, cit., 186 ss.

(2) Cfr. CANNADA-BARTOLI, *La tutela*, cit., 186 ss.

(3) Cfr. Cass. n. 3792/1971 e C. St., sez. VI, n. 1182/1978, *CS*, 1978, I, 1756.

(4) Cfr. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, DPrA, 1986, 388 e TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, 57 ss.

(5) Cfr. Cass. n. 5837/1983 e C. St., sez. VI, n. 555/1987.

(6) Cfr., CANNADA-BARTOLI, *La tutela*, cit., 153.

(7) V. per un inquadramento di ordine generale della questione CAMMEO, cit., 834 ss.; S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, cit., 610 ss.

(8) V., MARTINELLI, *I conflitti di attribuzione tra le autorità, giudiziarie e amministrative in Italia*, Milano, 1876, 73.

(9) V., MANTELLINI *I conflitti*, cit., 81.

(10) V., MANTELLINI *I conflitti*, cit. 82.

(11) V., MANTELLINI *Lo Stato e il codice civile*, III, Milano, 1890, 220.

(12) V., SAREDO, *Sui limiti rispettivi delle attribuzioni delle autorità giudiziarie e delle autorità amministrative*, *La legge*, 1897, II, 642 ss.: da notare come all'epoca il Saredo fosse Presidente della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, ma in procinto di diventare Presidente dello stesso organo.

(13) V., VACCHELLI, *La difesa*, cit., 383.

(14) V., NIGRO, *Giustizia*, cit., 235.

(15) V., CAMMEO, cit., 697 ss., e BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1941, 117.

(16) La Cassazione pare ammettere la responsabilità per fatto illecito della pubblica amministrazione solamente a partire dalla sentenza Cass. S.U., 19-6-1936, su cui v., REGGIO D'ACI, *L'intervento del potere giudiziario nell'esercizio dell'attività amministrativa*, *FA*, 1981, I, 1269.

(17) Cfr. Cass. S.U., n. 2486/1975, e n. 3162/1975.

(18) Cfr. Cass. S.U., n. 1945/1974.

(19) Cfr. Cass. S.U., n. 1261/1975.

(20) Cfr. Cass. S.U., n. 1945/1974.

(21) Cfr., l'impostazione critica di A. ROMANO, *Giurisdizione*, cit. 114 ss.

(22) Cfr. CAMMEO, *Questioni sull'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato dei Tribunali*, *GI*, 1924, III, 149.

(23) Cfr. sulle azioni ammissibili nei confronti della pubblica amministrazione, CANNADA-BARTOLI, *La tutela*, cit., 155 ss. e ANNUNZIATA, *Azioni esperibili nei confronti della pubblica amministrazione e poteri del giudice ordinario*, Milano, 1971, 47 ss.

(24) Cfr. A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo nel giudizio civile*, *DPrA*, 1983, 22.

(25) V. prospetticamente sul complesso dei problemi derivanti dal divieto di condanna dell'amministrazione ad un tacere ed alle eccezioni ammissibili Cass. S.U., n. 6475/1988; inoltre v., P. ASOLO, 21-3-1989, *RGEneI*, 1989, 443, secondo cui è inammissibile la richiesta del giudice ordinario di sospendere l'efficacia di atti amministrativi che hanno autorizzato l'ENEL ad installare un elettrodotto ad alta tensione e P. MONZA, 28-2-1987, *GM*, 1988, 738, secondo cui è ammissibile l'azione di condanna della pubblica amministrazione a tenere comportamenti specifici, come a rilasciare un immobile, per la tutela di diritti reali di proprietà lesi in esecuzione di attività puramente materiali esplicita senza un formale provvedimento amministrativo; su alcuni limiti delle sentenze di condanna od ordinarie, v., SANDULLI, *Manuale*, cit., 1302.



(26) V. [Cass. S.U. n. 5524/1989](#), [n. 3405/1989](#) e [n. 1354/1989](#). V. pure le prime pronunce sull'art. 28 St. lav. come integrato dalla [l. n. 146 del 1990](#) rese su impugnative di provvedimenti amministrativi espressione di comportamenti antisindacali di una pubblica amministrazione: C. St., Sez. VI, ord. n. 1181/1990; [T.A.R. Lazio, Sez. III, n. 118/1991](#); [T.A.R. Sicilia, Sez. Catania, ord. n. 45/1990](#); [T.A.R. Emilia-Romagna, Sez. Parma, decr. n. 263/1990](#); [T.A.R. Lazio, Sez. III, decr. n. 1/1990](#); [T.A.R. Lazio, Sez. I, ord. n. 749/1990](#), *FI*, 1991, III, 251 ss.

(27) Cfr. sulla inammissibilità delle azioni e delle correlative sentenze costitutive nei confronti della pubblica amministrazione v., GUICCIARDI, *Giustizia*, cit., 326; SANDULLI, *Manuale*, cit., 1301; VIRGA, *Diritto*, cit., 244; NIGRO, *Giustizia*, cit. 242.

(28) V., T. Trento, 13-3-1978, *GC*, 1978, I, 2104; T. Genova, 31-7-1978, *ivi*, 1978, I, 2103.

(29) V., MICHELI, *Considerazioni sull'esecuzione forzata delle sentenze di condanna e sui provvedimenti cautelari nei confronti della pubblica amministrazione*, *RDF*, 1969, I, 283 e BIANCHI D'ESPINOSA, *I provvedimenti cautelari e possessori nei confronti della p.a.*, *RDPr*, 1969, 169.

(30) V., SANDULLI, *Manuale*, cit., 1305; VIRGA, *Diritto*, cit., 248; MONTESANO, *Processo*, cit., 138.

(31) V., BIANCHI D'ESPINOSA, *I provvedimenti cautelari*, cit., 179.

(32) Cfr. [Cass. S.U., n. 373/1980](#); [Cass. S.U., n. 530/1974](#), che ritiene ammissibile il sequestro conservativo sui beni del patrimonio disponibile della pubblica amministrazione; [Cass. S.U., n. 1153/1968](#), [n. 2485/1965](#) e [n. 785/1948](#) sono nel senso dell'esperibilità del sequestro giudiziario ai fini probatori; v., [T. Roma, 20-3-1987](#), *FI*, 1987, I, 2855, riguardante un interessante caso di sequestro giudiziario di documenti.

(33) Cfr. [Cass. S.U., n. 1664/1986](#).

(34) Cfr. in dottrina nel senso dell'inammissibilità, BIANCHI D'ESPINOSA, *I provvedimenti cautelari*, cit., 196; ANGELETTI, *Tutela del possesso e pubblica amministrazione*, Torino, 1970, 17 ss.; in senso critico LEO, *Sulla proponibilità delle azioni possessorie nei confronti della p.a.*, *SSE*, 1974, 44; v., anche, NIGRO, *Giustizia*, cit., 242, mentre SANDULLI, *Manuale*, cit., 1302, argomenta dal divieto espressamente stabilito dall'art. 141, [r.d. n. 1775 del 1933](#) sulle acque pubbliche ed impianti elettrici di azioni possessorie nei confronti della pubblica amministrazione la ragione dell'inammissibilità di tali procedimenti; infine VIRGA, *Diritto*, cit., 246, espone la regola dell'inammissibilità e le possibili eccezioni.

(35) Cfr. [Cass. S.U., n. 1758/1976](#); [n. 4423/1977](#); [n. 118/1978](#).

(36) Cfr. circa i procedimenti possessori nei confronti della pubblica amministrazione che abbia posto in essere attività materiale in assoluta carenza di potere, [Cass. S.U., n. 6425/1989](#), [n. 2914/1988](#), [n. 3414/1986](#), [n. 3413/1986](#), [n. 6325/1984](#) e [P. Subiaco, 2-5-1986](#), *GI*, 1986, I, 2, 705; per quanto riguarda l'inammissibilità di azione possessoria nei confronti della pubblica amministrazione contro l'acquisizione del possesso di un fondo privato eseguita trascorso il termine di efficacia del decreto di occupazione d'urgenza, v., [Cass. S.U., n. 1136/1989](#), [n. 4765/1988](#), [n. 1492/1988](#), [n. 1369/1988](#), [n. 470/1987](#); è consentito al privato che perda l'accesso al proprio fondo per lo sbarramento con transenna fissa di un passaggio a livello ferroviario, azione possessoria di reintegrazione nei confronti della pubblica amministrazione: v. [Cass. S.U., n. 3403/1989](#); come pure tale azione è consentita al privato contro l'occupazione da parte della pubblica amministrazione di un fondo con materiale e mezzi, pur connessa all'esigenza della costruzione di una strada: v. [Cass. S.U., n. 3950/1989](#); ovvero contro la demolizione della recinzione di un fondo disposta dall'amministrazione, al di fuori dei procedimenti di repressione degli illeciti urbanistici, v. [Cass. S.U., n. 3049/1988](#).

(37) Cfr. in dottrina, BENDONI, *Sull'esperibilità di azioni cautelari contro la p.a.*, *GC*, 1978, I, 964.

(38) Pubblicata in *FI*, 1990, I, 1745.

(39) Pubblicata in *G. Piemontese*, 1987, 555.

(40) Pubblicata in *FI*, 1989, I, 3276; *contra*, P. Milano, 11-6-1987, *GCo*, 1988, II, 485.

(41) Pubblicata in *FI*, 1989, I, 3501.

(42) Pubblicata in *FI*, 1989, I, 1767.

(43) Pubblicata in *FI*, 1988, I, 3442.

(44) Pubblicata in *RGenel*, 1989, 443; v., pure, [T. Torino, 9-11-1988](#), *FI*, 1989, I, 403 e [C. Cost., n. 283/1988](#), *FI*, 1988, I, 77. Interessante è [P. Taranto, 26-6-1986](#), *ARC*, 1987, 886, in tema di ammissione ad una gara di concorrente escluso ovvero di sospensione e/o di invalidazione di gara stessa.

- (45) Rispettivamente pubblicate in *FI*, 1989, I, 260; *ivi*, 1987, 1987, I, 254.
- (46) Rispettivamente pubblicate in *FI*, 1989, I, 260; *GC*, 1987, I, 2976; *ivi*, 1987, I, 694.
- (47) Pubblicata in *F. Cosentino*, 1988, 29.
- (48) Pubblicata in *F. Romagnolo*, 1987, 30.
- (49) Pubblicata in *F. Cosentino*, 1987, 30.
- (50) Cfr., VIRGA, *Diritto*, cit., 239.
- (51) In favore dell'estensione del sindacato del giudice ordinario a tutte le figure dell'eccesso di potere v., SANDULLI, *Manuale*, cit., 1311; con specifico riferimento al sindacato sull'eccesso di potere v., DAL PIAZ, *Osservazioni sui limiti del sindacato di legittimità dell'autorità giurisdizionale ordinaria sugli atti amministrativi, con particolare riferimento al vizio di eccesso di potere*, *GI*, 1957, II, 17; ID., *Osservazioni sulla configurabilità di limiti alla competenza del giudice ordinario in tema di atto amministrativo viziato da eccesso di potere*, *GI*, 1959, II, 223.
- (52) Cfr. DELL'ORCO, *Potestà di disapplicazione e provvedimento amministrativo*, *RTDP*, 1965, 681; VERDE, *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività della tutela*, *RDPr*, 1984, 42; CASSARINO, *Problemi della disapplicazione degli atti amministrativi nel giudizio civile*, *RTDP*, 1985, 864.
- (53) Cfr. ROSELLI, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, *GI*, 1986, I, 1, 703.
- (54) Cfr. NIGRO, *Giustizia*, cit., 254 e SANDULLI, *Manuale*, cit., 1308.
- (55) V., CANNADA-BARTOLI, *La tutela*, cit., 167 ss.
- (56) Cfr. A. ROMANO, *La disapplicazione*, cit., 24 ss.
- (57) Cfr. Cass. S.U., n. 3278/1972, n. 1441/1976, n. 2855/1976, n. 2499/1977.
- (58) Cfr. CANNADA-BARTOLI, *L'inoppugnabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1970, 20; ID., *L'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, *RTDP*, 1962, 22 ss.; la tesi è finemente discussa e criticata da A. ROMANO, *La disapplicazione*, cit., 24.
- (59) Cfr. FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, *RTDP*, 1957, 137; VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, *RiDPP*, 1965, 28; VILLATA, *Disapplicazione del provvedimento amministrativo e processo penale*, Milano, 1980, 50.
- (60) Pubblicata in *GP*, 1986, III, 347.
- (61) Pubblicata in *GI*, 1988, II, 336.
- (62) Cfr. Cass. n. 2861/1986.
- (63) Cfr. Cass. n. 6757/1988.
- (64) Cfr. Cass. n. 4285/1987.
- (65) Cfr. Cass. n. 1304/1985.
- (66) Cfr. P. Livorno, 11-5-1989, *DPL*, 1989, 2828; T. Catania, 10-11-1988, *DF*, 1989, II, 234. Ai fini del riconoscimento del privilegio ai sensi dell'art. 2751-bis, n. 5, c.c. l'accertamento di tale qualifica va operato con riferimento all'iscrizione delle imprese nell'albo, rimanendo nei poteri del giudice ordinario di disapplicare l'atto di iscrizione allorché abbia riscontrato un'iscrizione illegittima: T. Torino, 27-10-1984, *Fa*, 1988, 484; T. Torino, 26-5-1987, *ivi*, 1988, 237; con possibilità di accertamento in via di fatto, T. Genova, 22-10-1987, *ivi*, 1988, 434.
- (67) Cfr. Cass. n. 4441/1988.
- (68) Cfr. Cass. n. 109/1987, cui adde T. Varese, 12-9-1988, *ND*, 1989, 191.
- (69) Cfr. Cass. n. 5887/1985.
- (70) V.Cass. pen., 11-3-1986, *RP*, 1987, 268.
- (71) Cfr. Cass. pen., 22-7-1985, *CP*, 1987, 722.
- (72) Cfr. P. Montefalco, 12-4-1984, *RP*, 10, 1984, 825.
- (73) Cfr. P. Alghero, 13-7-1984, *FI*, 1985, II, 408.
- (74) Cfr. Cass. n. 1594/1989, n. 2579/1988, n. 4410/1987.
- (75) Cfr. Cass. n. 2628/1989, n. 3650/1989.
- (76) Cfr. Cass. pen., 9-1-1989, *FI*, 1989, II, 297; nel senso che il giudice penale non può giudicare la legittimità del rilascio di concessione edilizia, v., Cass. pen., 20-3-1987, *RP*, 1987, 937; Cass. pen., 10-3-1986, *ivi*, 1987, 266; ovvero nel senso che il giudice penale può conoscere della illegittimità della concessione edilizia allorché l'assenza di tale atto amministrativo costituisce il presupposto della condotta incriminata: v., Cass. pen., 13-3-1985, *FI*, 1986, II, 84; Cass. pen., 10-1-1984, *CP*, 1985, 1446; infine si è ritenuto che il giudice penale possa disapplicare la

concessione edilizia allorché ad una verifica della sua regolarità formale e sostanziale risulti il prodotto di un'attività criminosa del pubblico ufficiale che l'ha rilasciata: [T. Roma, 27-1-1987, GI, 1987, II, 348.](#)

⁽⁷⁷⁾ Cfr. [T.A.R. Valle d'Aosta, n. 2/1989, TAR, 1989, I, 1239.](#)

⁽⁷⁸⁾ Cfr. Cass. n. 3364/1987, n. 2918/1986; P. Napoli, 28-6-1985, *FI*, 986, I, 484; v., anche, Cass. n. 5845/1984, che specifica i limiti della disapplicazione a circostanze di fatto rilevanti per un diverso classamento in conseguenza di modificazioni edilizie o urbanistiche non ancora registrate in catasto o per violazione di legge o per errore di apprezzamento commessi nel procedimento di classificazione catastale.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. [Cass. n. 4721/1984.](#)

⁽⁸⁰⁾ Cfr. [P. Cosenza, 6-10-1987, FI, 1988, I, 3452.](#)

⁽⁸¹⁾ Cfr. [P. Milano, 21-8-1984, FI, 1985, I, 1865.](#)

⁽⁸²⁾ Pubblicata in *GM*, 1985, 707.

⁽⁸³⁾ V. sulla giurisprudenza in materia di acque pubbliche PRATIS, «Tribunale regionale delle acque pubbliche», in *NN.D.I.*, XIX, Torino, 1973, 706.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. [Cass., n. 2498/1982.](#)

⁽⁸⁵⁾ Cfr. [Cass., n. 4259/1985.](#)

⁽⁸⁶⁾ Cfr. [Cass., n. 6496/1988; T. sup. acque, n. 89/1987, CS, 1987, II, 1744; T. reg. acque Roma, 3-7-1986, FI, 1987, III, 403.](#)

⁽⁸⁷⁾ Cfr. T. sup. acque, n. 10/1983, *CS*, 1983, II, 127.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. Cass., n. 1179/1986.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. Cass., n. 5583/1983.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. [Cass., n. 186/1987.](#)

⁽⁹¹⁾ Cfr. [Cass., n. 3485/1987.](#)

⁽⁹²⁾ Cfr. [T. sup. acque, n. 42/1987, CS, 1987, II, 1275.](#)

⁽⁹³⁾ Cfr. [T. sup. acque, n. 19/1987, CS, 1987, II, 1040.](#)

⁽⁹⁴⁾ Cfr. Cass., n. 1539/1987.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. Cass., n. 5963/1981 e, in generale, sul procedimento dinanzi ai Tribunali regionali delle acque pubbliche, v., REGGIO D'ACI, *Il procedimento davanti ai Tribunali regionali delle acque pubbliche*, *FA*, 1984, 1592.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. PRATIS, *Tribunale regionale*, cit., 727.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. AZZARITI, *Il ricorso per cassazione contro le sentenze del Tribunale superiore delle acque*, *FI*, 1952, I, 449 e POTOTSCHNIG, *Sul ricorso alle sezioni unite della Cassazione contro le decisioni in unico grado del Tribunale superiore delle acque pubbliche*, *FP*, 1953, 126; v., anche il punto di vista contrario di [Cass. S.U., n. 387/197](#)

DIGESTO

PENALE - Depenalizzazione versus sanzioni pecuniarie civili di Margherita Lombardo (Anno di pubblicazione: 2018)

Mostra bibliografia

Mostra riferimenti

Sommario: 1. La delega al Governo per la riforma del sistema sanzionatorio. - 2. Il d.lg. 15-1-2016, n. 7. a) Natura e funzione delle nuove sanzioni pecuniarie civili. - 3. Il d.lg. 15-1-2016, n. 7. b) L'abrogazione dei reati previsti nel codice penale. - 4. Il d.lg. 15-1-2016, n. 7. c) La disciplina sostanziale e processuale dei nuovi illeciti civili. - 5. Il d.lg. 15-1-2016, n. 7. d) La disciplina transitoria. - 6. Il d.lg. 15-1-2016, n. 8. a) La depenalizzazione "cieca". Criterio selettivo, esclusioni e disciplina sanzionatoria - 7. Il d.lg. 15-1-2016, n. 8. b) La depenalizzazione nominativa. - 8. Il d.lg. 15-1-2016, n. 8. c) Disposizioni comuni ai nuovi illeciti amministrativi e disciplina transitoria. - 9. Depenalizzazione e sanzioni pecuniarie civili. Una prima valutazione

1. La delega al Governo per la riforma del sistema sanzionatorio.

Nel quadro delle riforme introdotte nell'ultimo decennio nell'ordinamento italiano al fine di superare la centralità della pena detentiva e deflazionare il sistema giudiziario si inserisce la [l. 28-4-2014, n. 67](#), recante delega al Governo per la riforma del sistema sanzionatorio. La legge, introdotta al termine di un periodo di significativi interventi normativi volti a rimediare al

problema del sovraffollamento carcerario e dare attuazione agli obblighi di adeguamento alle sentenze di condanna pronunciate contro l'Italia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dei diritti fondamentali della popolazione detenuta, intende introdurre, sul piano del diritto penale sostanziale e processuale, norme volte ad una riforma del sistema sanzionatorio e alla deflazione del sistema giudiziario, secondo il criterio della extrema ratio del ricorso alla sanzione penale ⁽¹⁾.

Introdotti direttamente con la legge delega l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova, nonché la disciplina processuale nei confronti degli irreperibili, la legge conferisce quattro distinte deleghe al Governo per la riforma del sistema sanzionatorio, da attuarsi attraverso: la revisione delle pene principali e la previsione tra esse della reclusione domiciliare; l'introduzione di una causa di non punibilità per irrilevanza del fatto; la depenalizzazione di una serie di norme incriminatrici contenute nel codice penale ed in leggi speciali; l'abrogazione di altre fattispecie di reato e la loro trasformazione in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili ⁽²⁾.

Mentre la delega di riforma delle pene principali, volta a ridurre il ricorso alla detenzione in carcere con l'introduzione della reclusione domiciliare, non è stata attuata dal Governo, principalmente in ragione del venire meno dell'emergenza legata al sovraffollamento carcerario, le ulteriori tre deleghe hanno trovato attuazione con d.lg. 16-3-2015, n. 28, che ha introdotto la causa di non punibilità dell'irrilevanza del fatto, e con d.lg. 15-1-2016, n. 7 e d.lg. 15-1-2016, n. 8, in materia di depenalizzazione, abrogazione di fattispecie incriminatrici e loro trasformazione in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili. In particolare, il d.lg. 15-1-2016, n. 7, accanto alla abrogazione di specifiche fattispecie finora previste come reato nel codice penale, ha ridefinito i medesimi fatti già descritti nelle norme abrogate quali illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili, aggiuntive al risarcimento danno, irrogate dal giudice civile, mentre il d.lg. 15-1-2017, n. 8 si iscrive nel novero dei provvedimenti di depenalizzazione di portata generale ciclicamente approvati nel nostro ordinamento, realizzata attraverso la sostituzione della sanzione penale con quella amministrativa, secondo i principi generali cristallizzati nella l. 24-11-1981, n. 689.

Abbandonato il più ambizioso obiettivo di ridurre il ricorso alla pena carceraria con l'introduzione della detenzione domiciliare tra le pene principali, le misure complessivamente introdotte con la legge delega e i decreti delegati sono, pertanto, principalmente volte a deflazionare il carico giudiziario ed a migliorare l'efficienza della giustizia penale ora attraverso la rinuncia alla irrogazione della sanzione penale, come nei casi di sospensione del processo e messa alla prova e di particolare tenuità del fatto, ora attraverso la depenalizzazione e l'abrogazione di fattispecie incriminatrici e la loro trasformazione in illeciti amministrativi e civili.

2. Il d.lg. 15-1-2016, n. 7. a) Natura e funzione delle nuove sanzioni pecuniarie civili.

Il d.lg. 15-1-2016, n. 7 dà attuazione all'art. 2, 3° co., lett. a), c), d) ed e) l. 28-4-2014, n. 67, in cui il legislatore delegante ha innovativamente previsto di trasformare alcune ipotesi delittuose del codice penale poste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio, accomunate dal fatto di incidere su interessi di natura privata e di essere procedibili a querela di parte, in illeciti civili cui è applicata una sanzione pecuniaria. Il decreto è composto di due capi: il primo dispone l'abrogazione di alcuni reati del codice penale ed apporta ad altre norme del codice stesso le necessarie modificazioni adeguatrici; il secondo introduce nell'ordinamento l'inedita figura degli illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili e ne detta le norme di carattere sostanziale e processuale.

Assai discusse, per il loro carattere di novità nell'ordinamento italiano, sono la natura e la funzione di tali illeciti e della sanzione pecuniaria per essi prevista. La relazione illustrativa del decreto specifica che la volontà del delegante di "riconsiderare il ruolo tradizionalmente compensativo attribuito alla responsabilità civile nel nostro ordinamento" viene realizzata attraverso l'introduzione di "un ulteriore e innovativo strumento di prevenzione dell'illecito", costituito dalla nuova sanzione pecuniaria civile, avente una funzione definita "per un verso 'ultra-compensativa' e, per l'altro, preventiva e repressiva" ⁽³⁾. Tale definizione evidenzia l'aspetto più innovativo delle sanzioni pecuniarie civili, poste al confine tra il diritto punitivo strettamente inteso, penale o amministrativo, ed il diritto civile, suscettibili di aprire la strada ad un progressivo arretramento del diritto penale in favore dell'introduzione nell'ordinamento civile,

tradizionalmente ispirato da finalità compensative, di strumenti sanzionatori aventi funzioni preventive e punitive.

L'introduzione di tale nuova figura si inserisce all'interno dell'attuale dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla funzione della responsabilità civile e sulla possibilità di riconoscere a tale istituto natura polifunzionale, comprensiva anche di finalità preventive e repressive tradizionalmente proprie del diritto pubblico ⁽⁴⁾. Tale dibattito, da tempo presente nella dottrina, è stato rinvigorito in tempi recenti dall'introduzione normativa nell'ordinamento civile di sempre più numerosi e variegati rimedi risarcitori con funzione sostanzialmente sanzionatoria quali, ad esempio, quelli introdotti in materia di tutela della proprietà industriale o dei rapporti familiari ovvero in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo o, ancora, con previsione assai più risalente per la diffamazione commessa a mezzo stampa ⁽⁵⁾.

La natura polifunzionale della responsabilità civile è stata proprio di recente riconosciuta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che, mutando il precedente orientamento contrario, hanno ammesso il riconoscimento delle sentenze penali straniere applicative dei punitive damages previsti negli ordinamenti di common law ⁽⁶⁾. La loro applicabilità nell'ordinamento italiano, per lungo tempo esclusa in quanto ritenuta in contrasto con i principi di ordine pubblico in ragione del carattere repressivo e non compensativo dei danni punitivi, è stata ammessa dalle Sezioni Unite proprio sul rilievo che, all'interno dell'istituto della responsabilità civile, "accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale ... che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva", richiamando a fondamento della decisione il panorama normativo che si è venuto componendo nell'ordinamento italiano, comprensivo anche dell'introduzione delle sanzioni pecuniarie di cui al d.lg. 15-1-2016, n. 7, il quale "denota l'urgenza che avverte il legislatore di ricorrere all'armamentario della responsabilità civile per dare risposta a bisogni emergenti e, dall'altro lato, dimostra, con la sua vivacità, quanto sia inappagante un insegnamento che voglia espungere dal sistema, confinandole in uno spazio indeterminato e asfittico", figure non riconducibili alle categorie di tipo strettamente compensativo.

La ridefinizione della funzione della responsabilità civile in senso ultra-compensativo con la previsione di sanzioni punitive civili ha assunto interesse anche in relazione ai rapporti con il diritto penale quale possibile nuovo strumento di depenalizzazione e di riallocazione del disvalore del fatto sul piano delle relazioni private. Proprio in questo senso, il d.lg. 15-1-2016, n. 7 ha per la prima volta seguito direttamente la strada della abrogazione di fattispecie penali e della loro trasposizione nell'ordinamento civile. Il numero iniziale di fattispecie coinvolte è limitato, ma suscettibile di futuri e ben più consistenti ampliamenti.

3. Il d.lg. 15-1-2016, n. 7. b) L'abrogazione dei reati previsti nel codice penale.

L'intervento abrogativo del decreto incide su tre distinte categorie di reati previsti nel codice penale: le falsità documentali, i reati contro l'onore e i reati contro il patrimonio.

L'art. 2, 3° co., lett. a), n. 1 della legge delega prevedeva, innanzitutto, l'abrogazione delle fattispecie di reato aventi ad oggetto le scritture private, ad esclusione di quelle equiparate, ai sensi dell'art. 491 c.p., agli atti pubblici agli effetti della pena (quali il testamento olografo, la cambiale o i titoli di credito trasmissibili per girata o al portatore). Il decreto ha così abrogato i delitti di falsità in scrittura privata (art. 485 c.p.) e di falsità di foglio firmato in bianco (art. 486 c.p.) e ha riformulato le disposizioni di cui agli artt. 488, 489, 490, 491, 491 bis, 493 bis c.p., nelle parti in cui si riferivano alle scritture private non equiparate dalla legge agli atti pubblici. Con riferimento ai delitti contro l'onore, il decreto ha abrogato il delitto di ingiuria di cui all'art. 594 c.p., con eliminazione del riferimento a tale norma dalle previsioni di cui agli artt. 596, 597 e 599 c.p., ora applicabili al solo delitto di diffamazione. Quanto, infine, ai delitti contro il patrimonio, sono stati abrogati i reati di sottrazione di cose comuni (art. 627 c.p.) e di appropriazione di cose smarrite, del tesoro o di cose avute per errore o caso fortuito (art. 647 c.p.). È stato altresì abrogato il delitto di danneggiamento semplice, originariamente previsto al 1° comma dell'art. 635 c.p. La norma codicistica è stata conseguentemente riformulata, al fine di assicurare "la piena intelligibilità della disposizione incriminatrice" ⁽⁷⁾, che ora sanziona come reato autonomo i fatti che prima della riforma erano previsti al 2° comma dell'art. 635 c.p., quali

circostanze aggravanti del danneggiamento semplice. In funzione di mero coordinamento alla riscrittura dell'art. 635 c.p., sono state apportate modifiche agli artt. 635 bis, 635 ter, 635 quater e 635 quinquies c.p. nella parte in cui rinviavano alla circostanza aggravante di cui al n. 1 del 2° comma dell'art. 635 c.p.

Il legislatore delegato ha ritenuto, invece, di non esercitare la delega conferita per l'abrogazione delle fattispecie di usurpazione (art. 631 c.p.), deviazione di acque e modificazioni dello stato dei luoghi (art. 632 c.p.) e invasione di terreni o edifici (art. 633, 1° co., c.p.), al di fuori delle ipotesi contemplate dall'art. 639 bis c.p., sul rilievo che si tratta «di fenomeni che, seppur attualmente ancora di scarsa incidenza sul carico giudiziario, meritano, tuttavia, rilievo penale in quanto attengono a condotte di occupazione di luoghi privati (a titolo esemplificativo, seconde case di villeggiatura) in via di drammatica espansione» ⁽⁸⁾.

4. Il d.lg. 15-1-2016, n. 7. c) La disciplina sostanziale e processuale dei nuovi illeciti civili.

La natura ibrida dei nuovi illeciti, al confine tra il diritto civile e il diritto punitivo, emerge con evidenza dalla disamina della loro disciplina sostanziale e processuale. Se la prima riprende i principi fondamentali e le regole di imputazione dal diritto penale, la disciplina processuale evidenzia la natura sicuramente civile del giudizio in cui la sanzione viene irrogata. Quanto al rispetto dei principi fondamentali in tema di legalità, la legge delega ha cura di richiedere la tassativa indicazione delle condotte alle quali applicare la sanzione, l'importo minimo e massimo della stessa, l'autorità competente ad irrogarla, nonché la proporzionalità della sanzione rispetto al fatto (art. 2, 3° co., lett. d, e).

L'art. 3 del decreto costituisce la norma fondante il nuovo sistema. Essa prevede, infatti, che gli illeciti descritti all'art. 4, se commessi con dolo, obbligano, oltre al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale, a norma delle leggi civili, anche al pagamento di una sanzione pecuniaria civile stabilita dalla legge. Ai sensi di tale disposizione, pertanto, le sanzioni pecuniarie civili sono applicate ex officio dal giudice civile competente a decidere dell'azione di risarcimento del danno, nel solo caso in cui l'azione sia stata esercitata dalla persona offesa e la domanda di risarcimento sia stata concretamente accolta al termine del giudizio. Il termine prescrizione per l'obbligo del pagamento della sanzione pecuniaria civile è fissato all'art. 2947, 1° co., c.c. ed è, dunque, uguale a quello concernente il risarcimento del danno.

L'art. 4 del decreto individua gli illeciti civili sottoponibili a sanzione, riprendendo il tenore letterale delle abrogate disposizioni del codice penale, in conformità a quanto previsto nella legge delega. Per i soli delitti di falsità in scritture private è stato eliminato il riferimento al fine di profitto, rendendo pertanto sanzionabili i soli fatti produttivi di danno.

La misura delle sanzioni, in ragione della natura civilistica delle stesse, è stata determinata attraverso due distinte clausole generali, caratterizzate da un grado di crescente afflittività, all'interno delle quali sono stati ripartiti gli illeciti civili, secondo la loro diversa gravità desunta dalle originarie pene previste nel codice penale. Per i fatti di ingiuria le disposizioni di cui all'art. 599 c.p. sono state riprodotte nel decreto con la previsione della possibilità per il giudice di non applicare la sanzione in caso di ritorsione o di provocazione.

L'applicazione delle sanzioni pecuniarie civili è limitata, ai sensi dell'art. 3, ai soli fatti commessi con dolo, in modo del tutto conforme a quanto in origine previsto in sede penale, in cui i delitti abrogati erano tutti esclusivamente dolosi ed a differenza di quanto previsto, sul piano civile, per la pretesa risarcitoria del soggetto danneggiato, per la quale è sufficiente anche la sola colpa del danneggiante. Sempre sul piano sostanziale, il decreto individua i criteri di natura oggettiva e soggettiva per la commisurazione delle sanzioni in termini del tutto corrispondenti a quelli previsti per la misura della pena all'art. 133 c.p. (art. 5). Ripresa dagli istituti propri del diritto penale e del diritto punitivo amministrativo, secondo la disciplina generale di cui alla l. 24-11-1981, n. 689, è anche la definizione di reiterazione dell'illecito (art. 6) e quella di concorso di persone (art. 7).

Gli artt. 8 e 9 definiscono, infine, la disciplina processuale ⁽⁹⁾. La delega legislativa conteneva scarse indicazioni in proposito, rimettendo al legislatore delegato la scelta in ordine all'Autorità Giudiziaria competente all'irrogazione della sanzione e alla devoluzione della somma versata.

Il decreto delegato ha attribuito al giudice civile la competenza ad irrogare le sanzioni pecuniarie civili nell'ambito del giudizio avviato dalla persona offesa con l'azione per il risarcimento del danno e nel solo caso in cui, pertanto, tale giudizio sia stato concretamente avviato. L'applicazione della sanzione pecuniaria civile è, dunque, subordinata all'avvio dell'azione da parte della persona offesa e all'accoglimento della pretesa risarcitoria fatta valere dall'attore, ma è irrogata dal giudice civile ex officio, ricorrendone tutti gli altri presupposti per l'applicazione (ad esempio: sussistenza degli elementi tipici, accertamento del dolo, mancanza di scriminanti, ...), senza alcuna necessità di una espressa richiesta in tal senso della persona offesa/danneggiata. La scelta dell'applicabilità d'ufficio trova la sua ragione nella funzione general-preventiva della sanzione pecuniaria e nella successiva devoluzione allo Stato della stessa.

L'onere della prova è stato interamente parificato a quello fissato nell'ordinamento civile ai fini della decisione sulla domanda di risarcimento del danno, per esigenze di coerenza e funzionalità pratico-applicativa. Il 4° co. dell'art. 8 rinvia in termini generali alle norme del codice di procedura civile, in quanto compatibili.

Ripresa, invece, dalle garanzie del processo penale è la previsione della non applicabilità della sanzione pecuniaria civile qualora l'atto introduttivo sia stato introdotto nelle forme stabilite [all'art. 143 c.p.c.](#) per le persone irreperibili.

I proventi delle sanzioni pecuniarie, inizialmente devoluti in favore della Cassa delle Ammende, sono ora destinati all'indennizzo delle vittime dei reati intenzionali violenti (art. 10) ⁽¹⁰⁾. La soluzione a favore della destinazione pubblicistica della sanzione è stata adottata in ragione della sua funzione general-preventiva e compensativa, ritenuta incoerente rispetto alla possibile devoluzione del provento a beneficio della persona offesa. Ai sensi dell'art. 9 del decreto, la somma è recuperata secondo le disposizioni stabilite dalla parte VII del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al [d.p.r. 30-5-2002, n. 115](#) ⁽¹¹⁾. Il giudice può disporre, in relazione alle condizioni economiche del condannato, che il pagamento sia effettuato ratealmente, così come consentito per le sanzioni amministrative. Come per le sanzioni penali, non è, infine, ammessa alcuna forma di copertura assicurativa e l'obbligo di pagamento non si trasmette agli eredi.

5. Il d.lg. 15-1-2016, n. 7. d) La disciplina transitoria.

L'art. 12 del decreto stabilisce, in deroga al principio generale di cui all'art. 11 disp. prel. c.c., l'applicazione retroattiva delle sanzioni pecuniarie civili ai fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto, salvo che il procedimento penale per i fatti di reato oggetto di abrogazione sia già stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili. In quest'ultimo caso, è previsto che il giudice dell'esecuzione revochi la sentenza o il decreto irrevocabili, dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adottando i provvedimenti conseguenti, con l'osservanza delle disposizioni di cui all'art. 667, 4° co., c.p.p., senza più alcuna possibilità di applicare per tali fatti le sanzioni pecuniarie civili.

Fermo il dovere del giudice penale, in qualsiasi fase o grado del giudizio, di concludere, ai sensi [dell'art. 129 c.p.p.](#), il processo pendente per uno dei reati abrogati per intervenuta abolitio criminis, dichiarando che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, si è formato nella giurisprudenza di legittimità, nel silenzio delle disposizioni del decreto sul punto, un acceso contrasto sulla sorte dei capi della sentenza non definitiva di condanna contenenti le statuizioni civili. In assenza di una norma del [decreto n. 7](#) parallela a quella prevista all'art. 9, 3° co., d.lg. 15-1-2016, n. 8, si era, infatti, contrapposta la tesi secondo cui le statuizioni civili relative ai reati abrogati sarebbero rimaste insensibili alle vicende del giudicato penale, con conseguente mantenimento in capo al giudice dell'impugnazione del potere di decidere sui capi della sentenza impugnata relativi alla condanna alle restituzioni ed al risarcimento del danno, così come previsto per le ipotesi di depenalizzazione ⁽¹²⁾, alla tesi di segno opposto, secondo cui il silenzio del legislatore sulla vigenza delle statuizioni civili doveva essere interpretato nel senso della caducazione delle statuizioni civilistiche per effetto della abrogazione del reato oggetto del processo, con conseguente attribuzione alla persona offesa dell'onere di promuovere un'eventuale azione davanti al giudice civile, competente anche per l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie civili ⁽¹³⁾.

Quest'ultimo orientamento è stato confermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che hanno escluso che il giudice dell'impugnazione possa ancora pronunciarsi, dopo l'entrata in vigore del decreto, sulle statuizioni civili relative ai fatti di reato abrogati col medesimo provvedimento ⁽¹⁴⁾. Nel dichiarare, pertanto, che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, il giudice dell'impugnazione deve revocare anche i capi della sentenza che concernono gli interessi civili e la parte civile già costituita potrà adire il giudice civile ex novo per la tutela dei propri interessi risarcitori senza incontrare alcuna preclusione. Soltanto nel caso in cui, invece, sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, viene revocata dal giudice dell'esecuzione la sentenza, ma rimangono ferme le disposizioni e i capi che concernono gli interessi civili, non essendo applicabili in tali ipotesi le disposizioni sui nuovi illeciti civili, ai sensi del 2° comma dell'art. 12 del decreto.

6. Il d.lg. 15-1-2016, n. 8. a) La depenalizzazione "cieca". Criterio selettivo, esclusioni e disciplina sanzionatoria

Accanto all'inedito meccanismo dell'abrogazione delle norme penali e della trasposizione delle relative fattispecie nell'ordinamento civile al fine dell'applicazione di sanzioni pecuniarie, il legislatore delegante ha previsto altresì il ricorso all'ormai consolidato strumento della depenalizzazione attraverso la trasformazione dei reati in illeciti amministrativi. La delega contenuta all'art. 2, 2° e 3° co, lett. b), [l. 28-4-2014, n. 67](#) è stata attuata con il d.lg. 15-1-2016, n. 8, che individua due distinti criteri di selezione dei reati da depenalizzare: un criterio principale di natura formale, fondato sulla pena prevista per i singoli reati, e un criterio complementare di carattere normativo, con specifica indicazione delle disposizioni su cui deve intervenire la depenalizzazione.

Il primo criterio selettivo, di natura formale, è fissato nella clausola generale di cui all'art. 1 del decreto, che stabilisce la trasformazione in illeciti amministrativi di tutti i reati per i quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda ⁽¹⁵⁾. I reati depenalizzati non sono, dunque, nominativamente individuati né oggetto di preliminare e specifica valutazione da parte del legislatore. Trattasi di un criterio già in passato utilizzato, in particolare dalla [l. 24-12-1975, n. 706](#) e dalla [l. 24-11-1981, n. 689](#), e fondato sulla generale considerazione che la previsione edittale della sola pena pecuniaria costituisca indice oggettivo di minore gravità del reato, nonché sulla valutazione della maggiore efficacia general- e special-preventiva della sanzione pecuniaria amministrativa rispetto all'applicazione di una pena di modesto importo, con elevato rischio di prescrizione.

Il ricorso a clausole cieche di depenalizzazione, pur semplice nella sua realizzazione e comunque utile per il perseguimento di esigenze di riduzione dell'area penalmente rilevante, presenta, tuttavia, numerosi svantaggi sia in ragione dell'assenza di uno specifico vaglio sulle singole fattispecie da parte del legislatore sia in ragione della conseguente cieca determinazione del trattamento sanzionatorio, inevitabilmente individuato attraverso la definizione di differenti livelli di sanzioni pecuniarie in rapporto alla gravità delle pene originariamente previste.

Il legislatore delegato, vincolato dalla scelta compiuta nella legge delega, si è mostrato consapevole della problematicità di tale forma di depenalizzazione, precisando nella relazione illustrativa al decreto che, pur essendosi cercato di ovviare a tali difetti della depenalizzazione cieca con la previsione di una lunga serie di materie escluse dalla depenalizzazione, non è evidentemente possibile «evitare che l'effetto depenalizzante raggiunga eventualmente fattispecie che, pur punite con la sola pena pecuniaria e non rientranti nelle materie escluse, siano a tutela di beni particolarmente significativi» ⁽¹⁶⁾. Il fine principale di tale forma di depenalizzazione è stato individuato «nella evidente e attuale criticità connessa ad una espansione ipertrofica del diritto penale che rischia di determinare effetti particolarmente insidiosi, consistenti, da un lato, nello svilimento della serietà che occorrerebbe riconoscere alla pena (ed al ricorso ad essa), dall'altro, nella circostanza che l'eccesso di prescrizioni provoca disorientamento e acutizza il problema della conoscibilità delle norme penali da parte dei cittadini» ⁽¹⁷⁾.

Al fine di evitare incertezze sull'ambito di applicazione della clausola di depenalizzazione ed attribuire al contempo alla stessa il massimo spazio di estensione, l'art. 1, 2° co. del decreto specifica che l'esclusione della rilevanza penale è da intendersi riferita ai reati puniti nell'ipotesi base con la sola pena della multa o dell'ammenda anche quando nelle forme aggravate sia

prevista la pena detentiva, sola, alternativa o congiunta a quella pecuniaria. In questo caso, le ipotesi aggravate devono essere qualificate come fattispecie autonome a seguito del venir meno della natura penale della fattispecie semplice. L'art. 5 del decreto ulteriormente precisa, in funzione di coordinamento con la previsione dell'art. 1, 2° co., che nel caso in cui la fattispecie aggravata, punita con pena detentiva, sia fondata sulla recidiva in relazione ad un reato ora depenalizzato, tale riferimento deve essere inteso come indicante la reiterazione dell'illecito depenalizzato nell'ipotesi base ⁽¹⁸⁾.

L'applicabilità della clausola generale è espressamente esclusa, innanzitutto, in relazione ai reati previsti dal codice penale puniti con la sola pena pecuniaria, per i quali è stabilito che debbano valere le sole depenalizzazioni nominative previste nelle disposizioni successive del decreto. La scelta del legislatore delegato di escludere dalla depenalizzazione "cieca" tutti i reati previsti nel codice penale puniti con pena pecuniaria, che non trova riscontro esplicito nella legge delega, è stata dichiarata dalla Corte costituzionale conforme all'art. 76 Cost., sul rilievo che, a fronte di elementi testuali della legge delega suscettibili di divergenti letture in ordine alla ricomprensione o meno nella clausola di depenalizzazione cieca dei reati previsti nel codice penale puniti con la sola pena pecuniaria, la consapevole scelta del legislatore delegato ha costituito legittimo esercizio della discrezionalità spettante al Governo nella fase di attuazione della delega, nel rispetto della ratio di quest'ultima e in coerenza con esigenze sistematiche proprie della materia penale ⁽¹⁹⁾.

La clausola generale non si applica altresì ai reati previsti dal testo unico in materia di immigrazione, di cui al d.lg. 25-7-1998, n. 286 ⁽²⁰⁾, e alle materie indicate nell'elenco allegato al decreto, quali l'edilizia e l'urbanistica, la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro, la sicurezza pubblica, i giochi d'azzardo e le scommesse, le armi e gli esplosivi, le elezioni ed il finanziamento ai partiti, la proprietà intellettuale e industriale. Accanto all'indicazione delle singole materie l'elenco specifica le leggi che le disciplinano e che sono escluse dalla depenalizzazione, secondo una tecnica già seguita nel d.lg. 30-12-1999, n. 507.

Per la determinazione della sanzione amministrativa da irrogare, i reati depenalizzati vengono, infine, divisi in tre gruppi, in base alla entità della pena pecuniaria edittale originariamente prevista, per ciascuno dei quali viene fissato un intervallo da un minimo di 5.000 euro ad un massimo di 50.000 euro, che si presenta in numerosi casi assai più elevato di quello previsto per la originaria pena pecuniaria ⁽²¹⁾.

7. Il d.lg. 15-1-2016, n. 8. b) La depenalizzazione nominativa.

Gli artt. 2 e 3 del decreto, recependo in parte le indicazioni contenute nella legge delega, individuano nominativamente una eterogenea serie di reati da depenalizzare.

Vengono, innanzitutto, trasformati in illeciti amministrativi i reati previsti nel codice penale con riferimento agli atti, alle pubblicazioni e spettacoli osceni ed agli atti contrari alla pubblica decenza (artt. 527, 528 e 726 c.p.), nonché le contravvenzioni relative al rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto, di abuso della credulità popolare e di rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive (artt. 652, 661 e 668 c.p.). Tra le disposizioni extra codicem, oltre alla depenalizzazione di alcune risalenti fattispecie prive di applicazioni giudiziarie ⁽²²⁾, assume una concreta funzione deflattiva del carico giudiziario la trasformazione in illecito amministrativo del delitto di omesso versamento delle ritenute assistenziali e previdenziali operate dal datore di lavoro sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti quando l'importo omesso sia uguale o inferiore ai diecimila euro annui (art. 2, co. 1 bis, d.l. 12-9-1983, n. 463, convertito con modificazioni in l. 11-11-1983, n. 638). Ulteriori disposizioni depenalizzate sono costituite dall'art. 171 quater, l. 22-4-1941, n. 633, in tema di tutela del diritto d'autore, e dall'art. 28, 2° co., d.p.r. 9-10-1990, n. 309, in tema di inosservanza delle prescrizioni e delle garanzie cui è subordinata l'autorizzazione alla coltivazione di piante da cui è possibile estrarre sostanze stupefacenti.

Il Governo ha, invece, deciso di non esercitare la delega in relazione a due fattispecie che avrebbero inciso in modo significativo sul carico giudiziario: la contravvenzione di disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone (art. 659 c.p.) e, soprattutto, il reato di clandestinità (art. 10 bis, d.lg. 25-7-1998, n. 286). La relazione al decreto indica la "ragione politica" del mancato esercizio della delega nella valutazione del carattere particolarmente sensibile degli interessi coinvolti e nella considerazione che, per tali materie, «in assenza di un intervento sistematico di

più ampio respiro, lo strumento repressivo penale appare, invero, indispensabile ai fini della composizione del conflitto innescato dalla commissione dell'illecito».

Le cornici edittali fissate per i nuovi illeciti amministrativi sono state determinate sulla base di un criterio generale parametrato, all'interno dell'intervallo fissato nella legge delega tra euro cinquemila ed euro cinquantamila, in base alla misura della pena detentiva originariamente prevista per il reato ⁽²³⁾. Tale criterio è stato derogato nella determinazione della sanzione ora prevista per la fattispecie di atti osceni, che sarebbe stata riconducibile al più elevato livello sanzionatorio, ma che il legislatore delegato ha ritenuto di dover rideterminare in misura inferiore in ragione del mutato disvalore del fatto rispetto alla originaria considerazione codicistica.

In caso di reiterazione degli illeciti di cui agli artt. 668 c.p., 171 quater, l. 22-4-1941, n. 633 e 28, 2° co., d.p.r. 9-10-1990, n. 309 è prevista l'applicazione delle sanzioni accessorie della sospensione della concessione, della licenza, dell'autorizzazione o di altro provvedimento amministrativo che consenta l'esercizio dell'attività da un minimo di dieci giorni a un massimo di tre mesi. In relazione a tali reati è anche esclusa l'applicabilità del pagamento in misura ridotta previsto all'art. 16, l. 24-11-1981, n. 689.

8. Il d.lg. 15-1-2016, n. 8. c) Disposizioni comuni ai nuovi illeciti amministrativi e disciplina transitoria.

La disciplina sostanziale e procedimentale dei nuovi illeciti amministrativi è regolata dalle disposizioni generali contenute al Capo I della l. 24-11-1981, n. 689, cui il decreto rinvia. La competenza ad applicare le sanzioni oggetto di depenalizzazione "cieca" di cui all'art. 1 del decreto è determinata, in assenza di specifica regolamentazione nella singola legge, in conformità ai consolidati criteri di cui all'art. 17, l. 24-11-1981, n. 689. Per i reati del codice penale trasformati in illecito amministrativo la competenza è attribuita al prefetto. Per i reati previsti nella legislazione complementare sono specificamente individuate le autorità amministrative competenti in relazione alle singole leggi, con attribuzione in via residuale al prefetto della competenza per i casi non espressamente disciplinati.

La disciplina transitoria è, invece, analiticamente regolata agli artt. 8 e 9 del decreto che prevedono l'applicabilità retroattiva delle sanzioni amministrative ai fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore del decreto e indicano le modalità di trasmissione degli atti del procedimento penale all'autorità amministrativa.

La previsione dell'applicazione retroattiva delle nuove sanzioni amministrative ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge e non ancora giudicati in via definitiva nell'ambito di un procedimento penale costituisce una previsione comune ai più recenti interventi di depenalizzazione. In assenza di una disposizione che preveda espressamente l'applicazione retroattiva della nuova disciplina, infatti, le sanzioni amministrative dovrebbero applicarsi soltanto ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge e, per contro, i fatti commessi precedentemente rimarrebbero privi di qualsiasi sanzione, in quanto ad essi non sarebbero applicabili né le pene originariamente previste, abolite dalla legge di depenalizzazione, né le nuove sanzioni amministrative.

Le sanzioni pecuniarie comminate per i nuovi illeciti amministrativi sono, pertanto, espressamente dichiarate applicabili anche alle violazioni commesse prima dell'entrata in vigore del decreto, purché il procedimento penale non sia stato definito con provvedimento definitivo di condanna.

Le competenze, le condizioni, le modalità e i termini per il trasferimento degli atti del procedimento penale all'autorità amministrativa sono definite dall'art. 9 del decreto, che distingue la procedura a seconda che sia stata o meno esercitata l'azione penale e consente all'interessato di procedere al pagamento in misura ridotta della sanzione, con effetti estintivi dell'illecito.

Nel caso in cui, invece, il processo penale si sia già concluso con provvedimento definitivo di condanna, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza o il decreto penale irrevocabili, dichiarando che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, secondo la procedura semplificata di cui all'art. 667, 4° co., c.p.p.

In considerazione, inoltre, della riconducibilità delle stesse sanzioni amministrative al concetto di "materia penale" in senso sostanziale, come elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo



e dalla più recente giurisprudenza costituzionale, il legislatore delegato ha altresì introdotto, pur nel silenzio della legge delega ed al fine di evitare possibili censure di incostituzionalità della disciplina di applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative, la previsione che, in ogni caso, la nuova sanzione pecuniaria deve essere irrogata in una misura non superiore al massimo della pena originariamente prevista, ragguagliata ai sensi [dell'art. 135 c.p.](#), e che a tali fatti non si possono applicare neppure le sanzioni accessorie introdotte con il decreto che non fossero già previste anche in relazione alle previgenti fattispecie penali.

L'applicazione concreta di tale disciplina transitoria ha messo in evidenza alcune situazioni problematiche, in cui l'applicazione retroattiva della sanzione amministrativa evidenzia l'esistenza di contraddizioni nel sistema e la possibile incidenza in senso sfavorevole della disciplina transitoria. La previsione, infatti, della non applicabilità della sanzione pecuniaria in misura superiore al massimo edittale previsto per la previgente pena, ragguagliata ai sensi [dell'art. 135 c.p.](#), non impedisce il verificarsi di situazioni, già presentatesi in sede di applicazione pratica della normativa, in cui la sanzione pecuniaria amministrativa in concreto applicabile risulti comunque, nonostante il limite posto dalla disciplina transitoria, ampiamente superiore alla entità della pena che sarebbe stata inflitta per la previgente fattispecie di reato.

La questione è stata sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale per ritenuto contrasto della disciplina transitoria prevista agli artt. 8 e 9, d.lg. 15-1-2016, n. 8 con gli artt. 3, 25, 2° co., e 27 Cost., in riferimento ai casi in cui, nell'applicazione retroattiva delle nuove sanzioni amministrative, viene irrogata una sanzione pecuniaria non penale, ma di importo notevolmente superiore alla multa che sarebbe stata inflitta nel vigore dell'originaria fattispecie penale ⁽²⁴⁾. La Corte, tuttavia, non si è pronunciata sul merito delle questioni, avendo dichiarato inammissibile il ricorso, ma ha allo stesso modo messo in evidenza il dovere da parte del giudice comune nell'attività interpretativa «di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU», salvo che incontri il limite rappresentato dalla presenza di una legislazione interna di contenuto contrario alla Cedu. La determinazione delle sanzioni in concreto applicabili dovrà, pertanto, per quanto consentito in sede interpretativa e nei limiti del disposto di legge, evitare violazioni del principio di irretroattività della legge più sfavorevole, dovendosi applicare tale principio anche alle norme introdotte con la legge di depenalizzazione, in quanto incidenti su una "materia penale", così come intesa in senso sostanziale dalla giurisprudenza della Corte europea ⁽²⁵⁾.

9. Depenalizzazione e sanzioni pecuniarie civili. Una prima valutazione

Trascorsi due anni dall'entrata in vigore dei decreti risulta ancora piuttosto difficile tracciare un bilancio degli effetti che i medesimi hanno conseguito nell'ordinamento, in rapporto agli obiettivi perseguiti da Parlamento e Governo, anche in ragione del susseguirsi in quest'arco di tempo di numerosi altri provvedimenti legislativi aventi il medesimo intento di ridurre l'area del penalmente rilevante e deflazionare la giustizia penale ma anche, in senso diametralmente opposto, di rafforzare il trattamento sanzionatorio di taluni reati e introdurre nuove fattispecie delittuose.

Indubbia è, comunque, l'importanza sul piano sistematico dei due provvedimenti. L'intervento di depenalizzazione prosegue, innanzitutto, nella strada intrapresa da oltre quarant'anni dal legislatore italiano della progressiva trasformazione dei reati, ritenuti non più meritevoli di rilevanza penale, in illeciti amministrativi secondo i consolidati principi fissati dalla [l. 24-11-1981, n. 689](#). La depenalizzazione ha riguardato per la gran parte fattispecie aventi ridotta o assente applicazione giudiziaria, in funzione di snellimento del sistema e riduzione del numero complessivo delle fattispecie di reato, ma ha anche interessato alcune disposizioni la cui depenalizzazione può ridurre almeno in parte il carico degli uffici giudiziari penali, quali, in particolare, la trasformazione in illecito amministrativo dell'omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali in misura uguale o inferiore ai diecimila euro da parte del datore di lavoro, il reato di guida senza patente e, in misura minore, i delitti in materia di contrabbando. Ma è sulla futura applicazione ed estensione della nuova figura degli illeciti civili soggetti a sanzioni pecuniarie irrogate dal giudice civile nel giudizio per le restituzioni o il risarcimento del danno che sarà valutata l'effettiva incidenza innovativa della [l. 28-4-2014, n. 67](#). Superate le iniziali ed inevitabili difficoltà pratiche e teoriche nell'applicazione del nuovo istituto e assicurato il rispetto delle garanzie sostanziali e processuali proprie della "materia penale" anche nel



procedimento di applicazione delle sanzioni pecuniarie civili, sulla linea già intrapresa dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale per le materie depenalizzate, la nuova categoria di illecito potrà essere ulteriormente ampliata con l'introduzione di nuovi illeciti civili, consentendo così all'istituto introdotto dal d.lg. 15-1-2016, n. 7 di incidere in modo significativo nella riduzione dell'area di intervento penale. L'attuale riconduzione del previgente reato di ingiuria nel novero degli illeciti civili consentirà, sicuramente, il formarsi di un importante approfondimento teorico e pratico del nuovo istituto.

(1) PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, RIDPP, 2014, 1693 ss.

(2) L'elaborazione delle proposte per l'attuazione di tali deleghe è stata compiuta dalla Commissione ministeriale, costituita con d.m. 27-5-2014, presieduta dal prof. Francesco Palazzo (Commissione di studio per elaborare proposte in tema di revisione del sistema sanzionatorio e per dare attuazione alla legge delega 28-3-2014, n. 67 in materia di pene detentive non carcerarie e di depenalizzazione). Per ogni delega la Commissione ha presentato uno schema di decreto legislativo corredato da una relazione che illustra i criteri e i principi sottesi alla proposta.

(3) *Relazione illustrativa al decreto legislativo recante disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67*, 1.

(4) Per tutti si rinvia a ALPA, *Il dibattito intorno ai danni punitivi. Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi". Un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1084.

(5) Si vedano, ad esempio, i seguenti rimedi risarcitori, introdotti nell'ordinamento civile, con funzione sostanzialmente sanzionatoria: la l. 8-2-1948, n. 47, art. 12, che, in materia di diffamazione a mezzo stampa, prevede il pagamento di una somma "in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato"; l'art. 96, 3° co., c.p.c. (aggiunto dalla l. 18-6-2009, n. 69), che prevede la condanna della parte soccombente al pagamento di una "somma equitativamente determinata", in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo; l'art. 709 ter c.p.c. (inserito dalla l. 8-2-2006, n. 54), in base al quale, nelle controversie tra i genitori circa l'esercizio della responsabilità genitoriale o le modalità di affidamento della prole, il giudice ha il potere di emettere pronunce di condanna al risarcimento dei danni, la cui natura assume sembianze punitive; l'art. 158, l. 22-4-1941, n. 633 e, soprattutto, l'art. 125, d.lg. 10-2-2005, n. 30, che riconoscono al danneggiato un risarcimento corrispondente ai profitti realizzati dall'autore del fatto, connotato da una funzione preventiva e deterrente, laddove l'agente abbia lucrato un profitto di maggiore entità rispetto alla perdita subita dal danneggiato; l'art. 187 undecies, 2° co., d.lg. 24-2-1998, n. 58, che prevede, nei procedimenti penali per i reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, che la Consob possa costituirsi parte civile e "richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato".

(6) Cass. civ. S.U., 5-7-2017, n. 16601, CED, 644914-01, alla cui motivazione si rinvia per i richiami al contrasto giurisprudenziale insorto tra le semplici della Corte di Cassazione. In dottrina cfr. SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: "punitive damages" e deterrenza*, FI, 2017, I, 2644; BARONE, *"Punitive damages": multiplo risarcimento sanzionatorio-deterrente o iper-ristoro solo cautelativo?*, GI, 2017, 1358; BRIGUGLIO, *Danni punitivi e delibazione di sentenza straniera: "turning point nell'interesse della legge"*, RCP, 2017, 1597; D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, FI, 2017, I, 2639.

(7) *Relazione*, cit., 3.

(8) *Relazione*, cit., 3.

(9) Per tutti, cfr. BOVE, *Un nuovo caso di pronuncia d'ufficio. Profili processualciviltistici del d.lg. 15 gennaio 2016, n. 7*, NLCC, 2016, 412 ss.

(10) L'art. 1, 351° co., l. 11-12-2016, n. 232 ha modificato l'art. 10, 1° co., d.lg. 15-1-2016, n. 7, prevedendo che il provento delle sanzioni pecuniarie, originariamente destinato alla Cassa delle Ammende, sia «versato all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnato al pertinente



capitolo di spesa dello stato di previsione del Ministero dell'interno riguardante il Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive, dell'usura e dei reati intenzionali violenti, per le finalità di cui all'articolo 11 della legge 7 luglio 2016, n. 122», ovvero al fine di indennizzare le vittime dei reati intenzionali violenti.

⁽¹¹⁾ Anche tale previsione è stata introdotta dall'art. 1, 351° co., [l. 11-12-2016, n. 232](#). Il testo originario dell'art. 9 prevedeva che i termini e le modalità di pagamento della sanzione, nonché le forme per la riscossione dell'importo dovuto dovessero essere definite da un successivo decreto ministeriale.

⁽¹²⁾ Cass. pen., sez. II, 27-4-2016, n. 29603, [CED, 267166](#); Cass. pen., sez. II, 23-3-2016, n. 14529, [CED, 266467](#); Cass. pen., sez. V, 15-2-2016, n. 14041, [CED, 266317](#).

⁽¹³⁾ Cass. pen., sez. II, 10-6-2016, n. 26091, [CED, 267004](#); Cass. pen., sez. II, 9-6-2016, n. 26071, [CED, 267003](#); Cass. pen., sez. V, 10-5-2016, n. 32198, [CED, 267002](#); Cass. pen., sez. V, 1-4-2016, n. 16147, [CED, 266503](#); Cass. pen., sez. V, 9-3-2016, n. 14044, [CED, 266297](#); Cass. pen., sez. V, 19-2-2016, n. 15634, [CED, 266502](#).

⁽¹⁴⁾ Cass. S.U., 29-9-2016, n. 46688, [CED, 267884](#); in senso conforme, più di recente: Cass., sez. V, 19-10-2017, n. 51622, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Cass., sez. III, 16-3-2017, n. 37419, [CED, 270743](#).

⁽¹⁵⁾ Tra i reati depenalizzati in quanto rientranti nella clausola cieca di depenalizzazione si possono citare: il reato di guida senza patente (art. 116, 15° co., d.lg. 30-4-1992, n. 285); l'interruzione volontaria della gravidanza in violazione delle modalità indicate dalla legge (art. 19, 2° co., [l. 22-5-1978, n. 194](#)); alcuni delitti in materia di contrabbando (artt. 282-292, 294, [d.p.r. 23-1-1973, n. 43](#)).

⁽¹⁶⁾ Cfr. *Relazione al decreto legislativo recante disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67*, 2. A titolo esemplificativo, la relazione indica la fattispecie di cui all'art. 19, 2° co., [l. 22-5-1978, n. 194](#), che punisce con la sola multa la donna che cagioni l'interruzione della propria gravidanza senza l'osservanza delle modalità indicate dalla legge.

⁽¹⁷⁾ *Relazione*, cit., 1.

⁽¹⁸⁾ La relazione indica come esempio l'art. 116, 15° co., c. str. che punisce con la sola pena pecuniaria la condotta di guida senza patente e che contempla, invece, al medesimo comma la pena dell'arresto fino ad un anno nel caso di recidiva nel biennio.

⁽¹⁹⁾ [C. Cost., 26-5-2017, n. 127](#), che ha dichiarato non fondate, alla luce degli [artt. 76 e 77 Cost.](#), le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento alla mancata depenalizzazione dei reati del codice penale puniti con sola pena pecuniaria, e, in particolare, [dell'art. 392 c.p.](#) La relazione illustrativa al decreto (*Relazione*, cit., 2) chiarisce che la decisione è stata assunta in ragione della nominativa indicazione da parte del legislatore delegante, nell'elenco dei reati da depenalizzare, di alcune fattispecie del codice penale punite con la sola pena pecuniaria (ad esempio, [l'art. 726 c.p.](#)) e di alcune considerazioni di carattere sistematico, che portano a rilevare come la depenalizzazione cieca dei reati del codice penale puniti con la sola pena pecuniaria avrebbe portato ad escludere la rilevanza penale di fattispecie poste a tutela di beni di rilevanza superiore rispetto ad altre sicuramente meno offensive ma rientranti nelle materie escluse (ad esempio, avrebbe comportato la depenalizzazione di reati contro l'amministrazione della giustizia, a fronte del mantenimento di rilevanza penale delle contravvenzioni di cui agli artt. 727 bis, 1° co. e 703, 1° co., c.p.).

⁽²⁰⁾ La legge delega aveva disposto la trasformazione in illecito amministrativo del reato di immigrazione clandestina di cui all'art. 10 bis d.lg. n. 286/1998. Il Governo non ha ritenuto opportuno esercitare tale delega in ragione del carattere particolarmente sensibile degli interessi coinvolti e dalla considerazione che, per tale materia, «in assenza di un intervento sistematico di più ampio respiro, lo strumento repressivo penale appare, invero, indispensabile ai fini della composizione del conflitto innescato dalla commissione dell'illecito». Cfr. RUGGIERO, *La depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina. Un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, *DPCont*, 2017, 2, 135 ss.

⁽²¹⁾ Per i conseguenti problemi di diritto transitorio v. *infra* par. 8.

⁽²²⁾ Art. 8, [l. 8-1-1931, n. 234](#); art. 3, d.lg.lgt. 10-8-1945, n. 506; art. 15, [l. 18-11-1965, n. 1329](#); art. 16, 4° co., [d.l. 26-10-1970, n. 745](#), convertito in [l. 18-12-1970, n. 1034](#).

⁽²³⁾ La relazione illustrativa al decreto precisa che «circa le nuove cornici edittali delle sanzioni amministrative, sia con riguardo ai reati del codice penale (di cui all'art. 2) che agli altri casi di depenalizzazione (di cui all'articolo 3), si evidenzia di aver fissato i seguenti limiti - salve diverse previsioni specifiche - sulla base di un criterio generale ispirato a principi di proporzione, ragionevolezza e coerenza sistematica: 1) sanzione amministrativa da 5.000 a 15.000 euro per le contravvenzioni punite con l'arresto fino a sei mesi; 2) sanzione amministrativa da 5.000 a 30.000 euro per le contravvenzioni punite con l'arresto fino a un anno; 3) sanzione amministrativa da euro 10.000 a euro 50.000 per i delitti e le contravvenzioni puniti con una pena detentiva superiore a un anno». Il criterio è stato derogato, oltre che nel caso [dell'art. 527 c.p.](#), quando l'illecito da depenalizzare, pur essendo riconducibile all'ipotesi sanzionatoria più severa, è stato provvisto di un massimo edittale inferiore, ciò allo scopo di consentire l'operatività degli aumenti stabiliti per le ipotesi aggravate, nel rispetto del limite massimo di 50.000 euro imposto dalla legge delega (*Relazione*, cit., 4).

⁽²⁴⁾ *C. Cost.*, 11-5-2017, n. 109, QG, 2017, in un caso relativo all'applicazione retroattiva della sanzione amministrativa ora prevista per il mancato versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali da parte del datore di lavoro in misura inferiore ad euro diecimila. Il fatto era, infatti, punito, prima della depenalizzazione, con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino 1.032,91 euro, con possibilità di applicazione della sospensione condizionale della pena. L'attuale sanzione amministrativa pecuniaria è ora compresa da un minimo di euro 10.000 ad un massimo di euro 50.000. Nel caso che ha determinato la rimessione della questione di costituzionalità alla Corte costituzionale, la somma non versata ammontava a soli 177 euro, a fronte dei quali la sanzione pecuniaria amministrativa applicabile poteva essere determinata fino ad euro 50.000 in quanto non superiore alla pena previgente ragguagliata la pena detentiva ai sensi [dell'art. 135 c.p.](#) La questione è stata sollevata con riferimento alla violazione del principio di irretroattività in materia penale, attesa, alla luce della giurisprudenza della Corte Dir. Uomo sui criteri Engel, la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa; del principio di eguaglianza, per la disparità di trattamento fra i soggetti già condannati al momento dell'entrata in vigore del decreto ed i soggetti le cui posizioni, al contrario, sono in quel momento ancora sub iudice; nonché, da ultimo, del principio di rieducazione della pena, in quanto la nuova sanzione, applicata retroattivamente, sarebbe percepita come frutto di un abuso dello Stato ed incompatibile con lo scopo rieducativo della pena.

⁽²⁵⁾ VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, DPCont, 2017, 5, 330 ss.; PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, DPCont, 2017, 4, 183

Danno e Resp., 2019, 1, 102 (dottrina)

I DANNI PUNITIVI TIPICI NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA

di Anna Fittante

La pronuncia in commento esclude che l'indennizzo da mancata lettura del contatore, di cui all'articolo 4.2 della Delibera n. 229 del 2001 dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, assuma natura di danno punitivo. Conformemente a quanto sostenuto dalle Sezioni Unite, con sentenza 5 luglio 2017, n. 16601, i risarcimenti con funzione punitiva, richiedono una intermediazione legislativa.

Sommario: [Funzione riparatoria della responsabilità e vuoti di tutela - L'indennizzo automatico da mancata lettura del contatore del gas: danno punitivo atipico? - Il responso della Cassazione - Il problema della compatibilità dei danni punitivi con il nostro ordinamento - La necessaria tipicità dei danni punitivi: garanzia o limite?](#)

[Funzione riparatoria della responsabilità e vuoti di tutela](#)

Ogni qualvolta un comportamento illecito determina un ingiustificato arricchimento dell'autore a danno di un altro soggetto, l'ordinamento predispone strumenti con funzione ripristinatoria, sanzionatoria o equitativa. Secondo l'impostazione tradizionale, la tutela risarcitoria prevista [dall'art. 2043 c.c.](#) è calibrata sul danno, stante la sottesa *ratio* ripristinatoria. L'idea di

fondo è che il diritto debba assicurare a ciascuno "ciò che gli spetta", in aderenza a un principio di equità⁽¹⁾.

La direttiva diventa, tuttavia, problematica in tre casi: quando il danno è inferiore alla gravità dell'offesa, l'arricchimento del danneggiante è superiore al *quantum* risarcito al titolare del diritto leso, il costo sociale è superiore al costo individuale. Alcuni ordinamenti ricorrono ai c.d. *punitive damages* per fornire una soluzione al problema *ex post* e per prevenirlo *ex ante*. Sul tema - un tabù di vecchia data - è recentemente intervenuta la Corte di cassazione, la quale ha scardinato il dogma della funzione esclusivamente riparatoria della responsabilità e ha dettato i presupposti per il riconoscimento della sua compatibilità con la nostra tradizione giuridica⁽²⁾: tramite il recupero del principio di legalità e proporzionalità della sanzione in materia penale, "alcuni" danni punitivi sono stati trasformati, da intrusi, in stranieri da ospitare. L'illecito aquiliano è atipico, ma non quando assolve una funzione sanzionatoria⁽³⁾.

La suddetta pronuncia delle Sezioni Unite non scioglie i nodi per i casi in cui manchi un'intermediazione legislativa: di qui il dubbio che l'ammissibilità dei danni punitivi tipici possa risolversi in quella che rischia di divenire una "truffa delle etichette"⁽⁴⁾.

L'indennizzo automatico da mancata lettura del contatore del gas: danno punitivo atipico?

Il principio della necessaria tipicità dei risarcimenti punitivi è stato ora applicato dalla terza sezione civile della Cassazione, che ha confermato la coesistenza tra funzione sanzionatoria e riparatoria della responsabilità civile, esigendo al contempo che la moltiplicazione del *quantum* dovuto sia stata prevista dal legislatore.

La questione verte sull'interpretazione dell'art. 4.2 della Delibera n. 229 del 2001 dell'Autorità garante per l'energia elettrica e il gas (AEEG, che sarebbe poi divenuta Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente), che prevede, a carico dell'esercente del servizio di vendita di gas che non provveda alla lettura del contatore, la condanna al pagamento di un indennizzo automatico, il cui importo si raddoppia per ogni mancata rilevazione. Può il suddetto indennizzo essere qualificato come danno punitivo a fronte dell'effetto moltiplicatore potenzialmente innescato dalla previsione contrattuale⁽⁵⁾?

Secondo i ricorrenti, la norma deve essere interpretata nel senso di duplicare il valore dell'indennizzo ogni volta che sia omessa la lettura del contatore: la progressione geometrica del *quantum* dovuto esprimerebbe la *ratio* sanzionatoria della previsione. Richiamano sul punto la giurisprudenza del Tar Lombardia, che, annullando l'originaria formulazione della norma, aveva denunciato l'assenza di un'adequata proporzione tra le somme dovute e la condotta lesiva, specie nei casi di recidiva. Per tutta conseguenza, l'Autorità aveva chiarito: "l'indennizzo deve assolvere ad una effettiva funzione di deterrenza e la relativa tecnica di applicazione deve risultare collegata in modo diretto e puntuale al comportamento del venditore non conforme allo schema che disciplina gli obblighi di lettura, e pertanto il metodo di cui all'alinea precedente può essere basato sulla determinazione di un indennizzo in misura fissa, il cui valore sia raddoppiato per ogni mancata lettura consecutiva"⁽⁶⁾. A giudizio della parte attrice, si doveva pertanto la sussistenza di una indebita locupletazione derivante da una progressione geometrica del *quantum*, essendo quest'ultima una mera reazione alla condotta di reiterato inadempimento all'obbligo di contatore.

La parte convenuta replica che l'eventuale condanna al pagamento di indennizzi esorbitanti potrebbe condurre a una chiusura dell'attività di impresa. Non a caso, a fronte di un'originaria richiesta risarcitoria di circa 834 milioni di euro (!), neanche l'espressione "over-compensation" renderebbe adeguatamente l'idea della sproporzione rispetto alla condotta illecita. Osserva altresì che la progressione geometrica determinerebbe una lesione del principio di ragionevolezza, non arbitrarietà e buon andamento della pubblica amministrazione. Vengono richiamate altre delibere di settore, che impongono il pagamento di somme determinate preventivamente per la violazione di clausole contrattuali. Si paventa il pericolo che venga apposto un freno al processo di liberalizzazione del mercato del gas, ledendo la libertà di impresa, nonché le direttive comunitarie che hanno dato impulso al suddetto fenomeno: gli operatori potrebbero invero essere dissuasi dal timore di incorrere nel pagamento di indennizzi esorbitanti, sino al paradosso di inibire l'esercizio di attività economiche per prevenire il risarcimento dei potenziali danni (insomma, un cane che si morde la coda). Sarebbe altresì elusa la volontà del

legislatore, il quale in nessuna norma ha inteso prevedere sanzioni a tal punto sproporzionate da apparire *in terrorem*.

Il responso della Cassazione

La Corte di cassazione, nel dichiarare inammissibile il ricorso principale, toglie dal giro l'effetto moltiplicatore prospettato dai ricorrenti principali.

Preliminarmente, essa osserva che la controversa disposizione della delibera è stata emanata in relazione all'art. 2, comma 12, lett. g), L. 14 novembre 1995, n. 481, ai sensi del quale l'autorità di regolazione "controlla lo svolgimento dei servizi con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili, determinando altresì i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente ove il medesimo soggetto non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio di cui al comma 37, nel contratto di programma ovvero ai sensi della lettera h)". Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, essendo l'attività ermeneutica finalizzata all'accertamento della volontà della pubblica amministrazione, le disposizioni dettate per l'interpretazione dei contratti devono ritenersi applicabili anche agli atti amministrativi non normativi. Il principio in esame non è tuttavia pertinente al caso in esame: alla norma su richiamata va infatti riconosciuta natura regolamentare, con caratteri di generalità e astrattezza, da interpretare, pertanto, alla luce dell'art. 12 delle Preleggi e non dei canoni di interpretazione negoziale.

In ogni caso, anche ipotizzando il ricorso ai canoni di interpretazione soggettiva e oggettiva, andrebbe comunque escluso l'effetto moltiplicatore dell'indennizzo imposto dalla delibera dell'Autorità. Non sembra possibile desumere, dal senso letterale e dal comportamento complessivamente tenuto, la volontà di imporre una sanzione crescente in modo esponenziale (si rammenta, sul punto, che l'originaria richiesta risarcitoria, diligentemente computata nella misura di circa 832 milioni di euro, era stata ridotta a 40 milioni, a riprova di un evidente sentore di sproporzione).

Del resto, la corte non accoglie il principio "in claris non fit interpretatio", ma evidenzia che dalla chiarezza del testo può emergere la volontà delle parti⁽⁷⁾. Si procede, pertanto, a una interpretazione letterale, non priva di ambiguità, osservando che l'utilizzo del termine "valore" può suscitare il dubbio di una misura variabile dell'indennizzo. Sì che occorre affiancare al dato testuale un'attività ermeneutica teleologicamente orientata. L'espresso riferimento all'indennizzo induce a riconoscere una componente non solo sanzionatoria, ma anche compensativa. Conseguentemente, sembra preferibile una lettura dell'art. 4.2 che non imponga il raddoppio del valore ottenuto a ogni mancata lettura, ma che ne disponga la duplicazione dell'importo "rispetto a quello iniziale per ogni mancata lettura".

Si osserva altresì che il precitato art. 2, comma 12, lett. g), in relazione al quale la Delibera è stata adottata, contempla la determinazione di un indennizzo automatico. L'automatismo potrebbe essere riferito sia all'*an*, sia al *quantum*. Orbene, la sentenza chiarisce come la questione controversa esuli dal campo delle sanzioni amministrative, essendo inquadrabile nell'ambito della responsabilità civile. La norma è posta a tutela di interessi individuali del fruitore del servizio e non a presidio di un interesse pubblicistico. Inoltre, secondo costante giurisprudenza e dottrina, per distinguere tra illecito civile e amministrativo è necessario avere riguardo alle conseguenze: la sanzione derivante dalla violazione del dovere del *neminem laedere* o dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio è il risarcimento del danno provocato⁽⁸⁾; gli illeciti amministrativi possono condurre, invece, a sanzioni patrimoniali o ablatorie. È dirimente, infatti, il passaggio della sentenza in cui la terza sezione civile richiama la natura polivalente della responsabilità civile, sostenuta dalla già ricordata pronunzia delle sezioni unite. Per garantire la compatibilità dei danni punitivi con gli artt. 23, 24 e 25 Cost. è necessaria una previsione di legge.

Se si accogliesse la tesi sostenuta dai ricorrenti principali sulla progressione geometrica dell'indennizzo, si aprirebbe il varco al riconoscimento di danni punitivi atipici. L'ammontare complessivo dell'indennizzo sarebbe per vero disancorato dal pregiudizio subito dall'utente, senza che ciò sia legittimato dalla *voluntas legis*. Si osserva, sul punto, che anche le ipotesi tipiche di risarcimenti sanzionatori devono rispettare precisi limiti quantitativi. Ciò trova conferma non solo nella giurisprudenza nazionale, ma anche nel confronto con altri

ordinamenti⁽⁹⁾. La Cassazione, in definitiva, esclude che la tecnica divisata dall'articolo 4.2 della Delibera possa, in assenza di un avallo legislativo, attivare un risarcimento punitivo. In questo passaggio si colgono gli aspetti critici del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite.

La conclusione cui perviene la sentenza impone un approfondimento del tanto controverso tema dei *punitive damages*, a lungo banditi dal nostro ordinamento. Anticipando il senso della riflessione, si può convenire che l'accoglimento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile lascia ben sperare, ma non è che un punto di partenza.

Il problema della compatibilità dei danni punitivi con il nostro ordinamento

L'istituto dei *punitive damages* nasce in alcuni ordinamenti di *common law* per reprimere illeciti particolarmente gravi, caratterizzati da considerevole riprovevolezza e potenzialità offensiva⁽¹⁰⁾. L'ambito di operatività è stato poi esteso alla c.d. *mass tort litigation*, ossia gli illeciti che investono un numero non predeterminato di vittime⁽¹¹⁾. Guido Calabresi ha prospettato cinque ambiti esemplari di danni punitivi: il risarcimento per violazione di fattispecie penalmente rilevanti, in cui l'attore agisce in qualità di rappresentante della pubblica accusa; la pluri-offensività, ossia la pluralità di risarcimenti a carico della medesima entità scaturenti da un'unica condotta (appunto, *mass tort litigation*); la sanzione della c.d. "scelta tragica", adottata nella consapevole eventualità di compromettere vite umane pur di conseguire un proprio personale obiettivo; il risarcimento punitivo suppletivo; e, infine, il caso in cui l'offesa perpetrata sia particolarmente riprovevole⁽¹²⁾. La suddetta classificazione è stata oggetto di analisi critica da parte della dottrina tradizionale, la quale esclude che il danneggiato possa conseguire un arricchimento privo di causa, per tale intendendosi il *quantum* che supera il risarcimento riparatorio, evidenziando altresì l'anti-economicità della c.d. *overdeterrence*⁽¹³⁾. È stato nello specifico osservato che sia per le fattispecie penalmente rilevanti, sia per gli illeciti pluri-offensivi, il *surplus* che il danneggiato riceve non sarebbe sorretto da alcuna giustificazione perché non riconducibile al danno sotto il profilo causale. Nella c.d. "scelta tragica" si intende tracciare una scala di valori fondamentali alla stregua di una valutazione effettuata *ex post*, nonostante l'eventuale anti-economicità delle priorità riconosciute. Ne consegue l'estraneità rispetto alle logiche tipicamente compensative. *A fortiori* si esclude l'ammissibilità dei danni punitivi allorché non vi sia stata lesione di un bene meritevole di tutela⁽¹⁴⁾.

Il problema del trapianto giuridico del rimedio in esame si è posto, tuttavia, con riguardo alla delibabilità delle sentenze straniere di condanna al pagamento di risarcimenti sanzionatori. La necessaria causalità delle attribuzioni patrimoniali e la funzione unicamente riparatoria della responsabilità si sono sempre frapposte come ostacoli insormontabili⁽¹⁵⁾. Del resto, la funzione punitiva-deterrente dell'illecito civile non può che ravvisarsi nell'ultra-compensazione⁽¹⁶⁾. Da una parte, è stato evidenziato il rischio di arrecare un pregiudizio al danneggiante, destinatario dell'obbligo di pagare un *quantum* disancorato dai tradizionali confini della riparazione⁽¹⁷⁾; dall'altra, si è prospettato il pericolo della c.d. *reverse discrimination*⁽¹⁸⁾.

In questo contesto sono maturati i segnali di apertura da parte della giurisprudenza di legittimità. È stato invero osservato che allo strumento del risarcimento del danno resta affidato il fine primario di ristorare il pregiudizio subito, senza che per questo debbano essere escluse altre funzioni. Si rammenta che la minaccia dell'obbligo risarcitorio scoraggia dal porre in essere condotte illecite, ma, in termini di analisi economica del diritto, l'obiettivo di *optimal deterrence* è raggiunto solo se il *quantum* dovuto supera il profitto atteso⁽¹⁹⁾. Con specifico riferimento all'art. 1224, comma 2, c.c. le sezioni unite⁽²⁰⁾ non hanno esitato a rispolverare la funzione deterrente della responsabilità contrattuale, assegnando al creditore insoddisfatto una somma corrispondente almeno all'utile che il debitore abbia conseguito trattenendo il denaro, ciò che ha permesso a una voce dottrinale di rilevare che "il *disgorgement* in materia contrattuale non è più una chimera"⁽²¹⁾.

A fronte di un quadro complessivo disarticolato, e in vista della necessità di fornire una soluzione unitaria, la questione è stata portata alle sezioni unite, le quali, con la già ricordata sentenza n. 16661/2017, hanno avallato la tesi della polifunzionalità della responsabilità civile, prendendo atto dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale degli ultimi anni⁽²²⁾. L'assolvimento della funzione sanzionatoria, che si affianca a quella tipicamente riparatoria, postula, ai sensi del combinato disposto degli artt. 23 e 25, comma 2, Cost., una intermediazione legislativa⁽²³⁾. Ne consegue che non esistono ragioni ostative alla delibazione delle sentenze straniere che

comminano danni punitivi, fermo restando l'onere di verificare nel singolo caso concreto il rispetto dei principi di legalità e ragionevolezza⁽²⁴⁾.

Come anticipato, il principio di diritto pronunciato dalle Sezioni Unite, e ora e ripreso dalla terza sezione civile con riguardo all'indennizzo da mancata lettura del contatore, lascia irrisolti tutti i casi in cui la riparazione non è soltanto satisfattiva, poiché, in assenza di una previsione di legge, non si può comminare un risarcimento ultra-compensativo.

La necessaria tipicità dei danni punitivi: garanzia o limite?

Non v'è dubbio che la tipicità può costituire una garanzia a presidio della legalità. Occorre chiedersi, però, se comprometta esigenze di giustizia sostanziale.

Secondo parte della dottrina, ammettere la polifunzionalità della responsabilità civile e poi richiedere una norma *ad hoc* per legittimare la funzione sanzionatoria significa che quest'ultima è esclusa dall'ambito di operatività delle previsioni generali di cui agli [artt. 2043 e 2059 c.c.](#)⁽²⁵⁾. Infatti, l'atteggiamento di chiusura non può essere giustificato invocando l'esigenza di evitare un potere di quantificazione indiscriminato del giudice, giacché vi fa da argine il principio di proporzionalità, in forza del quale anche negli ordinamenti che ammettono i *punitive damages*, l'interprete si muove entro parametri prefissati. Si può al più sostenere che l'[art. 1223 c.c.](#), nel delimitare le conseguenze patrimoniali dell'illecito, annovera il danno emergente e il lucro cessante, componenti rispetto alle quali è estranea la sanzione. In questo caso, la riflessione si sposta sulla portata della causalità per stabilire se essa possa effettivamente costituire un argine invalicabile.

Altra parte della dottrina sostiene che sia opportuno distinguere tra funzione sanzionatoria dell'illecito civile e danno punitivo. Quest'ultimo implica il superamento della dimensione del danno in senso tecnico, inteso come differente situazione patrimoniale della vittima prima e dopo il fatto illecito, e presuppone un *quid pluris* qualificabile come pena privata o sanzione civile indiretta. Nel caso in esame non si intende solo ristorare la vittima, ma anche soddisfare un interesse generale, mentre la funzione punitiva dell'illecito permette di rimanere nelle maglie della responsabilità civile. L'esempio richiamato sul punto è il danno da diffamazione a mezzo stampa, che consente al giudice di quantificare il pregiudizio tenendo conto del profitto conseguito dall'autore della condotta. In questa fattispecie la *ratio* della previsione normativa è principalmente riparatoria, ma alla stessa si affianca la componente sanzionatoria⁽²⁶⁾. La suddetta distinzione conferma la necessaria tipicità dei danni punitivi, mentre la funzione sanzionatoria della responsabilità rientra nell'ambito delle norme generali del codice.

Sorge conseguentemente un interrogativo: il principio di diritto espresso dalle sezioni unite si riferisce alla componente sanzionatoria dell'illecito civile o ai danni punitivi *stricto sensu* intesi? Interrogativo cui se ne affianca subito un altro: la necessaria tipicità è valevole per entrambe le ipotesi?

La terza sezione si schiera senza incertezze. Ritiene imprescindibile l'investitura legislativa; ma ritiene che l'indennizzo automatico sia espressione di una funzione non soltanto compensativa. Il raddoppio dell'indennizzo non produce un effetto moltiplicatore, integrando un danno punitivo, ma conferma la coesistenza della funzione ulteriormente sanzionatoria dello stesso, pur in assenza di una previsione di legge. Ciò che la corte di legittimità vuole scongiurare, trincerandosi dietro al rispetto del principio di legalità, è l'effetto moltiplicatore, non anche la sanzione del danneggiante. L'atteggiamento di rigida chiusura si manifesta nei riguardi di un *quantum* sproporzionato.

Si potrebbe allora affermare che la necessaria tipicità vada riferita al *quantum* sproporzionato e riconoscere uno spazio di atipicità per la componente sanzionatoria della responsabilità civile, che presuppone sempre un nesso teleologico con il danno. A sostegno di questo approccio possono invocarsi le norme che sanzionano il danneggiante: si pensi al richiamato esempio della legge sulla stampa, nonché all'[art. 125 del Codice della proprietà industriale](#). Pur essendo il nostro ordinamento estraneo alla logica della pena esemplare, non si esclude la possibilità di accentuare la punizione del danneggiante (si pensi [all'art. 96, comma 3, c.p.c.](#))⁽²⁷⁾.

Secondo altro orientamento dottrinale, spetta al legislatore attribuire una funzione sanzionatoria alla responsabilità civile allorché il perseguimento di un interesse pubblico legittimi il pagamento di un risarcimento superiore rispetto a quello meramente riparatorio⁽²⁸⁾. In Francia, per esempio, un progetto di riforma del libro dedicato alle obbligazioni⁽²⁹⁾ contemplava espressamente la



condanna al risarcimento punitivo. I presupposti necessari si rinvenivano nella particolare intensità dell'elemento soggettivo, nonché nella inidoneità del risarcimento compensativo a soddisfare il danneggiato. Il legislatore esagonale non ha tuttavia preso posizione, mentre la giurisprudenza e la dottrina francese appaiono ancora ondivaghe. A fronte di chi sostiene l'incompatibilità con l'ordine pubblico internazionale, la *Cour de Cassation* nel 2010⁽³⁰⁾ ha dimostrato una maggiore apertura, subordinando la delibazione di una sentenza americana che comminava danni punitivi, al rispetto del principio di proporzionalità⁽³¹⁾.

Tornando al nostro ordinamento c'è ancora chi osserva che gli istituti civilistici "punitivi" costituiscono ipotesi eccezionali, che si muovono nell'orbita dell'art. 23 Cost. e dai quali non può certo desumersi una polifunzionalità *tout court* della responsabilità civile⁽³²⁾. La sentenza delle sezioni unite ha inteso ammettere, a certe condizioni, la delibazione di sentenze straniere che comminano risarcimenti sanzionatori; ma sarebbe auspicabile *de iure condendo* un intervento normativo coeso, volto a legittimare l'istituto di matrice nordamericana, recuperandone la *ratio* pedagogica: meglio, dunque, una regolamentazione normativa *ex ante*, rispetto ad un intervento giurisprudenziale *ex post*⁽³³⁾.

Le suestposte posizioni dottrinali manifestano la necessità di un approfondimento sulla nozione di danno punitivo per chiarirne la portata. Del resto, le varie norme invocate dalla pronuncia delle sezioni unite sono espressione di *rationes* differenti (riparatoria, equitativa, ecc.) e il dibattito rievoca l'equivoco alimentato dalla traduzione letterale dell'espressione "*punitive damages*": danni punitivi o risarcimento con funzione punitiva?

Resta da chiedersi se la tipicità rappresenti realmente un limite necessario. È opportuno ricordare, al riguardo, che nell'ordinamento penale vige il principio di legalità, con i suoi corollari della tassatività, irretroattività sfavorevole e divieto di analogia, mentre nel codice civile l'art. 2043, anche a seguito della evoluzione giurisprudenziale, si muove nell'orbita della atipicità. Una parte della dottrina ritiene invero che il principio della riserva di legge sia già soddisfatto nell'art. 2059 c.c. Il danno non patrimoniale è ontologicamente non compensativo, essendo inerente a beni della persona "che non hanno un surrogato rinvenibile sul mercato". Secondo questa tesi, inserire un ulteriore filtro legislativo rischia di comprimere eccessivamente la ristorabilità dei danni non compensativi⁽³⁴⁾. È stata rilevata la illegittimità costituzionale di un complesso normativo che tratta allo stesso modo (parametrando il danno alla sola dimensione soggettiva del danneggiato) fattispecie dotate di potenzialità lesiva diversa⁽³⁵⁾. Del resto, se da alcune pronunce sul danno non patrimoniale si può desumere la necessità di evitare il risarcimento di danni "bagatellari" e di optare per forme di tolleranza, *a contrario* è dato affermare l'esigenza di adeguare il *quantum* della sanzione alla gravità dell'illecito.⁽³⁶⁾

Si osserva, inoltre, che la funzione sanzionatoria può avere una chiave di lettura diversa tra apparato civilistico e penalistico. Nel primo, potrebbe essere letta nel contesto della riallocazione del costo del danno, mentre nel secondo è teleologicamente orientata alla rieducazione del condannato, alla prevenzione e alla punizione. In materia di danno ambientale, tipico caso in cui il costo sociale è di gran lunga maggiore di quello individuale, il principio "chi inquina paga" è volto a traslare il costo economico in capo al responsabile. La *ratio* è punitiva e preventiva, per scoraggiare la futura commissione di condotte lesive. L'internalizzazione del costo funge da deterrente.

Altro esempio degno di menzione è la condanna al pagamento di una somma di denaro, equitativamente determinata, per lite temeraria, di cui all'articolo 96, comma 3, c.p.c.⁽³⁷⁾ La giurisprudenza di legittimità ne ha esaltato il carattere di sanzione pubblicistica, autonoma rispetto ai primi due commi della disposizione e con essi cumulabile. L'esigenza di evitare un abuso dello strumento processuale è avvertita fino al punto di riconoscere questa forma di responsabilità aggravata indipendentemente dall'elemento soggettivo, sulla base della oggettiva sussistenza di una condotta lesiva del bene "amministrazione della giustizia".⁽³⁸⁾ Si osserva inoltre che la somma da corrispondere ai sensi della suddetta norma processuale, non è commisurata al danno subito dalla parte lesa, ma è determinata dal giudice, a conferma del tenore punitivo della disposizione.

Non mancano, conseguentemente, gli esempi di "doppia anima" della sanzione: ulteriore conferma si ricava dal diverso modo di accertare il nesso di causalità alla stregua del principio del "più probabile che non" nel diritto civile e "dell'oltre ogni ragionevole dubbio" nella logica

penalistica. Del resto, se la prospettiva fosse stata unicamente quella vittimologica, sarebbe stato indifferente elaborare un sistema di responsabilità soggettiva.

I danni rappresentano "costi esterni", che devono essere internalizzati. Se gli incentivi ad adottare le adeguate cautele sono efficienti, il costo sociale degli incidenti è minimizzato⁽³⁹⁾. Una regola di responsabilità potrà dirsi efficace se riesce a orientare il comportamento del potenziale danneggiante, inducendolo ad assumere un livello ottimale di prevenzione⁽⁴⁰⁾. La deterrenza diviene pertanto doverosa.

Più nel dettaglio. La funzione riparatoria è volta a traslare il costo economico dell'illecito sul danneggiante. È del tutto evidente che, se l'autore consegue un profitto superiore, sarà incentivato a non astenersi dal commettere l'indebita invasione della sfera giuridica altrui. Ne consegue che il costo individuale diventa costo sociale, che trascende la singola sfera giuridica ed è allocato in capo a tutti i potenziali futuri danneggiati. Viene meno la stessa ragion d'essere di una norma che sancisce la responsabilità, svuotata di contenuto se il responsabile si arricchisce per effetto dell'illecito. Inoltre, occorre garantire una tutela effettiva a beni fondamentali della persona, in omaggio a esigenze di eguaglianza sostanziale. Com'è stato autorevolmente sostenuto in dottrina, il principio di indifferenza, volto a garantire che il danneggiato sia ristorato in misura corrispondente al danno subito e a evitare che ne consegua un indebito arricchimento, è stato interpretato nel senso di far prevalere la seconda componente. Il rischio che l'integrale riparazione del danno possa attribuire una locupletazione alla vittima dell'illecito ha materialmente prodotto la riduzione o, nei casi estremi, la cancellazione del *quantum* dovuto. Il tentativo di circoscrivere l'entità dovuta al danneggiato può giungere a privarlo totalmente di un proprio diritto⁽⁴¹⁾.

Guido Calabresi sposa l'approccio poliedrico per risolvere i problemi del diritto⁽⁴²⁾. Il tema della responsabilità non può essere risolto in semplici battute sul costo del danno e sulla efficiente allocazione delle risorse. E, per rispondere alle molteplici istanze sottese, le regole della responsabilità possono essere impiegate per "surrogare le sanzioni penali o gli interventi legislativi"⁽⁴³⁾. È necessario trovare un punto di equilibrio nella compensazione del singolo e, contestualmente, nella sanzione del danneggiante incoraggiato a commettere l'illecito, allorché il vantaggio complessivamente conseguito sia superiore all'obbligo risarcitorio cui è tenuto⁽⁴⁴⁾. Risarcire significa assegnare un prezzo. È congruo assegnarlo al danno, oppure occorre un bilanciamento che tenga conto delle peculiarità applicative? Se si varca la soglia dell'efficiente allocazione delle risorse, e si ammette ipoteticamente che il danneggiante possa valorizzare l'arricchimento da fatto illecito, si producono due conseguenze: il costo del risarcimento rientra in quelli di produzione; si legittima in via di prassi un fatto illecito e riprovevole, a discapito anche della libera concorrenza.

(1) G. Grisi, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo Di Majo*, Torino, 2012, 167 ss.

(2) Cass., SS.UU., 5 luglio 2017, n. 16601.

(3) R. Simone, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, in *Foro it.*, 2018, n. 9, 2017, 2644-2647.

(4) Autorevole dottrina osserva che la pronuncia delle Sezioni Unite è stata oggetto di una pluralità di letture interpretative da parte dei primi commentatori. Si esclude tuttavia il carattere sovversivo dell'intervento nomofilattico sia nei rapporti interni, sia in quelli esterni. Il pregio consiste certamente nell'aver ammesso la polifunzionalità della responsabilità civile, ma poco è cambiato circa la quantificazione del danno. Non si esclude che in futuro la giurisprudenza possa essere chiamata nuovamente a pronunciarsi sul tema. Per ulteriori approfondimenti vedi M. Tescaro, *Le variazioni qualitative e quantitative del danno risarcibile*, in *Danno e Responsabilità*, vol. 5, 2018, pp. 1-14

(5) Il testo vigente dell'art. 4.2, Delibera AEEG n. 229 del 2001 così recita: "In caso di mancata lettura di un gruppo di misura accessibile, entro i limiti stabiliti all'articolo 3, commi 3.1 e 3.3, l'esercente corrisponde al cliente, nella conseguente bolletta di acconto, un indennizzo automatico pari a 25,00 (venticinque) euro. Il valore dell'indennizzo è raddoppiato



per ogni mancata lettura consecutiva". Nella sua originaria formulazione, la norma prescriveva: "In caso di mancata lettura di un gruppo accessibile, entro i limiti stabiliti all'articolo 3, commi 3.1 e 3.3, l'esercente fattura al cliente, nelle bollette di acconto successive alla mancata lettura, importi ridotti del 10% di ogni bolletta emessa. Nello stesso caso, qualora il successivo congruaglio sia a debito del cliente questo è diminuito, a titolo di indennizzo, di dieci punti percentuali per ogni lettura non effettuata".

(6) Delibera n. 29/03, Modifiche e integrazioni alla deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas 18 ottobre 2001, n. 229/01.

(7) G. Chinè - A. Zoppini - M. Fratini, *Manuale di diritto civile, I manuali superiori diretti da Guido Alpa e Roberto Garofoli*, V ed., Molfetta, 2015, 1470.

(8) R. Galli, *La nozione di illecito amministrativo e le misure sanzionatorie e ripristinatorie*, Nuovo corso di diritto amministrativo, Tomo II, aprile 2016, 1115-1116.

(9) Si ritiene consolidato l'orientamento della Suprema Corte degli Stati Uniti che reputa incostituzionali i danni punitivi largamente eccessivi, ossia sproporzionati rispetto alla condotta. Nel caso *BMW v. Gore* è stata dichiarata l'illegittimità dei risarcimenti esorbitanti (*BMW of North America, Inc. v. Gore* (94-896), 517 US 559 (1996)).

(10) Nel diritto britannico la prima applicazione risale al '700. La *ratio* sottesa era da un lato la necessità di punire la colpa e dall'altro la dissuasione dalla reiterazione di condotte future. Oggi il loro campo di applicazione è notevolmente ridotto. Nel caso "*Rookes vs Barnard*" è stato sostenuto che possono essere comminati risarcimenti sanzionatori solo nelle ipotesi in cui l'autore dell'illecito abbia conseguito un consistente profitto, vi sia stata una forma di abuso da parte della pubblica amministrazione, oppure allorché sussista una specifica previsione normativa. Vedi G. Alpa, *La responsabilità civile*, II ed., Torino, 2018, 67-68.

(11) A. Nervi, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione di ricchezza*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2016, 323.

(12) G. Calabresi, *The complexity of torts. The case for punitive damages*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008, 327-348.

(13) C. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di change, danni punitivi, danni c.d. essenziali*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008, 367-370.

(14) La giurisprudenza ha più volte ribadito l'imprescindibilità del danno evento e del danno conseguenza, voci che concorrono a caratterizzare la struttura dell'art. 2043 c.c., ripudiando ipotesi di danno *in re ipsa*. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno sul punto escluso la risarcibilità del danno da morte immediata c.d. "tanatologico", non solo rigettando l'orientamento che individuava una funzione sanzionatoria a fronte di condotte lesive del bene vita, ma anche a fronte della assenza del danno conseguenza, espressamente richiamato dal combinato disposto degli articoli 1223 e 2056 c.c. (Cass., SS.UU., 22 luglio 2015, n. 15350). Come è stato correttamente osservato, nella esclusione del risarcimento del danno da morte la giurisprudenza ha messo da parte il suo essere "*law in action*" e ha accordato prevalenza alla dimensione più conservatrice, senza riuscire a ripristinare l'ordine delle cose. Vedi sul punto R. Pardolesi - R. Simone, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*, in questa *Rivista*, 10, 2015, 905-909.

(15) Barcellona esorta a non cadere nell'equivoco di confondere tra la funzione giuridica della responsabilità civile e gli effetti della realtà sociale. La prima coincide con la specifica efficacia sociale che la norma vuole conseguire nel descrivere la fattispecie e gli effetti. Secondo questa impostazione la funzione della responsabilità aquiliana si ricava dal combinato disposto degli artt. 2043, 2056, 1223 c.c., che attribuiscono rilievo solo al danno ingiusto. Ne consegue che la *ratio* sottesa è la riallocazione della "perdita subita e del mancato guadagno". Nulla esclude che, sul piano degli effetti, possano emergere intenti sanzionatori o preventivi, che tuttavia non devono essere sovrapposti al dato teleologico. La *ratio* sottesa alla responsabilità è la riallocazione delle risorse là dove il mercato le aveva originariamente collocate. Per superare le deficienze quantitative della responsabilità non c'è bisogno di scomodare la funzione giuridica. Vedi M. Barcellona, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contr. e impr.*, 2008, 120 ss.

- (16) F. Quarta, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2016, 1164.
- (17) S. Landini, *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2017, 263.
- (18) In questo senso R. Pardolesi - R. Simone, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*, cit., 908.
- (19) Cass. 15 aprile 2015, n. 7613, sent.
- (20) Cass., SS.UU., 16 luglio 2008, n. 19499, sent.
- (21) R. Pardolesi, *Debiti di valuta, "danno da svalutazione"* (e il "disgorgement" che non t'aspetti), in *Foro it.*, 2008, I, 2789.
- (22) Si richiama sul punto l'azione di retroversione degli utili di cui all'art. 125 Codice della proprietà industriale, la corrispondente disciplina in materia di diritto d'autore, l'art. 709 *ter* c.p.c. in ordine al potere di infliggere una sanzione pecuniaria per la violazione delle prescrizioni sull'affidamento della prole, la normativa sulla pubblicazione delle intercettazioni legali, nonché diverse altre disposizioni che attribuiscono al giudice il potere di sanzionare l'autore dell'illecito, indipendentemente dalla posizione del danneggiato. A spianare la strada sono non soltanto i numerosi esempi normativi, ma anche alcune statuizioni della giurisprudenza costituzionale che in materia lavoristica e con riferimento [all'articolo 96, comma 3, c.p.c.](#) hanno riconosciuto la finalità ulteriormente sanzionatoria e deterrente della responsabilità (Corte cost. 9 novembre 2011, n. 303 e 23 giugno 2016, n. 152, entrambe richiamate dalla sentenza delle Sezioni Unite).
- (23) Sul punto già Castronovo invocava gli [artt. 23 e 25 Cost.](#) per escludere i risarcimenti con funzione sanzionatoria. Vedi C. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danni c.d. esistenziali*, cit., 363.
- (24) Nell'ordinamento di provenienza la contestazione deve essere mossa alla stregua del principio di tipicità e di prevedibilità con riferimento all'*an* e alla perimetrazione quantitativa. Il controllo deve essere quindi indirizzato sulla proporzionalità del risarcimento punitivo, avendo riguardo sia alla dimensione unicamente compensativa, sia alla condotta del danneggiante.
- (25) In tal senso A. Lamorgese, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2018, 317-328.
- (26) M. Franzoni, *Danno Punitivo e Ordine Pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2018, 295.
- (27) G. Alpa, *La responsabilità civile*, cit., 67-68.
- (28) G. Ponzanelli, *Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 10, 1415. Anche Scognamiglio, prima dell'arresto delle Sezioni Unite ha prospettato la necessità di un intervento normativo *ad hoc* volto a dare cittadinanza nel nostro ordinamento all'istituto dei danni punitivi. Vedi C. Scognamiglio, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2016, 7, 915.
- (29) Avant-Projet de Reforme du Droit des Obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil).
- (30) Cour de Cassation, 1/12/2010 n. 90-13303.
- (31) M. Schirripa, *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, in www.comparazionedirittocivile.it, marzo 2017.
- (32) G. Scarchillo, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contr. e impr.*, 2018, 321.
- (33) G. Scarchillo, *La natura polifunzionale*, cit., 327.
- (34) R. Simone, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, in *Foro it.*, 9, 2017, 2647.
- (35) F. Quarta, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, cit., 1169.
- (36) Sul punto altra parte della dottrina rileva, in senso critico, che [l'articolo 2059 c.c.](#) non può assurgere a parametro normativo generale legittimante i danni punitivi atipici. La norma non soddisfa il requisito della riserva di legge per le ipotesi di risarcimento sanzionatorio eccezionali, previste da norme speciali. Per ulteriori approfondimenti vedi M. Tescaro, *Le*

variazioni qualitative e quantitative del danno risarcibile, in *Danno e Responsabilità*, vol. 5, 2018, pp. 1-14.

(37) Ai sensi dell'articolo 96, comma 3, c.p.c.: "In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata".

(38) Cass. 21 novembre 2017, n. 27623, sent., richiamata anche da Cass., Sez. III, 12 giugno 2018, n. 15209, ord. conf.

(39) R. Cooter - U. Mattei - P.G., Monateri - R. Pardolesi - T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, I, *Fondamenti*, 2006, 202.

(40) P. Pardolesi, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto*, Bari, 2015, 131.

(41) A. Palmieri - R. Pardolesi, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità*, in *Foro it.*, n. 9, 2017, 2638.

(42) G. Calabresi, *The Future of Law and Economics*, Yale, 2016, tradotto in *Contr. e impr.*, 3, 2016, 601.

(43) G. Calabresi, *The Future of Law and Economics*, cit., 606.

(44) F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2009, 928.

Dir. Pen. e Processo, 2016, 5, 571 (commento alla normativa)

LA DEPENALIZZAZIONE BIPOLARE: LA TRASFORMAZIONE DI REATI IN ILLECITI SOTTOPOSTI A SANZIONI PECUNIARIE AMMINISTRATIVE E CIVILI

di Alberto Gargani

D.Lgs. 15-01-2016, n. 7, epigrafe

D.Lgs. 15-01-2016, n. 8, epigrafe

L. 28-04-2014, n. 67, Art. 2.

Con l'approvazione dei DD.Lgss. nn. 7/2016 e 8/2016 si conclude il processo di (parziale) attuazione delle pregnanti deleghe conferite al Governo dalla [L. 28 aprile 2014, n. 67](#), in materia sanzionatoria. A ciascun provvedimento di depenalizzazione corrisponde una distinta strategia di riduzione del penalmente rilevante: da un lato, si ricorre alla consolidata tecnica di degradazione di reati in illeciti *amministrativi*, dall'altro, si sperimenta l'inedita conversione di reati offensivi d'interessi privati in illeciti sottoposti a "sanzioni pecuniarie civili". Tradizione e innovazione rappresentano, dunque, gli "orizzonti" che fanno da sfondo ora alla valorizzazione della maggior efficacia e certezza della sanzione amministrativa, ora alla previsione - in seno al giudizio civile per il risarcimento del danno - di un'azione punitiva complementare, per molti versi antipodica rispetto all'azione civile in sede penale. Incongruità e lacunosità dei criteri direttivi e criticità in sede applicativa sono soltanto i profili problematici più evidenti di una riforma complessa, di indubbia rilevanza interdisciplinare, consegnata all'elaborazione della prassi.

Sommario: [Le deleghe conferite dalla L. n. 67/2014 in materia sanzionatoria - L'esercizio delle deleghe in materia di "riforma del sistema sanzionatorio" - Fra tradizione e innovazione - I\) D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8. \(Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'art. 2, comma 2, L. 28 aprile 2014, n. 67\) - La clausola "cieca" di depenalizzazione - Esclusioni dal campo di applicazione della clausola generale di depenalizzazione - Disciplina sanzionatoria degli illeciti depenalizzati in base alla clausola generale - Gli illeciti depenalizzati in base alla clausola generale: un primo "inventario" - La clausola di depenalizzazione "nominativa" e le deleghe non attuate - Gli illeciti oggetto di depenalizzazione nominativa - Depenalizzazione nominativa: i profili sanzionatori - Disposizioni comuni ai nuovi illeciti amministrativi - Disciplina transitoria - II\) D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 \(Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'art. 2, comma 3, L. 28 aprile 2014, n. 67\) - "Abrogazione di reati e modifiche al codice penale" - "Illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili" - La "riscrittura" degli illeciti e le due clausole sanzionatorie di carattere generale - Norme di disciplina: i profili sostanziali - Reiterazione dell'illecito: presupposti e accertamento - Pagamento della sanzione pecuniaria e destinazione del provento - Norme di disciplina: i profili processuali - Disciplina transitoria - Tra passato e futuro](#)



Le deleghe conferite dalla L. n. 67/2014 in materia sanzionatoria

I decreti legislativi in esame completano l'ampio e significativo disegno di riforma avviato dalla [L. delega n. 67/2014](#), la quale - introdotti il nuovo istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova e la disciplina della sospensione del processo nei confronti degli irreperibili - aveva conferito quattro deleghe al Governo, concernenti la materia sanzionatoria. Esse riguardavano il nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità dell'offesa, la riforma del sistema delle pene principali mediante la previsione della detenzione domiciliare, la depenalizzazione di reati da trasformare in illeciti amministrativi e, infine, l'abrogazione di reati e la contestuale introduzione di illeciti sottoposti a sanzioni civili pecuniarie⁽¹⁾. Le quattro deleghe s'ispirano al canone dell'*extrema ratio*: quella concernente la revisione delle pene principali in rapporto alla pena carceraria; le restanti in relazione alla sanzione penale come tale⁽²⁾. Le finalità perseguite erano, infatti, sia quella di rimediare alla grave situazione di sovraffollamento carcerario, più volte censurata dalla Cedu, sia quella di deflazionare il carico giudiziario, riducendo il livello di inefficienza della giustizia penale.

In prospettiva di attuazione delle deleghe, il Ministro della Giustizia ha incaricato la *Commissione ministeriale* presieduta dal Prof. Francesco Palazzo⁽³⁾, di elaborare proposte aventi ad oggetto le suddette materie. Per ogni delega, la Commissione ha presentato al Ministro uno schema di decreto legislativo, corredato da una relazione finale, che illustra i criteri e i principi sottesi alle proposte normative. Com'è noto, mentre con [D.Lgs. n. 28/2015](#) è stata tempestivamente attuata la delega in tema d'irrelevanza del fatto, essendo nel frattempo venuta meno l'emergenza "sovraffollamento" e non ritenendo "maturi" i tempi, il Governo non ha, invece, considerato opportuno, né necessario, esercitare la delega per la revisione del sistema sanzionatorio⁽⁴⁾.

L'esercizio delle deleghe in materia di "riforma del sistema sanzionatorio"

Le due restanti deleghe sono state attuate entro il termine previsto dalla [L. n. 67/2014](#) (17 novembre 2015): il Governo ha, infatti, adottato due distinti schemi di D.Lgs. (n. 245, in tema di depenalizzazione; n. 246, in tema di sanzioni pecuniarie civili), che ha trasmesso alle Commissioni della Camera dei deputati e del Senato, per i rispettivi pareri⁽⁵⁾. Completato l'*iter*, il 15 gennaio 2016 il Consiglio dei Ministri ha approvato due DD.Lgss. - il n. 7/2016, in tema di sanzioni pecuniarie civili e il n. 8/2016, in tema di depenalizzazione⁽⁶⁾ - entrati in vigore il 6 febbraio 2016⁽⁷⁾.

Entrambi i decreti esprimono la necessità che il ricorso al diritto penale costituisca l'*extrema ratio* di tutela della società: a fronte della dilatazione ipertrofica delle fattispecie di reato e delle croniche criticità che da essa conseguono sul piano dell'efficienza della giustizia, il legislatore mira alla riduzione dell'area del penalmente rilevante. Si ritiene che tale obiettivo possa risultare funzionale sia al potenziamento della capacità general-preventiva delle fattispecie punitive, sia alla deflazione del carico giudiziario in ambito penale. In questo senso, l'intervento di depenalizzazione in esame opera in modo sinergico e complementare rispetto ai nuovi istituti della non punibilità per particolare tenuità del fatto e della sospensione del procedimento con messa alla prova, previsti dalla [L. n. 67/2014](#)⁽⁸⁾. Che si tratti di depenalizzazione "in astratto" oppure di rinuncia "in concreto" all'irrogazione della sanzione penale, la *ratio* comune è rappresentata dal binomio di principi di proporzionalità e sussidiarietà del ricorso allo strumento penale, declinati in un'ottica di economia processuale.

Nel caso dei DD.Lgss. n. 7 e n. 8/2016, la riduzione dell'area penale è attuata in esecuzione dei principi e criteri direttivi specificati nei commi 2 e 3 dell'art. 2, [L. n. 67/2014](#), i quali prescrivono che la trasformazione di reati in illeciti extra-penalistici si realizzi secondo due distinte modalità: la degradazione a illeciti amministrativi sottoposti a sanzione pecuniaria ovvero la conversione in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili. Il riferimento - da parte della legge delega - a due distinte categorie di sanzioni punitive extra-penalistiche - amministrative e civili (o private) - rispettivamente suscettibili di essere applicate dall'autorità amministrativa e dall'autorità giudiziaria, presenta profili di pregnante innovatività.

Fra tradizione e innovazione

Il programma di depenalizzazione viene, infatti, attuato attraverso metodi e criteri caratterizzati da profonde differenze, alle quali corrispondono, specularmente, distinte e specifiche criticità, in sede applicativa.

La trasformazione di reati in illeciti amministrativi può considerarsi un'opzione politico-criminale di carattere tradizionale: ad essa si è fatto ricorso periodicamente, in funzione di maggior

certezza ed effettività della risposta sanzionatoria, nel quadro della modernizzazione e razionalizzazione del sistema dei reati e della riduzione del carico giudiziario. Sul piano operativo, un non trascurabile vantaggio offerto da tale tecnica di decriminalizzazione è dato dalla possibilità di fare riferimento all'ormai consolidata disciplina *generale* dei profili sostanziali e procedurali dell'illecito punitivo amministrativo di cui al Capo I della [L. n. 689/1981](#).

Al contrario, l'abrogazione di reati e la contestuale introduzione di illeciti sottoposti a sanzioni civili pecuniarie rappresenta una soluzione innovativa, che non trova antecedenti nel nostro ordinamento giuridico e che impone scelte valutative e implicazioni ermeneutiche a dir poco impegnative, soprattutto per quel che concerne la costruzione - con metodo sperimentale - della disciplina sostanziale e processuale della nuova figura punitiva. Il difetto - nel sistema - di riferimenti normativi univoci circa l'atteggiarsi della tutela sanzionatoria civile, ha posto, infatti, la necessità di elaborare soluzioni disciplinari, idonee - in chiave sistematica - ad assicurare la funzionalità della nuova categoria di sanzioni punitive.

I due poli strutturali dell'intervento di depenalizzazione presentano una diversa latitudine applicativa. La trasformazione in illeciti amministrativi riguarda, potenzialmente, un'ampia serie di fattispecie penali. Se, da un lato, il ricorso - nella selezione degli illeciti penali suscettibili di degradazione - a criteri di "economia legislativa" rende per certi versi imperscrutabile *ex ante* l'ambito di operatività della clausola depenalizzatrice, dall'altro, quest'ultima risulta fortemente delimitata dalla previsione di un'ampia serie di esclusioni "per materia". Al contrario, i reati trasformati in illeciti civili - selezionati secondo parametri di omogeneità di disvalore - possono agevolmente essere contati sulla punta delle dita, secondo un *self-restraint* dettato da esigenze di prudenza e di gradualità, correlate al carattere inedito di questa tipologia d'intervento. Nonostante la lacunosità e l'incertezza dei principi e criteri direttivi, ciò ha consentito al legislatore delegato di elaborare norme di disciplina maggiormente "calibrate" e aderenti alla natura degli illeciti, che dovrebbero compensare il già sottolineato *deficit* di modelli normativi di riferimento.

Profili comuni ad entrambi i provvedimenti possono essere considerati sia la non integralità dell'esercizio della delega (alcuni, significativi, illeciti di cui era prescritta dal delegante la decriminalizzazione mantengono rilevanza penale), sia l'applicazione retroattiva della disciplina sanzionatoria extra-penale (a fronte del difetto di previsione - da parte della legge-delega di un'apposita disciplina transitoria). Comuni si rivelano, altresì, le criticità correlate all'esigenza di conciliare la riduzione del novero dei reati con le istanze di mantenimento di un adeguato standard di tutela, nel quadro di norme di disciplina sostanziali e processuali funzionali e, al contempo, rispettose dei principi di garanzia previsti - a livello interno e sovra-nazionale - nell'ambito del diritto punitivo (c.d. "*materia penale*", secondo l'accezione promossa dalla Cedu)⁽⁹⁾. Nonostante il diverso ordine espresso dalla rispettiva numerazione, per ragioni logico-espositive, legate non solo alla diversa "portata" dei due decreti ma anche al diverso grado d'innovatività, l'analisi sarà condotta a partire dal provvedimento avente ad oggetto la tecnica tradizionale di *depenalizzazione*.

I) D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8. (Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'art. 2, comma 2, L. 28 aprile 2014, n. 67)

La depenalizzazione "in astratto" attuata con il [D.Lgs. n. 8/2016](#) si inserisce nella risalente strategia di riduzione del penalmente rilevante già sottesa, ad es., alle LL. 24 novembre 1981, n. 689 (*Modifiche al sistema penale*) e 28 dicembre 1993, n. 561 (*Trasformazione di reati minori in illeciti amministrativi*), nonché al [D.Lgs. 30 dicembre 1999, n. 507](#) (*Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'art. 1 della L. 25 giugno 1999, n. 205*). La necessità di fronteggiare l'incontenibile e ipertrofica espansione del diritto penale e di ripristinare certezza ed effettività della minaccia della pena è affrontata attraverso la degradazione ad illeciti amministrativi di reati - considerati tuttora meritevoli di punizione - la cui persistenza nell'ordinamento penale viene però, ritenuta dal legislatore ormai priva di legittimazione, in virtù dei criteri di proporzione e di sussidiarietà. Non vi è dubbio, peraltro, che alla base dell'intervento di depenalizzazione si ponga, anche, e soprattutto, l'esigenza di deflazionare il sistema penale e di porre rimedio all'irrisorietà del tasso di recupero delle sanzioni inflitte dall'autorità giudiziaria, assicurando un maggior gettito nei confronti dell'erario.



I principi e i criteri direttivi previsti dalla legge delega in merito ai criteri di selezione dei reati da depenalizzare e alle "materie" escluse, traggono spunto dal disegno di legge in materia di "Depenalizzazione e di deflazione del sistema penale"⁽¹⁰⁾, elaborato dalla Commissione ministeriale per la revisione del sistema penale⁽¹¹⁾, presieduta dal Prof. Antonio Fiorella. È stato già sottolineato il fatto che il Governo abbia esercitato la delega attenendosi allo schema di decreto legislativo, elaborato dalla Commissione Palazzo⁽¹²⁾ e discostandosi dalle proposte normative ivi delineate esclusivamente per quel che concerne la decisione di mantenere la rilevanza penale degli illeciti di cui agli artt. 659 c.p. e 10 bis D.Lgs. n. 286/1998.

La disciplina di cui al D.Lgs. n. 8/2016 si fonda su due criteri di selezione dei reati da trasformare in illeciti amministrativi: uno principale, di natura *formale* ed uno complementare, di carattere *nominativo*.

La clausola "cieca" di depenalizzazione

Incentrandosi sulla specie di pena comminata, il primo parametro selettivo opera - per così dire - "al buio", ponendo all'interprete non poche difficoltà di misurazione dell'ampiezza complessiva dell'intervento di depenalizzazione⁽¹³⁾.

In conformità dell'art. 2, comma 2, lett. a), L. n. 67/2014, l'art. 1 del decreto in esame stabilisce, infatti, che "non costituiscono reato e sono soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro tutte le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda".

I reati oggetto di trasformazione in illeciti amministrativi non sono, dunque, suscettibili di preliminare e specifica individuazione, bensì possono essere rintracciati esclusivamente attraverso la predetta clausola *generale*, di natura *formale*, incentrata sulla previsione in forma esclusiva della pena della multa o dell'ammenda (secondo un criterio già adottato in passato dal legislatore: è il caso della L. n. 706/1975 e della L. n. 689/1981)⁽¹⁴⁾. Alla base di tale criterio selettivo, vi è l'idea che la natura (esclusivamente) pecuniaria della pena comminata costituisca - almeno in linea di principio - un indice oggettivo della minore gravità del relativo reato, che rende quest'ultimo meritevole di essere riqualificato in termini di illecito amministrativo, in ossequio al principio di proporzione e di *extrema ratio* del ricorso allo strumento penale⁽¹⁵⁾. Sul presupposto secondo cui - nell'ambito di materie "meno sensibili" - la comminatoria di una sanzione amministrativa pecuniaria potrebbe rivelarsi più efficace della minaccia di una multa o ammenda di modesto importo e d'incerta applicazione (tenuto conto, soprattutto, dell'elevato rischio di prescrizione), si punta a rivitalizzare la tutela degli interessi protetti mediante la valorizzazione general - e special-preventiva dello strumento sanzionatorio amministrativo.

Se, da un lato, il criterio di "selezione" delle fattispecie imperniato sulla pena astrattamente prevista per l'illecito si rivela funzionale ad esigenze di "economia legislativa"⁽¹⁶⁾, dall'altro, non occorre sottovalutare il fatto che - come osservato in dottrina - "depenalizzazione non significa solo 'cieca' riduzione quantitativa delle norme penali, ma, innanzitutto, riesame della opportunità di continuare ad utilizzare la sanzione penale in considerazione dell'attuale offensività e rilevanza sociale dei singoli comportamenti vietati"⁽¹⁷⁾. Secondo un'autorevole opinione, quando si prescinde dal contenuto materiale (e dal disvalore attuale) dell'illecito e si vincolano "le valutazioni attuali a quelle compiute in tempi e circostanze assai diverse", si corre, infatti, il duplice rischio di "depenalizzare troppo" "o troppo poco"⁽¹⁸⁾ e, cioè, di includere nell'ambito della depenalizzazione fattispecie poste a tutela di beni giuridici di particolare significatività o delicatezza⁽¹⁹⁾ o, all'opposto, mantenere, la rilevanza penale di illeciti, che - pur essendo sanzionati con pena alternativa o congiunta - si rivelino non più meritevoli di pena. Nella misura in cui cristallizza "al buio" i limiti, gli eccessi o i difetti di precedenti scelte politico-criminali (dettate, magari, da ragioni contingenti), il ricorso a clausole "cieche" di depenalizzazione si traduce nell'opinabile *presunzione* di persistente attualità e razionalità di tali valutazioni normative, come tale insensibile alla "stratificazione" delle soluzioni politico-criminali e al difetto di un parametro valutativo unitario nella previsione della sola pena pecuniaria⁽²⁰⁾.

Nel caso del D.Lgs. n. 8/2016, simili inconvenienti sono, in parte, scongiurati dalla previsione, ora di significativi limiti all'operatività della clausola generale, ora di eccezioni "espansive". Onde evitare che il criterio di depenalizzazione incentrato sul meccanico riferimento alla pena edittale finisca con l'equiparare fattispecie caratterizzate da livelli diversi di disvalore⁽²¹⁾, in conformità della legge delega si prevede, infatti, che la clausola cieca di depenalizzazione non operi nei



confronti degli illeciti che siano previsti nel codice penale o che attengano a determinate "materie" e, per converso, che siano trasformati in illecito amministrativo alcuni illeciti penali, specificamente individuati (e, altrimenti, destinati a rimanere "insensibili" alla "clausola cieca"). Al fine di evitare inevitabili incertezze, l'art. 1, comma 2, del decreto in esame, stabilisce, inoltre, che debbano considerarsi ricompresi nella sfera di operatività della clausola formale di depenalizzazione *anche* gli illeciti penali puniti con la sola sanzione pecuniaria, che, nelle ipotesi aggravate, siano puniti con la pena detentiva (sola, alternativa o congiunta a quella pecuniaria). In tal caso si prevede che - venendo meno la rilevanza penale dell'ipotesi-base - "le ipotesi aggravate sono da ritenersi fattispecie autonome di reato". A fronte del silenzio serbato sul punto dalla legge delega (e nonostante il mancato conferimento del potere di trasformare ipotesi aggravate in ipotesi autonome), il Governo, riconoscendone la compatibilità costituzionale, si è, così, uniformato alla soluzione adottata nello "schema di decreto" licenziato dalla Commissione Palazzo, che - alla luce del difetto di espresse limitazioni previste in tal senso dalla legge delega (presenti, invece, in precedenti provvedimenti legislativi: v., ad es., l'art. 32, comma 2, L. n. 689/1981) - aveva ritenuto preferibile - considerate le preminenti esigenze di certezza e di legalità - e opportuno - in rapporto agli scopi politico-criminali della riforma - estendere la portata della clausola "cieca" di depenalizzazione anche a queste peculiari ipotesi. In tal modo, si è evitato che la delicata decisione circa la sorte delle fattispecie aggravate (caducazione o sopravvivenza) fosse rimessa all'ondivaga discrezionalità del singolo giudicante.

Logico corollario di tale scelta si rivela l'art. 5 (*Disposizione di coordinamento*), destinato (come si vedrà) a fronteggiare i casi in cui all'illecito depenalizzato corrisponda una fattispecie aggravata, sanzionata con pena detentiva (e come tale insensibile all'art. 1, comma 1), che risulti incentrata sulla *recidiva*. In difetto di un correttivo *ad hoc* (equiparazione di *recidiva* e *reiterazione*), tali ipotesi sarebbero, infatti, condannate all'ineffettività, in conseguenza del venir meno del presupposto fondante la *recidiva*: ossia la ripetizione di un illecito "base" di natura penale.

Esclusioni dal campo di applicazione della clausola generale di depenalizzazione

La sfera di applicazione della clausola di cui all'art. 1, comma 1, risente della previsione di un'ampia e pregnante serie di "materie" escluse dalla depenalizzazione e di alcune eccezioni "*espansive*" (inclusione di fattispecie non punite con la sola pena pecuniaria), destinate a incidere considerevolmente sulla portata complessiva dell'intervento legislativo in esame.

Nella misura in cui escludono espressamente dalla portata depenalizzatrice della clausola "cieca" i reati previsti dal codice penale e dal D.Lgs. n. 286/1998 (Testo unico in materia di immigrazione), nonché gli illeciti penali rientranti in un'ampia serie di "materie" nominate, i commi 3 e 4 dell'art. 1, D.Lgs. n. 8/2016 circoscrivono notevolmente il raggio operativo della depenalizzazione.

Il legislatore delegante si è, peraltro, limitato a prevedere espressamente le sole "*materie*" eccettuate dall'art. 1, senza individuare i provvedimenti legislativi ad esse afferenti in tutto o in parte⁽²²⁾. L'art. 2, comma 2, lett. a), L. n. 67/2014, stabilisce, infatti, che la trasformazione in illeciti amministrativi non possa riguardare gli illeciti penali (puniti con la sola pena pecuniaria) previsti in materia di *edilizia e urbanistica; ambiente, territorio e paesaggio; alimenti e bevande; salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; sicurezza pubblica; giochi d'azzardo e scommesse*⁽²³⁾; *armi ed esplosivi; elezioni e finanziamento dei partiti; proprietà intellettuale e industriale*⁽²⁴⁾. Le "materie" sono state selezionate dal delegante secondo valutazioni politico-criminali di carattere general-preventivo, correlate al valore e al "peso" del bene giuridico protetto (nonché ai margini di rinunciabilità della deterrenza penale)⁽²⁵⁾, che si intrecciano ad istanze di criminalizzazione di carattere simbolico, a considerazioni di opportunità o, infine, a contingenti esigenze di cautela, legate alla peculiare percezione sociale di date forme di devianza⁽²⁶⁾. Si tratta di comparti dell'ordinamento penale - il più delle volte oggetto di continui interventi di riforma (paradigmatico il settore dell'"ambiente, territorio e paesaggio") - pertinenti alla protezione di interessi di natura *collettiva* (in molti casi, si tratta di reati "senza vittima"), che comprendono fattispecie incriminatrici perlopiù orientate alla tutela di funzioni amministrative, la cui finalità particolare è quella di salvaguardare il "modo di risoluzione di un conflitto di beni, la cui valutazione e ed il cui temperamento sono affidati all'Amministrazione"⁽²⁷⁾.

Il cospicuo novero delle materie "escluse" e l'intrinseca ampiezza di alcune di esse - emblematica la "sicurezza pubblica"⁽²⁸⁾, suscettibile di assumere una notevole latitudine, se non, addirittura, una onnicomprensività di significato- hanno posto la necessità di porre rimedio alla "difficoltà di procedere ad una sicura collocazione delle fattispecie in ambiti di materia spesso indeterminati"⁽²⁹⁾. Secondo una tecnica legislativa già collaudata (D.Lgs. n. 507/1999), le leggi che disciplinano le predette *materie* sono state individuate e raggruppate dal legislatore delegato in un apposito elenco, allegato al D.Lgs. n. 8/2016⁽³⁰⁾ e finalizzato ad orientare e ad agevolare l'interprete.

Pur non essendo formalmente compreso dalla legge delega tra le esclusioni "per materia", il settore dell'*immigrazione* (D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286) è sottratto all'operatività della clausola generale, per effetto dell'espressa previsione di cui all'art. 2, comma 3, lett. b), L. n. 67/2014, che - dopo aver disposto la trasformazione in illecito amministrativo del reato di cui all'art. 10 *bis* D.Lgs. n. 286/1998 (c.d. immigrazione clandestina) - stabilisce che debbano conservare rilevanza penale le condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in tale materia. Com'è noto, il Governo non ha ritenuto opportuno esercitare la delega in riferimento all'illecito di cui all'art. 10 *bis*, D.Lgs. n. 286/1998: l'art. 1, comma 4, D.Lgs. n. 8/2016, stabilisce, *claris verbis*, l'esclusione dalla depenalizzazione dei *reati* di cui al D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

Tra le maggiori criticità che il legislatore delegato ha dovuto affrontare v'è, senz'altro, quella relativa alla possibilità o meno di degradare a illeciti amministrativi i reati contenuti nel codice penale che siano puniti con la sola multa o ammenda e che non attengano alle "materie" escluse dalla depenalizzazione. A differenza di quanto stabilito nel provvedimento di depenalizzazione del 1981 - esclusione espressa dalla degradazione in illeciti amministrativi dei reati previsti "dal codice penale"⁽³¹⁾ - nessuna disposizione è prevista a tal riguardo da parte della legge delega. Recependo le indicazioni dello schema di decreto legislativo predisposto dalla Commissione Palazzo, il legislatore delegato ha escluso espressamente le fattispecie previste nel codice penale dalla sfera di operatività della clausola generale di depenalizzazione (art. 1, comma 3, D.Lgs. n. 8/2016), facendo salva l'ipotesi di cui all'art. 726 c.p. (oggetto di depenalizzazione nominativa, ex art. 2, comma 6, del decreto)⁽³²⁾.

A sostegno della soluzione adottata all'art. 1, comma 3, nella *Relazione* governativa si ricorre ad argomenti di natura testuale e sostanziale. Dal primo punto di vista, sono valorizzati sia la contrapposizione - interna all'art. 2, comma 2, L. n. 67/2014 - tra "reati", genericamente intesi e "reati previsti dal codice penale", destinatari di una disciplina speciale (non sottoposta al criterio delle materie escluse), sia, soprattutto, l'inserimento nell'elenco nominativo dei reati "codicistici" da depenalizzare⁽³³⁾ di due contravvenzioni punite con la sola pena pecuniaria (artt. 659, comma 2, c.p. e 726 c.p.), a seguito del passaggio alla competenza del giudice di pace, difficilmente comprensibile se la clausola cieca fosse davvero operativa nei confronti del codice penale. Il legislatore delegato sembra, peraltro, essere stato influenzato, soprattutto, da valutazioni di opportunità di carattere sostanziale, concernenti la molteplicità, varietà e, soprattutto, significatività delle fattispecie codicistiche alle quali avrebbe potuto "teoricamente" applicarsi la clausola generale di depenalizzazione: dalle numerose figure di vilipendio all'oltraggio a un corpo politico, amministrativo o giudiziario; dall'omessa denuncia di reato da parte del pubblico agente al favoreggiamento nelle contravvenzioni, dalle percosse alla minaccia, ecc. Anche in questo caso, sono state recepite le indicazioni della Commissione Palazzo in ordine agli "effetti asistematici" che avrebbe comportato l'inclusione degli illeciti "codicistici" nella sfera di operatività della clausola "cieca": e, cioè, la depenalizzazione di ipotesi delittuose poste a presidio di beni di notevole importanza⁽³⁴⁾ e il mantenimento della rilevanza penale di contravvenzioni sicuramente meno significative, in quanto rientranti nelle materie "escluse" (come, ad es., quelle contemplate agli artt. 703, commi 1 e 727 *bis* comma 2, c.p.).

Alla luce del *deficit* di indicazioni da parte del delegante, la soluzione adottata in chiave di opportunità politico-criminale non appare, peraltro, incontrovertibile. Tenuto conto dei lavori preparatori⁽³⁵⁾, del tenore letterale dell'art. 2, comma 2, lett. a), L. n. 67/2014, nella parte in cui prevede perentoriamente la trasformazione in illeciti amministrativi di "tutti" i reati per i quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda, del mancato riferimento ai "reati previsti dal codice penale" tra quelli tassativamente esclusi dalla depenalizzazione e, infine, del rischio di "sterilizzazione" dell'intervento di depenalizzazione sotteso alla tesi "riduttiva", si sarebbe potuto

giungere ad una diversa conclusione: estensibilità della clausola generale anche ai reati previsti dal codice penale, purché sanzionati con la sola sanzione pecuniaria e non ricompresi nelle "materie" escluse.

Disciplina sanzionatoria degli illeciti depenalizzati in base alla clausola generale

Dopo aver stabilito i criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria amministrativa⁽³⁶⁾, l'art. 2, comma 2, lett. e), L. n. 67/2014, si limita a fissare i limiti minimo e massimo assoluti della sanzione principale prevista per tutti gli illeciti depenalizzati: ossia il pagamento di una somma compresa tra un minimo di € 5.000 e un massimo di € 50.000. L'art. 1, comma 5, D.Lgs. n. 8/2016, definisce il regime sanzionatorio degli illeciti depenalizzati in base alla clausola "cieca", stabilendo tre livelli di equivalenza tra originarie pene pecuniarie ed entità delle nuove sanzioni amministrative pecuniarie: a) sanzione da € 5.000 a €10.000 per gli illeciti in origine puniti con la multa o l'ammenda non superiore nel massimo a € 5.000; b) sanzione da € 5.000 a € 30.000 per gli illeciti in origine puniti con la multa o l'ammenda non superiore nel massimo a € 20.000; c) sanzione da €10.000 a € 50.000 per gli illeciti in origine puniti con la multa o l'ammenda superiore nel massimo a € 20.000.

Nel fissare e graduare l'entità della sanzione amministrativa non si attribuisce, dunque, alcuna rilevanza alla natura delittuosa o contravvenzionale dell'illecito depenalizzato: si fa, invece, esclusivo riferimento alla somma prevista a titolo di pena, secondo un criterio già adottato in occasione di analoghi interventi di depenalizzazione (L. n. 689/1981). L'inevitabile irrigidimento sanzionatorio del sistema imposto dalla legge delega, fa sì che i minimi edittali (€ 5.000) siano in non pochi casi più elevati delle previgenti cornici edittali, con la conseguente necessità di correttivi sul piano della disciplina intertemporale, al fine di evitare la retroattività *in pejus* della nuova disciplina sanzionatoria.

L'art. 1 comma 6 del decreto in esame concerne, infine, gli illeciti depenalizzati - ai sensi dell'art. 1, comma 1, del decreto in esame - per i quali fosse in origine comminata una pena pecuniaria proporzionale, anche in difetto di predeterminazione di limiti edittali: si stabilisce che la somma dovuta a titolo di sanzione amministrativa pecuniaria sia pari all'ammontare della multa o dell'ammenda, nel rispetto dei minimi (€ 5.000) e massimi (€ 50.000) assoluti.

Gli illeciti depenalizzati in base alla clausola generale: un primo "inventario"

Tra gli illeciti penali suscettibili di rientrare nella sfera di operatività della clausola "cieca" di depenalizzazione, possono essere ricordati, in primo luogo, per il loro spessore rispettivamente valoriale ed applicativo, l'interruzione volontaria della gravidanza in violazione delle modalità indicate dalla legge (art. 19, comma 2, L. n. 194/1978) e la guida senza patente (art. 116, comma 1, D.Lgs. n. 285/1992), purché non posto in essere da recidivi entro il biennio. Se nel primo caso si passa dalla (simbolica) multa fino a € 51 alla sanzione amministrativa da € 5.000 a € 10.000, nel secondo, l'ammenda da € 2.257 a €9.032 cede il passo alla più dissuasiva sanzione amministrativa da € 5.000 € a 30.000 € (oltre al fermo e alla confisca amministrativa del mezzo). Nella clausola in esame rientrano, altresì, *ex multis*, gli illeciti di impedito controllo ai revisori (art. 29, D.Lgs. n. 39/2010), di omessa trasmissione dell'elenco dei protesti cambiari da parte del pubblico ufficiale (art. 235, R.D. n. 267/1942) e di emissione di assegno da parte di istituto non autorizzato o con autorizzazione revocata (art. 117, R.D. n. 1736/1933).

Non vi è dubbio, peraltro, che, dal punto di vista "settoriale", i comparti di tutela in materia di riciclaggio e, soprattutto, di contrabbando siano quelli maggiormente "incisi" dalla clausola di depenalizzazione in esame. Dal primo punto di vista, assumono rilievo i reati di omessa identificazione e di omessa registrazione da parte dei professionisti (art. 55, comma 1, e 55, comma 4, D.Lgs. n. 231/2007); dal secondo punto di vista (violazioni doganali), risultano trasformati in illeciti amministrativi ben dodici delitti, previsti dall'art. 282 all'art. 292 (e 294), d.P.R. n. 43/1973.

La clausola di depenalizzazione "nominativa" e le deleghe non attuate

L'ambito dei reati trasformati in illeciti amministrativi non è circoscritto alla sfera di operatività dell'art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 8/2016. Il legislatore delegante aveva, infatti, previsto che fossero oggetto di depenalizzazione *nominativa* ulteriori (ed eterogenee) figure di reato, collocate sia nel codice penale⁽³⁷⁾, sia nella legislazione penale complementare⁽³⁸⁾.

In conformità di tali disposizioni, il legislatore delegato prevede, dunque, eccezioni "espansive" rispetto alla clausola generale di depenalizzazione, individuando i reati degradati a illeciti amministrativi, in quanto sottoposti (non già alla sola sanzione pecuniaria, bensì) a pena detentiva, sola, congiunta o alternativa a quella pecuniaria⁽³⁹⁾.

Com'è noto, la delega alla depenalizzazione nominativa non è stata esercitata in riferimento agli illeciti previsti all'art. 659 c.p. (*Disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone*) e all'art. 10 bis D.Lgs. n. 286/1998 (*Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*)⁽⁴⁰⁾. Le direttive di depenalizzazione sono state disattese dal Governo, sulla base di motivazioni indicate nella relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo⁽⁴¹⁾. In primo luogo, si osserva che "ciascuna previsione di depenalizzazione ha autonomia strutturale rispetto all'intero contesto di prescrizioni impartite al legislatore delegato" e che quando quest'ultimo "ritiene di svolgere una precisa opzione di opportunità politica, non esercitando la delega in riguardo ad uno o più dei reati oggetto delle previsioni di depenalizzazione, dà luogo ad un parziale recepimento della stessa, per esercizio frazionato del potere devolutogli che non intacca la conformità alle direttive nella parte in cui, invece, la delega è attuata"⁽⁴²⁾. Ciò premesso, il Governo individua le "ragioni politiche" del mancato esercizio della delega nel fatto che si tratta di fattispecie che "intervengono "su materia "sensibile" per gli interessi coinvolti, in cui lo strumento penale appare come indispensabile per la migliore regolazione del conflitto con l'ordinamento innescato dalla commissione della violazione"⁽⁴³⁾.

In particolare, la prescrizione della depenalizzazione della contravvenzione di disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone appare riconducibile a valutazioni di maggior effettività e certezza della sanzione amministrativa⁽⁴⁴⁾: *melius re perpensa*, in considerazione della dimensione collettiva del disvalore (nel diritto vivente si richiede che le proiezioni offensive si riverberino su una molteplicità o pluralità indeterminata di consociati) e della conseguente significatività dell'interesse protetto (quiete pubblica), il delegato ha ritenuto più prudente soprassedere alla depenalizzazione del reato di cui all'art. 659 c.p.⁽⁴⁵⁾.

Preso atto della sostanziale inutilità (ed, anzi, dannosità) di una fattispecie - come quella di cui all'art. 10 bis, D.Lgs. n. 286/1998 - incentrata sulla colpevolezza d'autore e paradigmatica della tendenza all'uso simbolico della sanzione penale, all'ultimo momento il delegante ne aveva prescritto la trasformazione in illecito amministrativo⁽⁴⁶⁾, sulla scia, soprattutto, dell'onda emotiva provocata nell'opinione pubblica dai resoconti delle tragiche conseguenze dei ripetuti affondamenti di "barconi" di clandestini. A prescindere dalla considerazione dei positivi effetti sul piano della deflazione, l'esercizio della delega avrebbe consentito di superare l'ostacolo - autorevolmente segnalato⁽⁴⁷⁾ - rappresentato dall'impossibilità di acquisire dagli immigrati clandestini - in quanto indagati - informazioni utili per l'accertamento - a carico dei trafficanti di esseri umani - dei reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. A favore del mantenimento della rilevanza penale del fatto residuavano valutazioni legate alla percezione collettiva dell'emergenza "immigrazione", così come amplificata e strumentalizzata -in senso demagogico- da stampa e forze politiche in rapporto alla "sicurezza collettiva". Nonostante le critiche in sede di parere parlamentare, il Governo ha ritenuto opportuno assecondare la rappresentazione "populistica" del fenomeno in esame, anteponeandola a valutazioni di efficienza e razionalità: facendo leva sulla "sensibilità" della materia e sulla percezione emergenziale del fenomeno, si è persa un'ulteriore occasione per espungere dal sistema penale un "corpo estraneo" e controproducente⁽⁴⁸⁾.

Gli illeciti oggetto di depenalizzazione nominativa

Nel decreto in esame si distingue a seconda che i reati oggetto di depenalizzazione nominativa siano collocati all'interno del codice penale (art. 2) oppure di leggi penali complementari (art. 3). L'intervento di depenalizzazione operato dall'art. 2 sui reati del codice penale si sviluppa secondo due *direttrici* teleologiche: in un caso (artt. 527, 528 commi 1 e 2, e 726), prevale l'intento cultural-pluralistico di laicizzazione e secolarizzazione del diritto penale⁽⁴⁹⁾; nell'altro, (artt. 652, 661 e 668), si prende, invece, atto del carattere formale e, soprattutto, marginale, di talune ipotesi contravvenzionali⁽⁵⁰⁾.

L'intervento sulle fattispecie in tema di oscenità è, dunque, ispirato alla necessità che il diritto penale non sia acriticamente sovrapposto alla sfera morale: è in questo senso che pare dover essere valutata la trasformazione in illeciti amministrativi delle ipotesi criminose di cui agli artt. 527, comma 1 (*Atti osceni*)⁽⁵¹⁾, 528, commi 1 e 2 (*Pubblicazioni e spettacoli osceni*)⁽⁵²⁾ e 726 c.p.



(Atti contrari alla pubblica decenza)⁽⁵³⁾ c.p. Collocate all'interno del Titolo IX (*Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*), Capo II (*Delle offese al pudore e all'onore sessuale*), le due figure delittuose citate presentano risalenti criticità sul piano dell'offensività e della meritevolezza di pena. Com'è noto, nell'intento di individuare con maggiore precisione il referente di valore (declinato in senso genericamente 'pubblicistico') e di conformarlo ai parametri costituzionali (compensando l'inafferrabilità della nozione di "osceno")⁽⁵⁴⁾, dottrina e giurisprudenza hanno progressivamente reinterpretato il bene giuridico rilevante, in direzione di un concetto di pudore inteso "in senso "individualizzato"⁽⁵⁵⁾. In continuità con l'intervento operato dall'art. 44, D.Lgs. n. 507/1999 (che aveva degradato ad illecito amministrativo il delitto di atti osceni colposi), l'art. 2, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 8/2015, si inserisce - a pieno titolo - nel processo di delegittimazione della visione di moralità pubblica e buon costume quali interessi meritevoli in sé di protezione. Oggetto di plausibile tutela appare sempre meno la moralità pubblica nella sua valenza superindividuale: in primo piano, si pone, infatti, la libertà dei consociati. Il quadro della disciplina penale che emerge a seguito dell'intervento di decriminalizzazione appare, peraltro, tutt'altro che scevro da incongruenze: se, da un lato, il mantenimento della rilevanza penale degli atti osceni "commessi all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano" (art. 527, comma 2, c.p.) stride con il rango amministrativo assegnato all'ipotesi in cui minori assistano a tali atti in luoghi diversi⁽⁵⁶⁾, dall'altro, non poche perplessità desta la mancata depenalizzazione dell'ipotesi di cui all'art. 528, comma 3, c.p. (che punisce l'uso di mezzi di pubblicità atti a favorire la circolazione o il commercio di oggetti osceni e i pubblici spettacoli osceni). Come è stato osservato in dottrina, si tratta di una singolare e contraddittoria scelta conservativa, "marcatamente distonica rispetto alla più aggiornata interpretazione del bene giuridico rilevante"⁽⁵⁷⁾ e ai principi costituzionali. Infine, quale "avamposto" dei delitti di osceno⁽⁵⁸⁾ - *per relationem* - anche l'obsolescente contravvenzione di atti contrari alla pubblica decenza è degradata ad illecito amministrativo, con il conseguente "livellamento" di ipotesi qualificate da un grado eterogeneo di disvalore.

Sul versante della depenalizzazione nominativa di reati collocati *extra codicem*, di intervento riconducibile alla periodica 'potatura di rami secchi' si può parlare in riferimento all'ipotesi di cui all'art. 3, commi 1, 4 e 5 (prive di impatto giudiziario) e di *smaltimento* di "reliitto storico" per quanto riguarda la singolare fattispecie di omessa denuncia, depenalizzata dall'art. 3, comma 3⁽⁵⁹⁾.

Un chiaro intento deflattivo è, invece, quello sotteso alla parziale depenalizzazione - ad opera dell'art. 2, comma 6, D.Lgs. n. 8/2016 - del delitto di omesso versamento delle ritenute assistenziali e previdenziali operate dal datore di lavoro sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti (art. 2, comma 1 *bis*, D.L. 12 settembre 1983, n. 463, conv. con modif. in L. 11 novembre 1983, n. 638). In conformità della legge delega, si è, infatti, provveduto a circoscrivere la rilevanza penale alle sole ipotesi in cui l'importo omesso sia superiore a € 10.000 annui (punite con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a € 1.032) e a degradare ad illeciti amministrativi i casi in cui l'importo omesso sia eguale o inferiore a € 10.000 (sottoponendoli alla sanzione amministrativa pecuniaria da € 10.000 a € 50.000). Si prevede, inoltre, una causa speciale di non punibilità, suscettibile di operare sia in ambito penale, sia in ambito amministrativo: il datore di lavoro non è, infatti, assoggettabile ad alcuna sanzione qualora adempia al versamento delle ritenute omesse entro il termine di tre mesi dalla contestazione dell'illecito o dalla notifica dell'avvenuto accertamento della violazione (art. 1 *bis*, D.L. n. 463/1983 conv. in L. n. 638/1983).

Un breve cenno merita, infine, la trasformazione in illecito amministrativo della contravvenzione di cui all'art. 28, comma 2, d.P.R. n. 309/1990, avente ad oggetto l'inosservanza delle prescrizioni e delle garanzie cui è subordinata l'autorizzazione alla coltivazione di piante da cui è possibile estrarre stupefacenti. A seguito del diffuso timore di una generalizzata depenalizzazione della coltivazione di cannabis⁽⁶⁰⁾ e della successiva strumentalizzazione mediatico-politica di tale (ingiustificato) allarme, in un primo momento, il legislatore delegato aveva ritenuto opportuno non esercitare la delega. La preminenza del mantenimento del consenso aveva prevalso sull'esigenza di chiarificazione e ristabilimento di una semplice verità, ovvero che la norma in esame riguarda solo i soggetti già autorizzati a coltivare cannabis per uso terapeutico che violino le prescrizioni. Placatesi le acque e chiarita la marginalità applicativa della fattispecie, il Governo

è ritornato sui propri passi, estendendo la depenalizzazione nominativa anche all'illecito in esame, "salvo che il fatto costituisca reato"⁽⁶¹⁾.

Depenalizzazione nominativa: i profili sanzionatori

Volgendo lo sguardo alla determinazione dei livelli edittali delle sanzioni comminate per le nuove figure di illecito amministrativo di cui agli artt. 2 e 3, occorre, in primo luogo, prendere le mosse dall'insufficienza degli "scaglioni di corrispondenza" di cui all'art. 1, comma 5, in quanto correlati all'originaria previsione della sola pena pecuniaria. Si è, dunque, reso necessario il ricorso a una diversa criteriologia, rispettosa dei limiti minimi e massimi stabiliti in assoluto dalla legge delega per le nuove sanzioni amministrative (da € 5.000 a € 50.000), ma anche doverosamente collegata alle cornici edittali delle *sanzioni detentive* in origine contemplate per gli illeciti depenalizzati. Il legislatore delegato si è uniformato alle indicazioni della Commissione Palazzo: per ogni illecito depenalizzato nominativamente, il legislatore delegato ha ritagliato la corrispondente cornice edittale amministrativa, secondo un criterio di massima, consistente nella previsione della sanzione amministrativa: da € 5.000 a 15.000, per le contravvenzioni punite con l'arresto fino a sei mesi; da € 5.000 a 30.000, per le contravvenzioni punite con l'arresto fino ad un anno e da € 10.000 a 50.000, per i delitti e le contravvenzioni puniti con pena detentiva superiore ad un anno. Ci si è discostati da tale criterio nel caso [dell'art. 527, comma 1, c.p.](#), sul presupposto che l'originaria cornice edittale non corrispondesse più all'effettivo disvalore del fatto; in altri casi, astrattamente riconducibili alla fascia di equivalenza più severa, si è dovuto prevedere un massimo edittale inferiore, in modo tale da rendere possibile l'applicabilità degli aumenti stabiliti per le ipotesi aggravate e, al contempo, rispettare il limite massimo assoluto - € 50.000 - prescritto dalla legge delega.

L'art. 2, [comma 2, lett. e](#)), [L. n. 67/2014](#), incaricava espressamente il Governo di prevedere - nell'ambito della c.d. depenalizzazione nominativa - "l'applicazione di eventuali sanzioni amministrative accessorie consistenti nella sospensione di facoltà e diritti derivanti da provvedimenti dell'amministrazione".

Al fine di evitare il rischio di un eccesso di delega, la previsione di sanzioni accessorie è stata, coerentemente circoscritta all'area della depenalizzazione *nominativa*. In astratto, si sarebbe potuto sia intervenire sulle previgenti norme penali che contemplavano pene accessorie, trasformando quest'ultime in amministrative, sia prevedere *ex novo* sanzioni accessorie, nel caso in cui quest'ultime si fossero rivelate adeguate e non contraddette - sul piano della coerenza logico-sistematica - dalla mancata previsione di pene accessorie, da parte delle "residue" disposizioni penali contenute nello stesso corpo normativo: ad es., [l'art. 528 c.p.](#)

Il legislatore delegato ha optato a favore della seconda ipotesi, individuando tre violazioni suscettibili, in caso di reiterazione specifica, di comportare l'applicazione obbligatoria di sanzioni accessorie amministrative. L'art. 4, [D.Lgs. n. 8/2016](#) stabilisce, infatti che - nei casi degli illeciti di cui agli [artt. 668 c.p.](#) (rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive), [171 quater L. n. 633/1941](#) (concessione in uso di opere protette dalla legge sul diritto d'autore) e [28, comma 2, d.P.R. n. 309/1990](#) (coltivazione di piante in violazione dell'autorizzazione) - l'autorità amministrativa competente, con ordinanza-ingiunzione⁽⁶²⁾, applichi la sanzione accessoria della "sospensione della concessione, della licenza, dell'autorizzazione o di altro provvedimento amministrativo che consente l'esercizio dell'attività da un minimo di dieci giorni a un massimo di tre mesi". Avendo il delegato optato a favore dell'applicazione retroattiva *in mitius* delle nuove sanzioni amministrative, l'applicazione di tali sanzioni accessorie viene esclusa in riferimento alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore del [D.Lgs. n. 8/2016](#), salvo che le medesime sostituiscano corrispondenti pene accessorie (art. 8, comma 3). Nel caso di reiterazione specifica di una delle tre violazioni citate, non è, infine, ammesso il pagamento in misura ridotta, di cui all'art. 16, [L. n. 689/1981](#).

Disposizioni comuni ai nuovi illeciti amministrativi

Gli artt. da 5 a 9 hanno ad oggetto disposizioni suscettibili di trovare applicazione ai reati trasformati in illeciti amministrativi ai sensi del [D.Lgs. n. 8/2016](#).

La legge delega non contiene principi e criteri direttivi esaustivi in ordine alla disciplina sostanziale e processuale dei nuovi illeciti amministrativi. Preso atto di ciò e non ravvisando particolari motivi per introdurre uno statuto differenziato e speciale, il legislatore delegato ha ritenuto "opportuno e sistematicamente corretto rendere applicabili, in quanto



compatibili"⁽⁶³⁾ le disposizioni di cui alle Sezioni I (*Principi generali*) e II (*Applicazione*) del capo I (*Sanzioni amministrative*) della [L. n. 689/1981](#), che - com'è noto - racchiude la *disciplina generale* degli illeciti punitivi amministrativi. L'art. 6 (*Disposizioni applicabili*) del decreto prevede, appunto, che - in sede di applicazione delle sanzioni amministrative in esame - si osservino, in quanto compatibili, le disposizioni di cui al Capo I della [L. n. 689/1981](#).

L'art. 5 contempla una disposizione di *coordinamento* destinata a trovare applicazione nelle ipotesi di fattispecie aggravate - fondate sulla *recidiva* di illeciti penali trasformati in illeciti amministrativi - che, essendo sottoposte a pena detentiva, risultino escluse dalla depenalizzazione. Si prevede che, in tali casi, "per recidiva" debba "intendersi la reiterazione dell'illecito depenalizzato". Nella relazione illustrativa dello schema di decreto, si sottolinea che - dovendo la "recidiva" essere intesa "con riferimento alla reiterazione dell'illecito depenalizzato definitivamente accertato" - in tal modo si garantiscono l'operatività e l'effettività delle predette fattispecie aggravate. Emblematico il caso della condotta di guida senza patente (art. [116, comma 15, D.Lgs. n. 285/1992](#)): essendo punita con la sola ammenda, l'ipotesi semplice risulta depenalizzata, ai sensi dell'art. 1 del decreto; essendo sottoposta alla pena dell'arresto fino ad un anno nel caso di "recidiva nel biennio" (ora: "reiterazione nel biennio"), l'ipotesi aggravata mantiene rilevanza penale⁽⁶⁴⁾. Il già sottolineato rinvio di carattere generale - ex art. 8 - alle disposizioni del Capo I della [L. n. 689/1981](#) fa sì che, ai fini della determinazione della portata della nozione di "reiterazione", si debba fare riferimento all'art. [8 bis, L. n. 689/1981](#)⁽⁶⁵⁾.

In conformità delle indicazioni fornite sul punto dalla Commissione Palazzo, il Governo ha, inoltre, ritenuto opportuno non dare integrale attuazione all'art. [2, comma 2, lett. g\), L. n. 67/2014](#), laddove si dispone che - nei casi di irrogazione della sola sanzione pecuniaria - il decreto legislativo contempli "la possibilità di estinguere il procedimento mediante il pagamento, anche rateizzato, di un importo pari alla metà della stessa". Il riferimento congiunto all'"estinzione" del procedimento e alla sanzione "irrogata" è apparso l'indice della volontà del delegante di introdurre un'inedita forma di estinzione anticipata del procedimento, circoscritta agli illeciti depenalizzati dal presente decreto e di carattere *speciale* rispetto all'istituto previsto dall'art. [16, L. n. 689/1981](#) (*Pagamento in misura ridotta*). La non agevole decifrazione della volontà del legislatore delegante, da un lato, e il difetto di reali esigenze di differenziazione di disciplina, dall'altro, hanno indotto il Governo ad attribuire al rinvio alle predette disposizioni di cui alla [L. n. 689/1981](#) il significato di *parziale attuazione* del criterio direttivo di cui all'art. [2, comma 2, lett. g\), L. n. 67/2014](#)⁽⁶⁶⁾.

L'art. 7 individua le autorità competenti a ricevere il rapporto e a irrogare le sanzioni comminate per i nuovi illeciti amministrativi, previsti -rispettivamente - agli artt. 1, 2 e 3 del decreto stesso⁽⁶⁷⁾, in conformità dell'art. [2, comma 2, lett. f\), L. n. 67/2014](#).

Disciplina transitoria

Ci si è chiesti se il silenzio serbato dall'art. [2, comma 2, L. n. 67/2014](#), in ordine alla disciplina di diritto intertemporale, debba interpretarsi come l'implicito riferimento all'applicabilità della disciplina transitoria risultante dagli [artt. 2 c.p. e 1, L. n. 689/1981](#). In caso affermativo, il fatto commesso quando lo stesso era ancora previsto come reato non sarebbe sanzionabile in alcun modo, a causa della successiva trasformazione in illecito amministrativo: il giudice penale dovrebbe dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, senza, però, rimettere gli atti all'autorità amministrativa competente all'applicazione della sanzione pecuniaria. Una simile soluzione - consolidatasi in giurisprudenza in riferimento a discipline di depenalizzazione che non dispongano l'applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative - non è parsa al legislatore delegato adeguata ad istanze sostanziali di tutela e, tanto meno, rispettosa di esigenze di parità di trattamento (degli autori di illeciti antecedenti alla depenalizzazione e degli autori di illeciti ad essa successivi). Facendo tesoro delle indicazioni della Commissione Palazzo, il Governo ha ritenuto necessario sopperire alla mancanza di uno specifico criterio di delega, predisponendo un'apposita disciplina transitoria⁽⁶⁸⁾: l'art. [8, comma 1, D.Lgs. n. 8/2016](#) stabilisce, infatti, che le sanzioni amministrative pecuniarie comminate per i nuovi illeciti amministrativi siano applicabili anche alle violazioni commesse prima dell'entrata in vigore dello stesso decreto (e, cioè, sino al 5 febbraio 2016), purché il procedimento non sia stato definito con provvedimento definitivo di condanna⁽⁶⁹⁾.

Alla base di tale soluzione si pongono, fondamentalmente, due ordini di considerazioni. In primo luogo, tenuto conto dell'assimilazione sostanziale - sotto il profilo delle garanzie in tema di



legalità - dell'illecito amministrativo all'illecito penale, nel comune alveo della c.d. "*materia penale*"⁽⁷⁰⁾, si è ritenuto che l'intervento di depenalizzazione in esame dia, sostanzialmente, luogo ad una *successione di leggi*, qualificata dalla retroattività di una disciplina (amministrativa) più favorevole rispetto a quella (di natura penale) prevista al momento del fatto, con approdi disciplinari in linea con i principi costituzionali e convenzionali, giacché il legislatore delegato si è premurato di garantire che la nuova sanzione sia irrogata in un ammontare non superiore al massimo di quella originaria, tenuto conto del coefficiente di ragguglio di cui [all'art. 135 c.p.](#) (art. 8, [comma 3, D.Lgs. n. 8/2016](#))⁽⁷¹⁾. A favore della soluzione della retroattività *in mitius* della legge punitiva amministrativa, milita, altresì, la considerazione della disciplina adottata tradizionalmente in tal senso nella legislazione vigente in materia di depenalizzazione (art. 100 ss., [D.Lgs. n. 507/1999](#)).

Al fine di garantire l'effettiva applicabilità dell'art. 8 comma 1 ai fatti commessi in epoca antecedente al 6 febbraio 2016, l'art. 9 definisce, in dettaglio, condizioni, modalità, termini e competenze del passaggio degli atti del procedimento penale all'autorità amministrativa⁽⁷²⁾, distinguendo a seconda che sia stata o meno esercitata l'azione penale. Nel secondo caso (art. 9, comma 2), il P.M. deve trasmettere direttamente gli atti alla predetta autorità (annotando la trasmissione nel registro delle notizie di reato, qualora si tratti di procedimento già iscritto), salvo che il reato risulti estinto per qualunque causa, giacché, in questa eventualità, lo stesso P.M. deve richiedere l'archiviazione (a tal riguardo, si prevede espressamente la possibilità che la richiesta e il successivo decreto di archiviazione possano "avere ad oggetto anche elenchi cumulativi di procedimenti")⁽⁷³⁾.

Se, invece, l'azione penale è stata già esercitata (art. 9, comma 3), il giudice deve disporre la trasmissione degli atti all'autorità amministrativa competente, salvo che il fatto sia già prescritto o estinto per altra causa. Si deve, peraltro, tenere conto dello stato di avanzamento del procedimento: se esso pende davanti al giudice di primo grado, quest'ultimo deve pronunciare - ex [art. 129 c.p.p.](#) - sentenza inappellabile di assoluzione o di non luogo a procedere; per quel che concerne l'eventuale pendenza in fase di impugnazione, l'art. 9, comma 3 (seconda parte), prende in considerazione il caso in cui, nel precedente grado, sia stata pronunciata sentenza di condanna, prevedendo che il giudice dell'impugnazione - dichiarato che il fatto non è previsto dalla legge come reato - debba decidere sull'impugnazione ai soli effetti civili (ex [art. 578 c.p.p.](#)). Aldilà di tale specifica ipotesi, anche in fase di impugnazione, vale la regola di giudizio di cui [all'art. 129 c.p.p.](#)

Rimangono, a questo punto, da prendere in considerazione le ipotesi in cui i procedimenti penali per gli illeciti depenalizzati dal decreto siano stati definiti - prima del 6 febbraio 2016 - con provvedimento irrevocabile di condanna. A tal proposito, l'art. 8, comma 2, stabilisce che - in applicazione degli [artt. 2, comma 2, c.p.](#) e 673 c.p.p.- il giudice dell'esecuzione (adito ex [art. 666, comma 1, c.p.p.](#)) revochi la sentenza o il decreto, dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adottati i provvedimenti conseguenti, secondo la procedura semplificata di cui [all'art. 667, comma 4, c.p.p.](#)

Infine, sul versante del procedimento amministrativo, l'art. 9, commi 4, 5 e 6, disciplina gli adempimenti a carico dell'autorità competente (notificazione degli estremi della violazione) e le modalità e i termini con i quali l'interessato è ammesso al pagamento in misura ridotta, con effetti estintivi del procedimento: il rinvio all'art. 16, [L. n. 689/1981](#), in quanto compatibile, può essere considerato come "recupero" del principio di delega di cui all'art. 2, comma 2, lett. g).

II) D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'art. 2, comma 3, L. 28 aprile 2014, n. 67)

Il [D.Lgs. n. 8/2016](#) disciplina l'abrogazione di reati e la contestuale introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, secondo quanto stabilito dall'art. 2, [comma 3, L. n. 67/2014](#). Ai sensi di quest'ultima disposizione, il Governo avrebbe dovuto abrogare una serie di disposizioni previste nel codice penale e - "fermo il diritto al risarcimento del danno"- istituire "adeguate sanzioni pecuniarie civili in relazione alle fattispecie abrogate; riaffermato il "carattere aggiuntivo" della sanzione pecuniaria civile "rispetto al diritto al risarcimento del danno dell'offeso", l'art. 2, [comma 3, lett. d\), L. n. 67/2014](#), conferiva al Governo il mandato di indicare

"tassativamente": "le condotte alle quali si applica" la sanzione pecuniaria civile, "l'importo minimo e massimo della sanzione" e "l'autorità competente ad irrogarla".

Nel contesto di un ordinamento civile, come quello italiano, in cui predomina nettamente la funzione compensativa della responsabilità civile, la previsione del nuovo istituto delle sanzioni pecuniarie civili è destinata ad assumere un'importanza "storica", soprattutto per quel che concerne i rapporti tra diritto penale e diritto civile⁽⁷⁴⁾. Gli illeciti tipici, sottoposti a sanzione pecuniaria civile, identificano, in effetti, un istituto senza precedenti, che, sul piano funzionale e contenutistico, non è compiutamente assimilabile alle molteplici figure di illeciti e sanzioni civili previste nell'ordinamento interno⁽⁷⁵⁾.

Il "retroterra" delle nuove "sanzioni pecuniarie civili" è rappresentato dall'eterogenea e frammentaria categoria delle cc.dd. *pene private*⁽⁷⁶⁾ ossia l'"altro polo della tutela civilistica"⁽⁷⁷⁾, suscettibile di essere valorizzato in funzione di tutela preventiva di interessi privati⁽⁷⁸⁾, quale valida ed efficace alternativa ai tradizionali strumenti punitivi (penali e amministrativi)⁽⁷⁹⁾. La difficoltà di trarre dalla disciplina delle figure punitive già contemplate nell'ordinamento civile indicazioni univoche in chiave sistematica ha posto la necessità di gettare le *fondamenta* della nuova categoria di sanzioni civili pecuniarie. In conseguenza della laconicità e lacunosità dei criteri direttivi, il legislatore delegato ha dovuto affrontare tale inedito compito assumendosi la responsabilità di scelte valutative delicate e complesse, tra esigenze di standard adeguati di tutela, istanze di coerenza e funzionalità applicativa e principi di garanzia.

Se commesso con dolo, il medesimo fatto tipico (ad es., il danneggiamento semplice) e antigiusuridico, fonda, dunque, una duplice responsabilità: da un lato, esso comporta l'obbligo di risarcimento del danno, dall'altro, l'obbligo di adempiere al pagamento di una sanzione pecuniaria di carattere punitivo. Com'è stato rilevato, "la sanzione è 'civile' soltanto in rapporto al giudizio, ma è in realtà concepita in termini strettamente punitivi"⁽⁸⁰⁾, con funzioni general-preventive e repressive analoghe a quelle sottese alle originarie sanzioni penali comminate per l'inosservanza dei precetti⁽⁸¹⁾. Un *tertium genus*, di carattere 'pubblicistico' e 'personale', che delle pecuniarie sanzioni amministrative ricalca la non convertibilità in misure incidenti sulla libertà personale in caso d'insolubilità, ma che da tali sanzioni si discosta, avuto riguardo sia al regime di procedibilità, sia alla natura degli interessi tutelati⁽⁸²⁾. Al pari delle pene pecuniarie, la sanzione pecuniaria civile è applicata dall'autorità giudiziaria, sulla base di regole di garanzia che, almeno sul piano sostanziale, si rivelano tendenzialmente omogenee; sul piano processuale, invece, aldilà di alcuni profili comuni (ad es., il contraddittorio), le differenze si accrescono sensibilmente (basti pensare, ad es., alla diversità del parametro di giudizio e della distribuzione dell'onere probatorio), dando luogo a non poche difficoltà ricostruttive.

"Abrogazione di reati e modifiche al codice penale"

Il decreto legislativo si compone di tredici articoli, suddivisi in due capi: il Capo I (artt. 1 e 2) riguarda l'*abrogazione di reati e modifiche al codice penale*; il Capo II (artt. da 3 a 13) concerne, invece, gli *illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili*.

Prendendo le mosse dalla *pars destruens* della disciplina delegata (Capo I), è agevole costatare come il raggio abrogativo riguardi delitti previsti nel codice penale, procedibili a querela⁽⁸³⁾, che incidono su interessi privati. I delitti abrogati sono riconducibili a tre categorie: le falsità documentali, i reati contro l'onore e i reati contro il patrimonio mediante violenza alle cose. Si tratta di delitti che - come rilevato da autorevole dottrina - riguardano sia "rapporti sostanzialmente economico-patrimoniali intercorrenti tra privati" sia, come nel caso dell'ingiuria, "un rapporto interpersonale 'privatistico'", che implica "una conseguenza patrimonialmente valutabile"⁽⁸⁴⁾.

Ad assumere rilievo sono, dunque, "interessi 'minori', rispetto alla cui tutela assume un ruolo esclusivo e determinante la valutazione di opportunità del soggetto offeso"⁽⁸⁵⁾. In questo senso, la trasformazione in illeciti civili in esame può essere accostata al paradigma della c.d. *privatizzazione* della tutela⁽⁸⁶⁾: il disvalore degli illeciti oggetto di abrogazione viene, infatti, traslato dal piano penale a quello delle relazioni private, sul presupposto, secondo cui - nell'ambito della prevenzione e repressione di illeciti 'minori', "ad offesa patrimoniale (o comunque patrimonialmente valutabile)"⁽⁸⁷⁾ - la previsione di sanzioni pecuniarie civili possa rivelarsi più efficace ed incisiva della comminatoria di sanzioni penali, considerate, in particolare, l'ineffettività e le difficoltà di esecuzione che affliggono da tempo le pene pecuniarie⁽⁸⁸⁾.

Sulla base di queste premesse, l'art. 1 del decreto dispone l'abrogazione *integrale* dei seguenti articoli del codice penale: 485 (*Falsità in scrittura privata*), 486 (*Falsità in foglio firmato in bianco. Atto privato*), 594 (*Ingiuria*), 627 (*Sottrazione di cose comuni*) e 647 (*Appropriazione di cose smarrite, del tesoro o di cose avute per errore o caso fortuito*).

L'art. 2 (*Modifiche al codice penale*) del decreto ha, invece, ad oggetto sia l'abrogazione *parziale* di articoli del codice penale (*espressa*, come quella art. 635 comma 1 - danneggiamento semplice - o *implicita*, come quella degli artt. 489, comma 2, e 490, comma 2), sia le *modificazioni* che - in conseguenza dell'abrogazione (integrale o parziale) - occorre apportare alla formulazione di disposizioni del codice penale che includano nel proprio campo di applicazione fattispecie oggetto di depenalizzazione oppure si colleghino (espressamente o meno) ad articoli oggetto di abrogazione.

Com'è sottolineato nella relazione illustrativa, l'adeguamento delle disposizioni codicistiche interessate 'indirettamente' dall'intervento di abrogazione è un adempimento non esplicitato dalla legge delega, ma da essa inevitabilmente presupposto, in chiave di coordinamento logico-sistematico e di funzionalità applicativa⁽⁸⁹⁾. La predetta opera di adeguamento del testo normativo non dà luogo a "una riscrittura arbitraria delle disposizioni incriminatrici ad opera del legislatore delegato" (il quale è "chiamato dalla legge delega soltanto ad un'opera di depenalizzazione e non certo a quella di una diversa costruzione delle fattispecie penali non toccate dall'intervento depenalizzante"), ma è, piuttosto, riconducibile alla "necessità di tener conto, con piena fedeltà al testo della norma penale che tale rimane, delle espunzioni che sono conseguenza della previsione di depenalizzazione, e ciò per assicurare la piena intellegibilità della disposizione incriminatrice, preconditione di un diritto penale di garanzia"⁽⁹⁰⁾.

Le modifiche apportate dall'art. 2, comma 1, lett. da a) a f), si collegano all'abrogazione - prescritta dall'art. 2, comma 3, lett. a), n. 1, [L. n. 67/2014](#) - dei "delitti di cui al libro secondo, titolo VII, capo III limitatamente alle condotte relative a scritture private, ad esclusione delle falsità previste all'articolo 491", ovvero delle violazioni riguardanti un testamento olografo o una cambiale o un titolo di credito trasmissibile per girata o al portatore, equiparati agli atti pubblici, agli effetti della pena. L'abrogazione degli [artt. 485 e 486 c.p.](#) comporta tre conseguenze: *in primis*, quale logico corollario, la soppressione degli [artt. 489, comma 2 e 490, comma 2, c.p.](#) (concernenti fatti ormai considerati privi di rilevanza penale); in secondo luogo, la modifica della formulazione di disposizioni che si richiamano a ipotesi di reato oggetto di abrogazione (è il caso, ad es., degli artt. 488 e 491 *bis* c.p.); infine, l'adeguamento del testo di determinate disposizioni (ad es., gli [artt. 490, comma 1, e 491 c.p.](#)) alla persistente rilevanza penale delle predette ipotesi di falsità in scrittura privata, escluse dall'abrogazione (falsità in testamento olografo o in cambiale o in titolo di credito trasmissibile per girata o al portatore).

Le modifiche apportate dall'art. 2, comma 1, lett. da g) a i) sono, invece, connesse all'abrogazione del reato di ingiuria e si risolvono nell'adeguamento del testo delle disposizioni in tema di esclusione della prova liberatoria, di querela della persona offesa e di provocazione ([artt. 596, 597 e 599 c.p.](#)) alla sopravvenuta irrilevanza penale dell'ingiuria e alla conseguente necessità di riferire tali previsioni al solo delitto di diffamazione, eliminando la previsione della ritorsione.

Le lett. da l) a q) dell'articolo in esame riguardano, infine, le modifiche apportate ad alcuni delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose, in conseguenza dell'abrogazione del primo comma [dell'art. 635 c.p.](#) Il legislatore delegato provvede, *in primis*, a riformulare quest'ultima disposizione, trasformando le ipotesi circostanziali di cui al previgente comma 2 in corrispondenti fattispecie autonome⁽⁹¹⁾ e, in secondo luogo, in chiave di coordinamento, ad adeguare il testo degli artt. 635 *bis*, 635 *ter*, 635 *quater* e 635 *quinquies* c.p. alla nuova formulazione [dell'art. 635 c.p.](#)

La legge delega conferiva, altresì, al Governo il compito di abrogare i reati di cui agli artt. 631 (usurpazione), 632 (deviazione di acque e modificazione dello stato dei luoghi)⁽⁹²⁾ e 633, comma 1 (invasione di terreni o edifici)⁽⁹³⁾ c.p., con esclusione espressa delle ipotesi procedibili d'ufficio, di cui all'art. 639 *bis* c.p., concernenti acque, fondi o immobili pubblici. Il Governo ha ritenuto inopportuno attuare tale delega, in considerazione dell'allarme destato dalla recente diffusione di tali forme di aggressione patrimoniale: secondo la relazione illustrativa, si tratterebbe "di fenomeni criminali che, seppur attualmente ancora di scarsa incidenza sul carico giudiziario,

meritano tuttavia, rilievo penale in quanto attengono ai fenomeni di occupazione di luoghi privati (a titolo esemplificativo, seconde case di villeggiatura) in via di drammatica espansione"⁽⁹⁴⁾.

"Illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili"

Il Capo II del decreto racchiude le disposizioni volte a tipizzare i nuovi illeciti civili e a fissare le relative, indispensabili, norme di disciplina: l'originaria matrice "penale" si riflette in molteplici e significativi aspetti della disciplina delegata⁽⁹⁵⁾.

Nel plasmare quella che può essere considerata la *pars costruens* del decreto in esame, il delegato si è trovato di fronte a innumerevoli difficoltà interpretative, a causa della genericità e lacunosità dei criteri e principi direttivi⁽⁹⁶⁾, i quali si limitano a sottolineare la funzione ultra - compensativa delle sanzioni pecuniarie civili, postulandone l'adeguatezza funzionale, la necessità di tipizzare le condotte alle quali le stesse debbono applicarsi, predeterminandone i limiti edittali⁽⁹⁷⁾. Canoni esaustivi o, comunque, più "stringenti" sono previsti dal delegante soltanto in rapporto ai criteri di commisurazione delle sanzioni pecuniarie civili.

L'art. 3 (*Responsabilità civile per gli illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie*) prevede la disposizione "fondante" questa nuova forma di responsabilità civile. Al primo comma, si stabilisce, infatti, che - qualora siano posti in essere con dolo - gli illeciti civili, tipici ex art. 4, fondano l'obbligo - non solo delle restituzioni e del risarcimento del danno a norma delle leggi civili, bensì, anche - del pagamento della *sanzione pecuniaria civile* ivi stabilita.

L'art. 3, comma 1, mette, dunque, a fuoco la funzione ultra-compensativa, il carattere *aggiuntivo* o *accessorio* che, laddove prevista, l'inflizione della sanzione pecuniaria civile assume rispetto all'obbligo di restituzione o di risarcimento del danno⁽⁹⁸⁾. Nella misura in cui la procedura sanzionatoria è considerata dal legislatore *esterna* all'azione risarcitoria, "la decisione sulla domanda risarcitoria appare quindi in quest'ottica un presupposto processuale affinché il giudice si pronunci anche sulla sanzione"⁽⁹⁹⁾.

Com'è stato autorevolmente osservato⁽¹⁰⁰⁾, la necessità di connessione tra domanda di risarcimento del danno e sanzione pecuniaria civile solo in apparenza amplia il novero dei soggetti "legittimati ad attivare l'applicazione della sanzione civile rispetto a quello determinato dal regime di perseguibilità a querela, che caratterizzava i reati in origine"⁽¹⁰¹⁾, in quanto l'art. 8, comma 2, precisa che la sanzione pecuniaria civile può essere inflitta solo a seguito dell'accoglimento della domanda di risarcimento proposta dalla *persona offesa* (e non dal mero *danneggiato*).

Anche se nessuna indicazione è fornita dalla legge delega riguardo al coefficiente soggettivo richiesto ai fini dell'integrazione dell'"illecito civile", nella relazione al decreto si sottolinea la necessità di tenere conto del nesso di imputazione originariamente richiesto in sede penale ai fini della responsabilità. Trattandosi di delitti puniti esclusivamente in forma dolosa, in ambito civile è stata adottata una disciplina omogenea, prevedendosi che l'illecito possa essere sottoposto a sanzione pecuniaria solo se commesso dolosamente (qualora siano commessi in forma colposa, gli illeciti di cui all'art. 4 potrebbero, dunque, tutt'al più, fondare l'obbligo di restituzione o di risarcimento del danno)⁽¹⁰²⁾.

La "riscrittura" degli illeciti e le due clausole sanzionatorie di carattere generale

L'art. 4 del decreto corrisponde all'esigenza di tipizzazione legislativa degli illeciti civili e di predeterminazione dei livelli sanzionatori⁽¹⁰³⁾. Dal primo punto di vista, gli illeciti penali oggetto di abrogazione (ex artt. 1 e 2) e contestuale depenalizzazione, sono riformulati dal legislatore delegato mantenendo, in linea di principio, inalterati gli originari confini di tipicità⁽¹⁰⁴⁾. Ci si è (marginalmente) discostati da tale criterio in sede di riscrittura dell'ingiuria e delle fattispecie di falsità in scritture private. Oltre che la necessità di evitare il rischio di un eccesso di delega, alla base di tale scelta si pone la considerazione della valenza punitivo-afflittiva della sanzione pecuniaria civile e del nesso di analogia funzionale che intercorre tra quest'ultima e la pena "pubblica". La significatività dei precetti e delle relative violazioni (in origine di rilevanza penale), la circostanza che la sanzione punitiva sia applicata dall'autorità giudiziaria sulla base di poteri conferiti dalla legge e la previsione - ai fini della reiterazione - dell'istituzione di un registro informatizzato della condanna al pagamento delle sanzioni civili, possono, infatti, essere considerati indici della riconducibilità degli "illeciti civili" alla nozione di "*materia penale*" elaborata dalla Cedu, con la conseguente necessità di osservare i corrispondenti standard di garanzia individuale.

La tipizzazione degli "illeciti civili" secondo un criterio di stretta aderenza alla formulazione delle fattispecie penali oggetto di abrogazione, si accompagna alla previsione di due clausole sanzionatorie di carattere generale⁽¹⁰⁵⁾, qualificate da un grado di crescente afflittività: previsione della sanzione pecuniaria civile da € cento a € ottomila, nel primo caso (art. 4, comma 1), da € duecento a € dodicimila, nel secondo (art. 4, comma 4). L'ampiezza delle forbici edittali è dovuta al difetto di previsione di circostanze in grado di orientare l'applicazione delle sanzioni civili⁽¹⁰⁶⁾.

Gli illeciti civili di nuovo conio sono, in effetti, distribuiti tra i due raggruppamenti, secondo il diverso livello di gravità desumibile dalle pene originariamente comminate: a prescindere da tale criterio di massima, le cornici edittali dei nuovi illeciti risultano, però, di fatto, determinate in modo relativamente indipendente dalle originarie cornici edittali penali⁽¹⁰⁷⁾.

Il primo gruppo di illeciti (art. 4, comma 1) comprende le fattispecie di *ingiuria semplice* (con l'innovativo riferimento alla comunicazione "informatica o telematica", quale modalità di commissione del reato) (lett. a)⁽¹⁰⁸⁾, di *sottrazione di cose comuni* (lett. b), di *danneggiamento* (lett. c), nonché le *appropriazioni* di denaro o cose smarrite, di un tesoro o di cose di cui si sia venuti in possesso per errore o per caso fortuito (lett. d), e) ed f).

Del secondo gruppo di illeciti (art. 4, comma 4), fanno, invece, parte le fattispecie di *falsità in scrittura privata* (lett. a), di *falsità in foglio firmato in bianco* (lett. b), di *altre falsità in foglio firmato in bianco* (lett. c), di *uso di scrittura privata falsa* (lett. d), di *soppressione, distruzione e occultamento di scritture private vere* (lett. e)⁽¹⁰⁹⁾ e di *ingiuria qualificata* (lett. f)⁽¹¹⁰⁾. Tenuto conto dell'accessorietà della tutela sanzionatoria civile rispetto all'azione di risarcimento del danno da parte della persona offesa, in sede di riscrittura delle figure di falsità in scritture private, sono stati eliminati gli originari riferimenti normativi alla finalità di profitto, limitando, coerentemente, la sfera di punibilità alle sole ipotesi che abbiano effettivamente cagionato un danno.

È stato osservato che la riconducibilità della nuova categoria degli "illeciti civili tipici" alla "materia penale" (secondo il significato a quest'ultima attribuita dalla Cedu) impone di ritenere preclusa l'integrazione analogica di tali disposizioni⁽¹¹¹⁾: in difetto di previsioni espresse, eventuali "lacune" dovranno, dunque, essere interpretate secondo canoni di fisiologica frammentarietà, connaturata alla funzionalità punitiva della nuova sanzione civile.

Norme di disciplina: i profili sostanziali

Gli artt. da 5 a 11 del decreto hanno ad oggetto le norme di disciplina indispensabili ad assicurare la funzionalità del nuovo sistema di responsabilità civile, nell'osservanza del diritto costituzionale e sovranazionale.

L'art. 5 del decreto fissa i criteri di commisurazione delle sanzioni pecuniarie civili, i quali solo in parte ricalcano i canoni di cui all'art. 133 c.p.⁽¹¹²⁾. In conformità dei puntuali principi e criteri direttivi previsti dalla legge delega, si stabilisce, infatti, che il giudice debba determinare l'importo della sanzione punitiva tenendo conto della *gravità della violazione*⁽¹¹³⁾; della *reiterazione dell'illecito*; dell'*arricchimento del soggetto responsabile*; dell'*opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito*; della *personalità dell'agente* e, infine, delle *condizioni economiche* di quest'ultimo⁽¹¹⁴⁾.

Dai criteri di proporzionalità ai quali si deve attenere il giudice in sede di commisurazione (e, in particolare, dalla considerazione ivi riservata alla persona del soggetto responsabile), possono essere tratte pregnanti indicazioni circa la natura *afflittivo-punitiva* e la finalità *preventiva* delle nuove sanzioni pecuniarie civili. Il riferimento alle eventuali prestazioni riparatorie poste in essere dall'autore dell'illecito conferma la particolare e crescente attenzione rivolta dal legislatore al ruolo della giustizia riparativa⁽¹¹⁵⁾.

L'art. 7 del decreto concerne l'ipotesi di realizzazione plurisoggettiva dell'illecito sottoposto a sanzione pecuniaria civile. In termini sostanzialmente omogenei rispetto alle indicazioni normative di cui all'art. 5 L. n. 689/1981, si prevede che, in tal caso, ciascuna delle persone che concorre nell'illecito di cui all'art. 4 soggiaccia alla sanzione pecuniaria civile ivi contemplata. Una soluzione normativa che conferma come questa peculiare forma di responsabilità civile si conformi al principio di personalità, in accordo all'essenza *punitiva* delle sanzioni pecuniarie in esame. Il difetto di indicazioni espresse circa la rilevanza del *tentativo*, induce a ritenere che tale

forma di manifestazione dell'illecito civile non possa dare luogo a conseguenze sanzionatorie di tipo punitivo⁽¹¹⁶⁾.

Reiterazione dell'illecito: presupposti e accertamento

La previsione - tra i fattori di commisurazione della sanzione punitiva - della *reiterazione* dell'illecito (art. 5, comma 1, lett. b), presuppone, in primo luogo, la disciplina normativa dei presupposti e dei requisiti necessari affinché l'illecito civile possa, per l'appunto, considerarsi "*reiterato*". Il legislatore delegato esclude che possa assumere rilievo la pregressa commissione di illeciti penali, oggetto di abrogazione ex art. 1, D.Lgs. n. 7/2016: ai fini della *reiterazione* possono, dunque, essere presi in considerazione i soli illeciti sottoposti a sanzione pecuniaria civile. L'art. 6 del decreto stabilisce, infatti, che l'illecito sottoposto a sanzione pecuniaria civile possa considerarsi 'reiterato' quando sia compiuto entro il termine di quattro anni dalla commissione - da parte dello stesso soggetto - di un'altra violazione sottoposta a sanzione pecuniaria civile, che sia della stessa indole⁽¹¹⁷⁾ e che sia stata accertata con provvedimento esecutivo.

In secondo luogo, si pone la necessità di mettere in condizione il giudice di verificare l'eventuale commissione - da parte dell'agente - di ulteriori violazioni sottoposte a sanzione pecuniaria civile: la concreta operatività dell'art. 6 è assicurata dall'art. 11 (*Registro informatizzato dei provvedimenti in materia di sanzioni pecuniarie civili*), il quale dispone che - con apposito decreto del Ministro della Giustizia - siano adottate le disposizioni relative alla tenuta di un registro - in forma automatizzata - per l'iscrizione dei provvedimenti con cui il giudice applica la sanzione pecuniaria civile.

Pagamento della sanzione pecuniaria e destinazione del provento

Il silenzio serbato dal legislatore in ordine alla destinazione dei proventi delle sanzioni pecuniarie civili ha posto la necessità di scegliere tra tre alternative: la devoluzione della relativa somma a favore dello Stato; a favore della persona offesa; in parte a favore dell'uno, in parte a favore dell'altra. Il difetto di indicazioni normative univoche in ordine alla destinazione del provento delle cc.dd. pene pecuniarie private⁽¹¹⁸⁾, non ha certo agevolato la scelta, alla luce anche del notevole "peso" assunto dalla destinazione dei proventi nella "costruzione" del nuovo istituto sanzionatorio. Tenuto conto sia dell'incisiva finalità general-preventiva, sia della spiccata vocazione "pubblicistica", attribuita alla sanzione pecuniaria civile, al legislatore delegato è apparso incoerente che della somma di denaro potesse beneficiare (anche solo in parte) la persona offesa.

L'art. 10 stabilisce, infatti, che il provento della sanzione pecuniaria sia devoluto a favore della Cassa delle Ammende⁽¹¹⁹⁾. Dopo aver rinviato a un successivo D.M.⁽¹²⁰⁾ in ordine alla disciplina delle modalità e del termine di pagamento, nonché delle forme di riscossione dell'importo dovuto, l'art. 9, D.Lgs. n. 7/2016 prevede la possibilità e le modalità di rateizzazione dell'adempimento⁽¹²¹⁾, nonché le modalità di estinzione della sanzione mediante un unico pagamento (art. 9, commi 2, 3 e 4). In considerazione del già rilevato carattere 'personale' della disciplina sanzionatoria, la predetta disposizione contempla, inoltre, sia l'inammissibilità di copertura assicurativa del pagamento della sanzione punitiva, sia l'intrasmissibilità agli eredi dell'obbligo di pagamento (art. 9, commi 5 e 6)⁽¹²²⁾.

Norme di disciplina: i profili processuali

Sul versante delle norme processuali⁽¹²³⁾, le indicazioni direttive fornite dalla legge delega sono, a dir poco, scarse e lacunose: gli spazi di discrezionalità sono talmente ampi e indefiniti da porre il delegato di fronte a scelte non facilmente conciliabili con l'art. 76 Cost.⁽¹²⁴⁾. Il delegante rimette, infatti, alla discrezionalità del delegato sia l'identificazione dell'autorità competente ad irrogare la sanzione, sia la scelta del regime di procedibilità.

Sotto il primo profilo, le due soluzioni concretamente praticabili erano quelle della devoluzione della competenza al giudice civile ovvero all'autorità amministrativa. In considerazione del ruolo accessorio che la legge delega assegna all'istanza punitiva rispetto al profilo compensativo, la scelta è ricaduta sul giudice civile competente a conoscere dell'azione di risarcimento del danno (art. 8, comma 1), il quale deve decidere sull'applicazione della sanzione civile pecuniaria al termine del giudizio, a condizione che abbia accolto la domanda di risarcimento proposta dalla persona offesa (art. 8, comma 2).

Passando al regime di procedibilità, si trattava di decidere se le sanzioni civili dovessero essere applicate d'ufficio oppure a seguito di un'apposita richiesta da parte della persona offesa. A

favore di quest'ultima soluzione indurrebbe la considerazione del principio dispositivo sotteso al processo civile e dell'"omogeneità" disciplinare rispetto al ventaglio di alternative riservate alla persona offesa nel previgente regime normativo (azione civile; presentazione di querela; costituzione di parte civile nel giudizio penale). Il legislatore delegato ha, invece, optato a favore dell'automatismo applicativo, prevedendo che le sanzioni punitive siano applicate d'ufficio, a seguito della rituale proposizione - da parte della persona offesa - e del successivo accoglimento - da parte del giudice - della domanda di risarcimento, senza che la persona offesa possa, dunque, interloquire sull'applicazione di tali sanzioni o rinunciarvi, se non rinunciando anche alla domanda di risarcimento.

A tale soluzione si è pervenuti non solo sulla base della natura punitiva e della funzione general-preventiva proprie delle sanzioni civili: un peso non indifferente ha, altresì, esercitato la necessità di evitare che il nuovo istituto sanzionatorio fosse, sottoposto, da un lato, ad un'eccessiva 'privatizzazione' (con i rischi di speculazione e "mercanteggiamento" che sarebbero derivati dalla scelta di far dipendere l'irrogazione della sanzione dalla volontà della persona offesa) e, dall'altro, ad un acritico appiattimento sulle dinamiche disciplinari della procedibilità a querela. La relazione d'accompagnamento al decreto chiarisce che il regime di procedibilità d'ufficio è stato, in definitiva, ritenuto "più conforme ad esigenze di "prudenza processuale" (imposte anche dal carattere particolarmente innovativo dell'istituto delle sanzioni civili punitive)"⁽¹²⁵⁾.

Al terzo comma dell'art. 8 si prevede una causa di inapplicabilità della sanzione pecuniaria civile, dipendente dalla peculiare modalità di notificazione di cui [all'art. 143 c.p.c.](#) Si stabilisce, infatti, che qualora l'atto introduttivo sia stato notificato nella forma stabilita dalla predetta disposizione del codice di rito in caso di persona irreperibile, il giudice non possa infliggere la sanzione pecuniaria civile. Tenendo conto dell'analogia funzionale intercorrente tra sanzioni penali e sanzioni civili pecuniarie, il delegato ha ritenuto opportuno "estendere" il principio di garanzia - sotteso alla disciplina processual-penalistica di cui al Capo III della legge delega (*Sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili*) - secondo cui si può pervenire alla condanna soltanto nei casi in cui l'imputato abbia avuto conoscenza certa del procedimento a suo carico. In applicazione di tale principio, nella seconda parte dell'art. 8, comma 3, si stabilisce che le garanzie e cautele vengano meno nei casi in cui la controparte si sia comunque costituita, oppure emerga con certezza che - sebbene non costituitasi - la stessa abbia avuto conoscenza della pendenza del procedimento⁽¹²⁶⁾.

Con una disposizione di "chiusura", di rilevante significato funzionale, il quarto (e ultimo comma) dell'art. 8 prevede che al "procedimento, anche ai fini dell'irrogazione della sanzione pecuniaria civile, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili con le norme del presente capo"⁽¹²⁷⁾. In tal modo, si intendono assicurare "garanzie minime" per l'irrogazione di sanzioni afflittive, assimilabili come tali a quelle tipiche della "materia penale", secondo l'elaborazione della Corte Edu sui diritti convenzionali all'equo processo.

La formula del rinvio "condizionato" alla disciplina del c.p.c. è destinata, dunque, a trovare applicazione in relazione a tutti i profili che non siano espressamente disciplinati dal Capo II del decreto in esame⁽¹²⁸⁾.

Non essendo contemplata alcuna norma di disciplina in ordine al *quantum* di prova necessario ai fini dell'irrogazione della sanzione punitiva, deve, pertanto, ritenersi sufficiente l'integrazione del livello di prova in genere necessario nel processo civile e, in particolare, ai fini della decisione sull'istanza di risarcimento del danno⁽¹²⁹⁾. La scelta di allineare lo standard probatorio a quello contemplato nell'ordinamento civile ("*più probabile che no*"), risponde, dunque, ad esigenze di coerenza e di funzionalità pratico-applicativa⁽¹³⁰⁾.

Passando al piano delle misure cautelari reali, è stato opportunamente rilevato che la necessità di impedire la prosecuzione o l'aggravamento dell'illecito potrà essere affrontata unicamente attraverso uno strumento - il provvedimento d'urgenza, di cui [all'art. 700 c.p.c.](#) - non sempre "adeguato e pertinente"⁽¹³¹⁾.

Se avverso il provvedimento di inflizione della sanzione pecuniaria civile il rimedio esperibile - ai sensi dell'art. 8, comma 4 - sarà l'impugnazione secondo le norme del c.p.c., alcune difficoltà ricostruttive pone l'eventualità in cui il giudice civile ometta (ad es., per dimenticanza) di applicare la sanzione civile pecuniaria, pur avendo riconosciuto fondata la domanda di risarcimento del danno (proposta dalla persona offesa dall'illecito civile tipico, di cui all'art. 4). Il

regime di applicabilità *ex officio* della predetta sanzione e il conseguente difetto di interesse della persona offesa sembrano, infatti, rendere non risolutivo il richiamo alla disciplina del codice di rito, spostando la ricerca di eventuali soluzioni sul piano logico-sistematico⁽¹³²⁾.

Disciplina transitoria

Non avendo la legge delega fornito alcuna indicazione di diritto intertemporale, il delegato - ferma restando l'operatività [dell'art. 2, comma 2, c.p.](#)- ha dovuto, in primo luogo, valutare l'opportunità o meno di prevedere l'applicazione retroattiva della nuova tutela sanzionatoria civile ai procedimenti pendenti e concernenti uno dei reati oggetto di abrogazione, ai sensi degli artt. 1 e 2. La finalità sottesa alla soluzione positiva (evitare disparità di trattamento)⁽¹³³⁾ è stata ritenuta preponderante rispetto a quella riconducibile alla soluzione negativa (economia processuale): l'art. 12 del decreto stabilisce, infatti, che le disposizioni in esame si applichino anche ai fatti commessi anteriormente al 6 febbraio 2016 (data di entrata in vigore del decreto), purché non definiti con provvedimento irrevocabile.

Nel silenzio della disciplina delegata, si pone, dunque, la necessità di stabilire a quali condizioni e in che modo il giudizio penale in corso possa essere dichiarato estinto e "convertito" in procedimento civile per il risarcimento e le sanzioni civili. Essendo l'applicabilità delle sanzioni civili subordinata all'accoglimento della domanda di risarcimento, il presupposto per la "conversione" del procedimento e l'eventuale applicazione retroattiva delle sanzioni civili pecuniarie può essere individuato nell'azione intrapresa dalla persona offesa in sede civile o penale, al fine del risarcimento del danno cagionato da uno o più degli illeciti penali oggetto di abrogazione, *ex artt. 1 e 2*.

Nel caso di giudizio civile per azioni risarcitorie in corso, previa richiesta del giudice civile competente *ex art. 8, D.Lgs. n. 7/2016*, dovrebbe essere disposta la trasmissione degli atti (salvo che il reato risulti prescritto o estinto alla data del 6 febbraio 2016). Occorre, peraltro, distinguere a seconda che sia stata o meno esercitata l'azione penale: nel primo caso, la trasmissione degli atti dovrebbe essere disposta senza ritardo dal giudice che, in camera di consiglio, pronuncia sentenza (inappellabile) di non luogo a procedere o di assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato; nel secondo caso, la trasmissione dovrebbe essere disposta senza ritardo dal P.M. (che, in caso di procedimento già iscritto, dovrebbe annotare nel registro la relativa trasmissione).

Nel caso di costituzione di parte civile nel processo penale - ferma restando la necessità di pronunciare sentenza (inappellabile) di non luogo a procedere o di assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato - si pone l'esigenza di valutare la "sorte" delle statuizioni civili (condanna al risarcimento del danno, non ancora definitiva) e di identificare l'autorità competente ad applicare le conseguenti sanzioni civili. La problematicità di tale questione è confermata dalla recente decisione della S.C. di rimettere alle Sezioni Unite il seguente quesito: "se a seguito dell'abrogazione [dell'articolo 594 c.p.](#), ad opera del [Decreto Legislativo 15 gennaio 2016, n. 7](#), debbano essere revocate le statuizioni civili eventualmente adottate con la sentenza di condanna non definitiva per il reato di ingiuria pronunciata prima dell'entrata in vigore del suddetto decreto"⁽¹³⁴⁾. Com'è noto, gli atti sono stati restituiti dal Primo Presidente alla Sezione semplice, a causa dell'impossibilità di configurare un conflitto giurisprudenziale attuale o potenziale. Successivamente, la S.C. ha preso posizione sul punto, stabilendo che il giudice dell'impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è previsto dalla legge come reato, deve pronunziarsi sulle statuizioni civili⁽¹³⁵⁾. Secondo una diversa e condivisibile opinione, la mancata previsione di una disposizione transitoria analoga a quella indicata dall'art. 9, comma 3, *D.Lgs. n. 8/2016* (*v. retro*), deve far propendere a favore della tesi "secondo cui il giudice deve limitarsi alle statuizioni penali, essendo onere della parte offesa (anche ove costituita come parte civile nel processo penale così definito), di promuovere eventuale azione davanti al giudice civile, competente anche per l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie civili"⁽¹³⁶⁾. Un'ulteriore osservazione, valida per tutte le ipotesi di trasmissione degli atti finora considerate: a fini di economia processuale, lo schema di decreto elaborato dalla Commissione Palazzo prevede che - a prescindere dalla pendenza o meno del procedimento penale - le prove eventualmente ivi già assunte conservino la loro efficacia nel giudizio civile. Nonostante il mancato recepimento nella disciplina delegata, si ritiene che non siano configurabili ostacoli insormontabili all'attuazione pratica di tale soluzione.



L'art. 12, comma 2, del decreto in esame disciplina, invece, i casi in cui i procedimenti penali - aventi ad oggetto gli illeciti abrogati dagli artt. 1 e 2 - siano stati definiti - prima del 6 febbraio 2016 - con sentenza di condanna o con decreto di condanna irrevocabili. A tal riguardo, si prevede che - revocata la sentenza o il decreto perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato⁽¹³⁷⁾ - il giudice dell'esecuzione adotti i provvedimenti conseguenti, nelle forme del rito semplificato di cui [all'art. 667, comma 4, c.p.p.](#) La revoca della sentenza deve, peraltro, considerarsi circoscritta ai capi penali e non estesa quelli civili, la cui esecuzione ha comunque, luogo secondo le norme del c.p.c.⁽¹³⁸⁾. Si pone, altresì, la necessità di determinare i riflessi dell'art. 12, comma 2, sui giudizi civili per azioni risarcitorie in corso, che abbiano ad oggetto reati già definiti con sentenza irrevocabile: in questo caso, si deve distinguere a seconda che la sanzione penale sia stata o meno integralmente già eseguita. Nel primo caso, la sanzione civile pecuniaria non può, evidentemente, trovare applicazione; nel secondo caso, la soluzione prospettata nella relazione allegata allo schema di decreto elaborato dalla Commissione Palazzo è quella della conversione della sanzione penale non ancora eseguita in sanzione pecuniaria civile (applicata dal giudice dell'esecuzione con l'ordinanza di cui [all'art. 667, comma 4, c.p.p.](#)), con ragguaglio a norma [dell'art. 135 c.p.](#) Al fine di evitare forme di retroattività *in pejus*, la sanzione civile in tal modo irrogata dovrebbe, peraltro, risultare di importo eguale o inferiore al massimo della pena originariamente comminata per il reato (tenuto conto del già citato coefficiente di ragguaglio).

Infine, occorre dare conto dell'irrelevanza attribuita dalla S.C. - sul piano della successione di leggi - alla c.d. modificazione *mediata* di fattispecie incriminatrici che si colleghino strutturalmente a reati oggetto di trasformazione in illeciti civili. Confermando la sentenza di condanna per ricettazione di bene proveniente dall'illecito depenalizzato di cui [all'art. 647 c.p.](#), la S.C. persiste nel disconoscimento dell'esigenza di parità di trattamento ([art. 3 Cost.](#)) che dovrebbe fondare la rilevanza - ex [art. 2 c.p.](#) - delle cc.dd. *modifiche indirette* della fattispecie incriminatrice⁽¹³⁹⁾.

Tra passato e futuro

Entrambe le discipline di depenalizzazione presentano, come si è visto, limiti e profili problematici destinati a condizionarne le funzionalità applicative. In primo luogo, non si possono nutrire soverchie illusioni circa la portata deflattiva del duplice intervento di depenalizzazione. Se, salve alcune (già segnalate) eccezioni, la trasformazione di reati in illeciti amministrativi, di cui al [D.Lgs. n. 8/2016](#), non sembra in grado di incidere più di tanto sugli eccessi giudiziari, anche l'impatto del [D.Lgs. n. 7/2016](#) sul carico degli uffici giudiziari non potrà che essere relativo⁽¹⁴⁰⁾. Meritano, invece, di essere sottolineati il valore innovativo, il pregnante significato, che, sul piano politico criminale, presenta la sperimentazione legislativa di sanzioni punitive civili, alternative ai tradizionali strumenti sanzionatori. È indubbio che il nuovo istituto punitivo sia stato circoscritto dal legislatore ad un ristretto ambito di tutela, avente ad oggetto interessi minori. Quale *concreta* attuazione del principio di proporzione e sussidiarietà nel ricorso alla pena, il nuovo istituto potrebbe, in futuro, subire un'estensione applicativa, con un ampliamento tipologico e qualitativo dei precetti. In questa prospettiva, la disciplina di cui al [D.Lgs. n. 7/2016](#) è destinata a rappresentare la base normativa dell'implementazione di quella che può considerarsi la nuova appendice *punitiva* del processo civile.

Dalla querela "a costo zero" all'oneroso giudizio civile: autorevole dottrina ha evidenziato i riflessi discriminatori che la riforma potrebbe comportare nei confronti delle persone offese meno abbienti⁽¹⁴¹⁾. A fronte dell'impossibilità - palesata dal sistema- di accertare e reprimere tutti i reati, il legislatore sembra, in effetti, fare leva sulla maggior selettività e onerosità del ricorso alla tutela sanzionatoria civile, avuto riguardo anche all'oggettiva difficoltà di accertamento e di prova dell'illecito civile tipico.

Nell'ambito di quelle che potrebbero ritenersi "prove tecniche" di superamento dell'obbligo di esercizio dell'azione penale, attivate dalla [L. n. 67/2014](#), si sondano pragmaticamente nuovi spazi e strumenti punitivi, alla ricerca di equivalenti funzionali. Tra ibridazioni e ricombinazioni, si privilegia la diversificazione delle tecniche di degradazione dell'illecito penale.

La giustizia civile quale *frontiera* del diritto punitivo: un nuovo inizio?



- (1) Sulle deleghe in tema di depenalizzazione, sia consentito rinviare ad A. Gargani, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di 'riforma della disciplina sanzionatoria'* (art. 2 l. 28.4.2014 n.67, in www.la legislazione penale.it, 1 ss.
- (2) V. F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n.67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1703.
- (3) Commissione di studio per elaborare proposte in tema di revisione del sistema sanzionatorio e per dare attuazione alla [legge delega 28.3.2014, n.67](#) in materia di pene detentive non carcerarie e di depenalizzazione (nominata con [D.M. 27 maggio 2014](#)).
- (4) Il relativo decreto legislativo avrebbe dovuto essere adottato entro il termine di otto mesi dall'entrata in vigore della L. delega (17 maggio 2014), ossia entro il 17 gennaio 2015.
- (5) Avvalendosi della proroga di cui all'art. 2, comma 4, [L. n. 67/2014](#).
- (6) Per un primo commento, v. G. Gatta, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 ss.
- (7) Si ricorda che l'art. 2, comma 5, [L. n. 67/2014](#), stabilisce che, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti (ossia entro il 6.8.2017), possano essere emanati uno o più decreti correttivi ed integrativi nel rispetto della procedura di cui al comma 4, nonché dei principi e criteri direttivi di cui all'art. 2 della legge delega.
- (8) Sui rapporti tra discipline di depenalizzazione ed art. 131 bis c.p., v. *Ufficio del Massimario, Settore penale, Corte di Cassazione, Rel. n. III/01//2016* (2 febbraio 2016), 15 ss.; nonché le *Linee Guida della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano*, in www.penalecontemporaneo.it, 9, 21, 38.
- (9) Sul punto, v. F. Mazzacuva, *L'incidenza della definizione "convenzionale" di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio. Osservazioni a margine della [legge delega n. 67/2014](#)*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 ss.
- (10) Il testo del d.d.l. è consultabile sul sito www.giustizia.it.
- (11) Istituita con [D.M. 14 dicembre 2012](#).
- (12) Recante *"Disposizioni in materia di depenalizzazione di reati, in attuazione della delega di cui al comma 2 della [l. 28 aprile 2014, n.67](#)"*.
- (13) Cfr. T. Padovani, *Ridurre l'area penale non ha effetti deflattivi ed è poco efficace*, in *Guida dir.*, n. 1, 2016, 10.
- (14) Sulla necessità di "principi e criteri di depenalizzazione distinti per materia o per corpi normativi", così come era avvenuto in occasione dell'ultimo intervento organico di depenalizzazione: [L. 25 giugno 1999, n. 205](#), v. F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti*, cit., 1715, secondo il quale più specifici criteri di delega avrebbero consentito di calibrare meglio la risposta sanzionatoria di tipo amministrativo, anche per quel che concerne le sanzioni accessorie.
- (15) Sulla problematica "permanenza di una reale e significativa funzione politico criminale della pena pecuniaria" v. F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti*, cit., 1715.
- (16) F. Mucciarelli, *Art. 32, l. 689/1981*, in AA.VV., *Commentario delle 'modifiche al sistema penale'*, Milano, 1982, 184; sul punto, v., altresì, C. Piergallini, *Il decreto legislativo di depenalizzazione dei reati minori n.507 del 1999: lineamenti, problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1383.
- (17) A. Bernardi, *L'evoluzione della depenalizzazione in Italia*, in A. Bernardi (a cura di), *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, I. Zoda, Padova, 2008, 36 s., secondo il quale "lungi dal porsi come strumento di razionalizzazione sanzionatoria, la depenalizzazione rischia così di fungere da cassa di risonanza di pregresse scelte punitive sperequate, se non addirittura irragionevoli; rischia, cioè, di mantenere in vita, all'interno di talune materie apoditticamente destinate ad una tutela sanzionatoria rafforzata, una miriade di illeciti penali a carattere bagatellare inopportunosamente sfuggiti all'attività legislativa di potatura".
- (18) T. Padovani, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 121 s.; sul punto, v., altresì, F. Bricola, *La depenalizzazione nella [legge 24 novembre 1981, n. 689](#): una svolta "reale" nella politica criminale?*, ora in Id., *Scritti di diritto penale*, II, Milano, 1997, 1444 ss.



- (19) Sui vantaggi che avrebbe assicurato una "delega più mirata, sebbene non nominativa", v. F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti*, cit., 115.
- (20) F. Giunta - A. Viscusi, *Depenalizzazione*, in F. Giunta (a cura di), *Diritto penale*, Milano, 2008, 6.
- (21) F. Mucciarelli, *Art. 34, l. 689/1981*, in *Commentario*, cit., 197.
- (22) La tecnica utilizzata dal legislatore delegante -previsione di esclusioni obbiettive "per materia" - trova un significativo precedente nell'art. 34, L. n. 689/1981 (*Esclusione della depenalizzazione*) e, ancor prima, nell'art. 14, L. 24 dicembre 1975, n.706.
- (23) Non sono state individuate esclusioni da operare con riguardo a tale materia, in quanto - al di fuori del Testo unico di pubblica sicurezza- non sussistono disposizioni che prevedano reati puniti con la sola pena pecuniaria.
- (24) Sulle "ragioni di tipo processuale", talora "puramente simboliche", sottese all'art. 2, comma 2, lett. a), L. n. 67/2014, v. F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti*, cit., 1715; in generale, sulle *rationes* sottese alle "esclusioni" dalla sfera di depenalizzazione, v. C. E. Paliero, v. *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 439.
- (25) Cfr. P. Pittaro, v. *Depenalizzazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 2007, 3.
- (26) Con gravi tensioni con il principio di uguaglianza: v. F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti*, cit., 1699, il quale osserva che le ragioni delle esclusioni dipendono, spesso, dal "grado di 'attenzione' con cui spesso momentaneamente si guarda a quel determinato tipo o fenomeno criminoso".
- (27) T. Padovani, *Diritto penale*, X ed., Milano, 2012, 89 s., secondo il quale osservanza e inosservanza della norma finiscono per ruotare intorno "al modo legalmente definito per la risoluzione di un conflitto di interessi".
- (28) Come è stato autorevolmente osservato, la predetta materia "si presta oggi a potenzialmente ricomprendere innumerevoli fattispecie anche molto eterogenee tra loro, vista la tendenza del recente legislatore di utilizzare quell'etichetta per intitolare intere leggi o corpi normativi, raggruppando e affastellando disposizioni incriminatrici accomunate solo dalla loro (talvolta casuale) collocazione 'topografica'" (F. Palazzo, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso tra timidezze e imperfezioni*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti - A. Marandola - G. Varraso, Padova, 2014, 160.
- (29) V. F. Palazzo, *Le deleghe sostanziali*, cit., 160; sulla non "facile identificazione dei caratteri essenziali che debbono riscontrarsi nelle singole leggi allo scopo di farle rientrare o meno fra quelle 'relative' alla materia considerata", v. F. Mucciarelli, *Art. 34, l. 689/1981*, in *Commentario*, cit., 198.
- (30) All'interno dell'elenco è possibile distinguere tra provvedimenti legislativi dal contenuto *eterogeneo* (concernenti solo in parte una materia esclusa) e provvedimenti legislativi dal contenuto *omogeneo* (collocabili nell'alveo delle materie escluse: ad es., il T.U. in materia di salute e sicurezza sul lavoro; il T.U. dell'ambiente; il T.U. delle leggi di pubblica sicurezza; il T.U. in materia edilizia): nel primo caso, sono state indicate singolarmente le disposizioni sottratte alla depenalizzazione; nel secondo caso, ci si è limitati a inserire nell'elenco i soli provvedimenti legislativi che prevedano illeciti puniti con la sola ammenda o multa.
- (31) Ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. a), L. n. 689/1981 (salva l'indicazione nominativa di cui all'art. 33, lett. a), L. cit.).
- (32) Pur essendo sottoposta a pena alternativa, la predetta contravvenzione, in quanto attribuita alla competenza del giudice di pace, risulta sanzionabile con la sola pena dell'ammenda e, come tale, viene considerata "eccezione" alla regola dell'inapplicabilità della clausola cieca ai reati previsti dal codice penale.
- (33) Art. 2, comma 2, lett. b), n. 2, L. n. 67/2014.
- (34) In contraddizione con alcuni recenti interventi legislativi volti a sottrarre alla depenalizzazione determinate fattispecie delittuose, come nel caso, ad es., della L. n. 85/2006, in materia di reati d'opinione.



(35) V., ad es., la scheda di lettura n.7/2 in riferimento al progetto di legge A.C. 331 927-B; Camera dei Deputati (4 febbraio 2014).

(36) Sulla falsariga dell'art. 11, L. n. 689/1981, l'art. 2, comma 2, lett. e), L. n. 67/2014, stabilisce la previsione di "sanzioni adeguate e proporzionate alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche": si tratta di criteri applicabili agli illeciti amministrativi prodotti dalla depenalizzazione cieca o nominativa.

(37) L'art. 2, comma 2, lett. b), prevede la depenalizzazione dei delitti previsti agli artt. 527, comma 1 (*Atti osceni*) e 528 commi 1 e 2 (*Pubblicazioni e spettacoli osceni*) c.p. e delle contravvenzioni di cui agli artt. 652 (*Rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto*), 659 (*Disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone*), 661 (*Abuso della credulità popolare*), 668 (*rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive*) e 726 (*Atti contrari alla pubblica decenza*) c.p.

(38) L'art. 2, comma 2, lett. c) e d), L. n. 67/2014, prevede che siano depenalizzati determinati illeciti penali, tra i quali si ricordano, in particolare, quelli previsti agli artt. 2, comma 1 *bis*, D.L. 12 settembre 1983, n. 463, conv. in L. 11 novembre 1983, n. 638, in materia di omesso versamento di ritenute e 28, comma 2, d.P.R. n. 309/1990, in materia di coltivazione di piante proibite nel territorio nazionale, senza le prescritte autorizzazioni; l'art. 3, comma 1, lett. b), L. n. 67/2014, stabilisce, inoltre, la depenalizzazione dell'illecito di cui all'art. 10 *bis*, D.Lgs. n. 286/1998.

(39) La contravvenzione di cui all'art. 726 c.p. risulta sì punita con la sola pena dell'ammenda, ma per effetto dell'attribuzione di tale reato alla competenza del giudice di pace

(40) Introdotto dall'art. 1, comma 16, lett. a), L. 15 luglio 2009, n. 94: per un'analisi di tale disposizione, dell'impatto sul quadro normativo e delle conseguenze della riforma, *ex multis*, v. D. Perrone, *Commento all'art. 16, l. 15.7.2009*, n.94, in *Commentario al 'pacchetto sicurezza'*, a cura di G. De Francesco - A. Gargani - D. Manzione - A. Pertici, Torino, 2011, 67 ss.

(41) Motivazioni estese all'originaria intenzione di non esercitare la delega in riferimento all'art. 28, comma 2, d.P.R. n. 309/1990.

(42) *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo n. 245*, 4.

(43) *Relazione illustrativa*, cit., 4.

(44) In senso critico, v. G. Losappio, *Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento acustico. L'art. 659 e la delega per la depenalizzazione delle contravvenzioni del c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 ss.

(45) Per ulteriori approfondimenti, v. G. Losappio, *Depenalizzazione*, cit., 7 ss.; 12 ss.

(46) Alla luce delle peculiari condizioni economiche dei destinatari della sanzione pecuniaria, onde evitare di perpetuare anche in ambito amministrativo l'ineffettività di cui quest'ultima è affetta, nello schema di decreto elaborato dalla Commissione Palazzo si prospetta la decriminalizzazione della contravvenzione in esame (c.d. abrogazione secca).

(47) Dal Primo Presidente della Corte di Cassazione e dal Procuratore Nazionale Antimafia.

(48) In senso critico nei confronti della tesi dell'immediata efficacia abrogativa della delega di depenalizzazione *ad normam*, v. G. Losappio, *Riflessioni critiche sul preteso effetto abrogativo. Della delega di depenalizzazione specifica*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 ss.

(49) V. P. Veneziani, M. Celva, *La delega per la "riforma della disciplina sanzionatoria" nell'art. 2 l. 28.4.2014 n.67*, in *Legisl. pen.*, 2014, 469 ss.

(50) Sul punto, v. G. Losappio, *Depenalizzazione*, cit., 8 ss., che, alla luce della risalente disapplicazione, li definisce "reati quiescenti".

(51) Con la conseguente necessità di adeguamento della formulazione del primo capoverso, che è trasformato in fattispecie penale autonoma, con la stesso trattamento sanzionatorio oggi previsto calcolando l'aumento (da un terzo alla metà) sulla previgente pena di cui al primo comma.

(52) Come osservato da T. Padovani, *Ridurre l'area penale*, cit., 11, "la depenalizzazione investe le fattispecie di base secondo un criterio di gravità relativa".



(53) Il cui comma 2, concernente la condotta di turpiloquio, era stato abrogato ai sensi dell'art. 18, comma 1, L. n. 205/1999.

(54) *Ex multis*, v. A. Cadoppi - P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. I reati contro la persona*, IV ed., Padova, 2012, 215 ss. e, con specifico riferimento agli artt. 527 e 528 c.p., 220 ss.

(55) V.P. Veneziani, M. Celva, *La delega*, cit., 470; G. Fiandaca, *Problemi dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, 1 ss., 53 ss., 105 ss.

(56) In senso critico, v. T. Padovani *Ridurre l'area penale*, cit. 11, secondo il quale "la segmentazione tra condotta a rilevanza amministrativa e condotta a rilevanza penale suscita perplessità" e sarebbe stato più opportuno procedere "a una radicale revisione della materia".

(57) P. Veneziani - M. Celva, *La delega*, cit., 471, in riferimento a A. Cadoppi - P. Veneziani, *Elementi di diritto penale*, cit., 220 ss.

(58) G. Losappio, *Depenalizzazione*, cit., 9.

(59) Art. 3, D.Lgs. Lgt. 10 agosto 1945, n. 506, recante "Disposizioni circa la denuncia di beni che sono stati oggetto di confische, sequestri o altri atti di disposizione adottati sotto l'impero del sedicente governo repubblicano".

(60) Dovuta alle numerose iniziative legislative -in tema di depenalizzazione della coltivazione di piante da cui estrarre stupefacenti- oggetto di discussione in Parlamento.

(61) Tale clausola di riserva si riferisce all'ipotesi in cui la coltivazione sia non autorizzata o, pur essendo lecita, integri il delitto colposo di sfioramento di produzione, punito ai sensi dell'art. 30, comma 3, d.P.R. n. 309/1990.

(62) Oppure, con sentenza di condanna, il giudice competente - ex art. 24, L. n. 689/1981 (in caso di connessione obbiettiva con un reato) - a decidere su una delle tre violazioni citate.

(63) *Relazione illustrativa*, cit., 5.

(64) Sulla problematica idoneità della norma di coordinamento "a porre la previsione incriminatrice al riparo da possibili dubbi di costituzionalità per effetto della costruzione di un reato il cui elemento oggettivo consiste, nella sostanza, in un mero illecito amministrativo", v. *Ufficio del Massimario*, cit., 7.

(65) Sul punto, v. *Ufficio del Massimario*, cit., 9, in cui si ritiene che "in assenza di elementi contrari, ragioni logiche e sistematiche depongono nel senso che il presupposto del (nuovo) reato costituito dalla reiterazione di un illecito amministrativo consiste, sul piano formale, nell'esistenza di un provvedimento irrevocabile che abbia accertato la (prima) violazione amministrativa e abbia irrogato la conseguente (nuova) sanzione"; in senso analogo, v. *Linee Guida della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano*, cit., 13 s.

(66) Il pagamento in misura ridotta di metà della sanzione amministrativa è espressamente previsto dall'art. 9, comma 5, per gli illeciti commessi prima dell'entrata in vigore della depenalizzazione.

(67) Si tratta delle autorità amministrative già coinvolte nei procedimenti amministrativi e/o sanzionatori e, nel caso di reati previsti dal c.p., del prefetto.

(68) In questo senso, gli artt. 8 e 9 del decreto in esame sono assimilabili, funzionalmente, agli artt. 40 e 41, L. n. 689/1981.

(69) V. *Linee Guida della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 ss.

(70) V. Corte cost., sent. 14 aprile 2014, n. 104, in *www.cortecostituzionale.it*, in riferimento alla giurisprudenza della Cedu.

(71) La predetta disposizione prevede, altresì, che ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 8/2016 non siano applicabili le sanzioni amministrative accessorie di cui al predetto decreto, salvo che le stesse sostituiscano corrispondenti pene accessorie.

(72) Salvo che il fatto sia già prescritto o estinto per altra causa.

(73) Si tratta del criterio previsto all'art. 107 bis disp. att. c.p.p., in riferimento alle denunce a carico di ignoti.



(74) Sul punto, v. C. Piergallini, *'Civile' e 'Penale' a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1299 ss.; 1316 ss.

(75) Cfr. G. Mannozi, *Il 'legno storto' del sistema sanzionatorio*, in questa *Rivista*, 2014, 785. L'inventario delle figure sanzionatorie che si allontanano dal modello rigidamente riparatorio, comprende, ad es., le ipotesi di cui agli artt. 129 *bis* e 938 c.c.; l'abuso processuale ([art. 96, comma 3, c.p.c.](#)), le previsioni in tema di illeciti endo-familiari (art. 709 *ter*, comma 2, n. 4, c.p.c.) e, soprattutto, la 'riparazione' prevista dall'art. 12, [L. n. 47/1948](#) (c.d. legge sulla stampa), ritenuta da F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti*, cit., 1718, il precedente più vicino all'istituto delle sanzioni pecuniarie civili. Ulteriori fattispecie 'punitive' sono contemplate sia nella disciplina della privativa industriale, in tema di abusivo sfruttamento di brevetti), sia in tema d'intercettazioni telefoniche illegali.

(76) *Ex multis*, anche in rapporto al diverso istituto di matrice nord-americana dei cc.dd. *punitive damages*, v. F. D. Busnelli, *Verso una riscoperta delle 'pene private'?*, in *Le pene private*, cit., 3 ss.; P. Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1998, *passim*; T. Padovani, *Lectio brevis sulla sanzione*, in F.D. Busnelli - G. Scalfi (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, 58 ss.

(77) F. Bricola, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in AA.VV., *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli - G. Scalfi, Milano, 1985, 28 ss.

(78) V. F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 909 ss.

(79) Per ulteriori approfondimenti, v. R. Borsari, *Ibridismi sanzionatori: pena pecuniaria e pene civili*, in *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, 2013, 326 ss.

(80) T. Padovani, *Ridurre l'area penale*, cit., 12.

(81) Nel senso che la depenalizzazione avrebbe "comportato il trasferimento della punizione dell'illecito dal giudice penale a quello civile, ma non anche la qualificabilità dell'illecito come civile, essendo tale qualifica attribuibile solo alla conseguente sanzione", v. M. Bove, *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivilista (note a margine del d.lgs. n. 7 del 15/1/2016)*, in www.lanuovaproceduracivile.it, 4.

(82) Cfr. Padovani, *Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, in *Guida dir.*, n. 8, 2016, 76.

(83) Suscettibile di rinuncia e di remissione. Analogamente, la definizione del processo civile mediante transazione, con conseguente rinuncia all'azione civile, preclude l'applicazione di sanzioni civili pecuniarie.

(84) F. Palazzo, *Le deleghe sostanziali*, cit., 163 s.

(85) T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni*, cit., 76.

(86) Sulla depenalizzazione di offese minori contro i beni, in specie il patrimonio, secondo il modello della c.d. privatizzazione, v. C.E. Paliero, v. *Depenalizzazione*, cit., 435.

(87) F. Palazzo, *Le deleghe sostanziali*, cit., 164.

(88) Nel senso che "il ricorso alla violazione amministrativa sarebbe risultato incongruo, in quanto essa è perseguibile d'ufficio perché connessa a un interesse, per lo più funzionale, attinente alla sfera pubblica" (T. Padovani, *Ridurre l'area penale*, cit., 11).

(89) Secondo T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni*, cit., 77, tale intervento di coordinamento si traduce nella previsione "di nuove fattispecie incriminatrici speciali per specificazione" (come nel caso del danneggiamento) o parziali rispetto a quelle originarie (come nel caso della falsità in scrittura privata)".

(90) *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo n. 246*, 3.

(91) "Ciascuna delle nuove fattispecie di danneggiamento risulta speciale rispetto all'illecito civile introdotto con il D.lgs. citato": così T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni*, cit., 77, il quale prende in considerazione l'ipotesi in cui in presenza, ad es., di un danneggiamento con minaccia siano contestualmente attivati il procedimento penale e quello civile, giungendo alla conclusione secondo cui, in tal caso, dovrebbe trovare applicazione, in termini sostanziali, la

sola norma speciale (ovvero quella penale), [ex art. 15 c.p.](#), quale "espressione di un principio generale".

(92) I reati di cui agli [artt. 631 e 632 c.p.](#), sono puniti entrambi con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a € 206.

(93) Il predetto reato è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da € 103 a € 1.032.

(94) *Relazione illustrativa allo schema*, cit., 3.

(95) Cfr. T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni*, cit. 78.

(96) Sulle insufficienze e carenze della formulazione della legge di delegazione, v. F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti*, cit., 1704 s., il quale sottolinea la difficoltà, di conciliare la finalità di alleggerimento del sistema penale con le esigenze di non indebolire la tutela e non smarrire la coerenza dogmatica degli istituti; sul punto, v., altresì, C. Masieri, *Decriminalizzazione e ricorso alla sanzione pecuniaria civile*. In merito all'esercizio della delega di cui all'art. 2 co. 3 legge 28 aprile 2014, n. 67, in *www.penalecontemporaneo*, cit., 9 ss.; 14 ss.

(97) Sulla sostanziale indeterminatezza della delega, v. P. Veneziani, M. Celva, *La delega*, cit., 480, in cui si rileva come "restano sottaciuti e rimessi piuttosto al Governo elementi fondamentali per la compiuta delineazione delle 'sanzioni pecuniarie civili' in oggetto".

(98) Il comma 2 della disposizione citata stabilisce, invece, che il termine prescrizione previsto per l'obbligo del pagamento della sanzione pecuniaria civile sia lo stesso di quello statuito in tema di risarcimento del danno, richiamando espressamente [l'art. 2947, comma 1, c.c.](#) (a tale regime disciplinare si deve, dunque, fare riferimento anche in rapporto agli atti interruttivi).

(99) G. Spina, *Illeciti con sanzioni pecuniarie civili introdotti dal d.lvo 7/2016: luci e ombre*, in *www.lanuovaproceduracivile.it*, 3.

(100) T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni*, cit., 78.

(101) Mentre, ad es., in caso di danneggiamento semplice, soltanto la persona offesa era legittimata a presentare la querela, in sede civile può agire chiunque abbia patito un danno risarcibile.

(102) Sui profili di continuità tra originaria disciplina penale e statuto normativo degli illeciti civili, anche in rapporto al principio di personalità, v. T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni*, cit., 78.

(103) Sulla necessità di una rigorosa tipizzazione degli illeciti e dell'indicazione di parametri prefissati di quantificazione, "al fine di assicurare obiettivi di legalità e di certezza compatibili con i principi generali del diritto civile", v. F.D. Busnelli, *Deterrenza*, cit., 909 ss.

(104) Sulle differenze tra l'illecito "a tipicità generica e indifferenziata" di cui [all'art. 2043 c.c.](#) e l'illecito civile tipico, v. T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni*, cit., 78.

(105) In conformità dell'art. 2, comma 3, lett. d), n.1, [L. n. 67/2014](#), che impone di indicare tassativamente "l'importo minimo e massimo della sanzione".

(106) Cfr. T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni*, cit., 79.

(107) Ciò pone (come si vedrà) un aspetto problematico sul piano della disciplina transitoria: ovvero il possibile effetto *in pejus* dell'applicazione retroattiva della sanzione civile.

(108) L'art. 4, [commi 2 e 3](#), [D.Lgs. n. 7/2016](#) prevedono anche nell'ambito della tutela sanzionatoria civile in materia di ingiuria l'operatività delle fattispecie di ritorsione e di provocazione; per esigenze di semplificazione non è stata invece riprodotta la previsione in tema di esclusione della prova liberatoria: la questione è rimessa all'apprezzamento del giudice; secondo T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni*, cit., 79, il nuovo illecito civile per fatto determinato consente "senza limiti la prova liberatoria della verità del fatto".

(109) I commi 5, 6 e 7, chiariscono, rispettivamente, che le disposizioni di cui al comma 4, lett. a), b), c), d) ed e) si applicano anche nel caso in cui le falsità ivi previste riguardino un documento informatico privato, avente efficacia probatoria; che nella denominazione di "scritture private" sono compresi gli atti originari e le copie autentiche di essi, quando a norma di legge tengano luogo degli originali mancanti e che nei casi di cui alle predette lett. b) e c) si

considera firmato in bianco il foglio in cui il sottoscrittore abbia lasciato bianco un qualunque spazio destinato ad essere riempito.

(110) Si tratta dell'ipotesi in cui l'offesa consista nell'attribuzione di un fatto determinato o sia commessa in presenza di più persone; l'art. 4, comma 8, estende all'ingiuria qualificata l'operatività delle disposizioni di cui all'art. 4 commi 2 e 3, in tema di ritorsione e di provocazione.

(111) V. T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni*, cit., 78, secondo il quale è indubitabile l'applicazione delle scriminanti comuni agli illeciti civili in esame.

(112) Nel senso che la considerazione dei criteri di commisurazione conferma la connotazione in senso afflittivo delle sanzioni in esame, v. P. Veneziani, M. Celva, *La delega*, cit., 478; in ordine alla rilevanza attribuita ai profili obbiettivi dell'illecito, la cui dimensione offensiva risulta sensibile soprattutto all'esigenza di una "punizione riparatoria", v. T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni*, cit., 80.

(113) Secondo T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni*, cit., 79, in tale indice deve ritenersi ricompreso anche il profilo dell'intensità del dolo.

(114) Il cui accertamento è rimesso all'iniziativa probatoria di parte.

(115) Cfr. L. Eusebi, *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in questa *Rivista*, 2015, 1337 ss.

(116) Cfr. T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni*, cit., 78.

(117) L'art. 6, comma 2, precisa la nozione di violazione della "stessa indole", ricalcando la definizione prevista dall'art. 8 bis, comma 2, L. n. 689/1981, in materia di reiterazione dell'illecito amministrativo. Come osservato da T. Padovani (*Procedibilità e applicazioni*, cit., 80), la reiterazione è costruita sul "modello della recidiva pluriaggravata".

(118) La destinazione del provento della sanzione allo Stato è prevista, ad es., all'art. 709 ter, comma 2, n. 4, c.p.c. (che conferisce al giudice il potere di condannare il genitore inadempiente -in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità dell'affidamento - al pagamento di una sanzione pecuniaria, da un minimo di € 75 a un massimo di € 5.000, a favore della Cassa delle ammende); l'art. 12, L. n. 47/1948, stabilisce, invece, che il provento della riparazione pecuniaria debba essere devoluto alla persona offesa.

(119) Nella *Relazione illustrativa allo schema*, cit., 7, si chiarisce che "si è prevista, pertanto, tale devoluzione alla Cassa delle ammende - stante la funzione sanzionatoria di tali comportamenti che hanno ricadute di inefficienza sul sistema giustizia gravandolo di costi al pari di quanto avviene in sede di ricorso dichiarato inammissibile in Cassazione (articolo 616 c.p.p.)".

(120) Del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

(121) Nella *Relazione illustrativa allo schema*, cit., 7, l'espressa previsione della rateizzazione viene collegata a "ragioni di omogeneità con le sanzioni amministrative, stante comunque la successiva previsione della devoluzione dei proventi alla Cassa delle ammende quale istituto pubblico e non ai privati".

(122) In conformità di quanto previsto all'art. 7, L. n. 689/1981, sul versante degli illeciti amministrativi.

(123) Sui profili processual-civiltistici della disciplina delegata, v. M. Bove, *Sull'introduzione*, cit., 1 ss.

(124) In senso fortemente critico, v. C. Masieri, *Decriminalizzazione*, cit., 15 ss.

(125) *Relazione illustrativa allo schema*, cit., 6.

(126) In senso critico, v. G. Buffone, *L'autorità che procede è il giudice competente sull'azione risarcitoria*, in *Guida dir.*, n. 8, 2016, 87.

(127) Sulla riserva di compatibilità, v. M. Bove, *Sull'introduzione*, cit., 1 ss.

(128) A tutela del diritto di difesa del trasgressore, si ritiene, ad es., che "il richiamo alle norme del codice di procedura civile impone di ritenere applicabile l'art. 101 del C.p.c." (G. Buffone, *L'autorità che procede*, cit., 85 s.).

(129) Sul delicato tema degli oneri probatori, v. M. Bove, *Sull'introduzione*, cit., 6 ss.



- (130) F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti*, cit., 1721.
- (131) T. Padovani, *Ridurre l'area penale*, cit., 12.
- (132) Per ulteriori approfondimenti in ordine al profilo delle impugnazioni, v. M. Bove, *Sull'introduzione*, cit., 8 ss.
- (133) Oltre che un maggior gettito a favore della Cassa delle ammende.
- (134) V. Cass. 9 febbraio 2016, n. 7125, in *Guida dir.*, 13, 2016, 36 ss.
- (135) Cass. 15 marzo 2016 (solo dispositivo), in *Guida dir.*, 15, 2016, 79.
- (136) V. *Ufficio del Massimario*, cit., 27, secondo cui "la parallela regola individuata per la depenalizzazione pare, infatti, costituire un'eccezione, nominativamente prevista (al pari dell'art. 578 cod. proc. pen.), alla disciplina generale di cui all'art. 538 cod. proc. pen. - secondo cui il giudice penale decide anche sulla responsabilità civile solo quando pronuncia sentenza di condanna - e come tale, dunque, non suscettibile di applicazione analogica"; in senso analogo, v. Trib. Cosenza 26 febbraio 2016, in *Guida dir.*, 15, 2016, 75 ss., secondo cui il giudice penale è tenuto ad annullare anche i capi civili accessori alla pronuncia di condanna non definitiva; nel senso, invece, che il giudice penale sarebbe legittimato a riconoscere il risarcimento del danno e ad applicare la sanzione civile, v. G.. Buffone, *Venuto meno il reato cade il presupposto dell'obbligo risarcitorio*, in *Guida dir.*, 15, 2016, 79.
- (137) Su istanza del P.M., del condannato o del suo difensore munito di procura speciale.
- (138) Cfr. Cass. 9 febbraio 2016, n. 7124, in *Guida dir.*, 13, 2016, 41 ss.
- (139) Cfr. Cass. VII, 16 febbraio 2016, in *www.ilpenalista.it*.
- (140) L'Analisi d'impatto della regolamentazione che accompagna lo schema di decreto n. 246 richiama i dati acquisiti dalla Direzione generale di statistica del Ministero in ordine al numero dei procedimenti aperti per le ipotesi di reato interessate dall'abrogazione e dai quali si può ricavare la stima di impatto del provvedimento: 24.000 - 30.000 procedimenti pendenti innanzi al G.I.P. (incidenza del 2,5% sul totale); 15.000 - 18.000 procedimenti in dibattimento (incidenza di circa il 3% del totale).
- (141) V. T. Padovani, *Ridurre l'area penale*, cit., 12.

SANZIONI AMMINISTRATIVE E GARANZIE FONDAMENTALI: LA PRIMA PAROLA ALLA CONSULTA - LE SANZIONI AMMINISTRATIVE TRA GARANZIE COSTITUZIONALI E CONVENZIONALI - EUROPEE

di Miriam Allena

Cass. civ. Sez. II Ord., 16 febbraio 2018, n. 3831

D.Lgs. 24-02-1998, n. 58, epigrafe

I riflettori si accendono nuovamente sul procedimento sanzionatorio Consob per abusi di mercato: la previsione relativa al dovere di cooperare all'esercizio delle funzioni di vigilanza in capo a colui al quale l'Autorità contesta una condotta di *insider trading* e quella in tema di confisca per equivalente del profitto dell'illecito e dei mezzi impiegati per realizzarlo destano, secondo Cassazione, dubbi di compatibilità non solo con le norme costituzionali interne in tema di diritto di difesa e di equo processo, ma anche con le corrispondenti previsioni della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

In disparte i complessi profili costituzionali della vicenda, ci si soffermerà di seguito solo su alcune questioni più direttamente rilevanti per il diritto amministrativo. In particolare, si analizzerà il problema della dialettica tra nozioni formali interne e nozioni autonome e sostanzialistiche proposte dalla CEDU ("equo processo", "tribunale", "materia penale") quali, tra l'altro, oramai recepite anche dall'ordinamento dell'Unione europea.

Sommario: **Le questioni di legittimità costituzionale sollevate - L'applicabilità degli artt. 24 e 111 Cost. ai procedimenti amministrativi sanzionatori - La nozione convenzionale di "materia penale" tra art. 25 e art. 27 Cost. - Nemo tenetur se detegere, art. 6 CEDU e disciplina europea sugli abusi di mercato - Conclusioni: distinzioni nazionali v. semplificazioni concettuali**

Le questioni di legittimità costituzionale sollevate



La Corte di cassazione dichiara rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. [187 quinquiesdecies](#) e [187 sexies](#) del [D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58](#) (T.U. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, c.d. T.U.F.), sollevate nell'ambito di un giudizio concernente sanzioni amministrative irrogate dalla Consob in relazione all'illecito di *insider trading* di cui all'art. [187 bis](#) del medesimo testo normativo.

Essa ritiene che la prima previsione, laddove prevede che sia sanzionabile "chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Consob ovvero ritarda l'esercizio delle sue funzioni", desti un dubbio di contrasto con gli artt. [24 e 111 Cost.](#), nonché con l'art. [117 Cost.](#) - quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU e all'art. 14, comma 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁽²³⁾ - e, infine, con gli artt. [11 e 117 Cost.](#), in relazione all'art. 47 della CDFUE⁽²⁴⁾. In specie, laddove impone un dovere di cooperare all'esercizio delle funzioni di vigilanza della Consob a "chiunque" e, dunque, anche a colui che è soggetto a un procedimento sanzionatorio condotto dalla medesima Autorità, essa sembrerebbe violare, rispettivamente, il diritto di difesa, il principio della parità delle armi tra le parti e il diritto di ciascuno a non contribuire alla propria incriminazione.

La S.C. solleva poi questione di legittimità costituzionale dell'art. [187 sexies](#), nella parte in cui prevede che, in caso di condanna per un illecito amministrativo integrante una condotta di abuso di mercato, sia disposta la confisca per equivalente non solo del prodotto o del profitto dell'illecito, ma anche dei mezzi impiegati per realizzarlo. La "mancanza di proporzionalità tra il sacrificio imposto al sanzionato e le finalità pubbliche da perseguire", e dunque la potenziale eccessività della misura irrogabile, porrebbero un dubbio di compatibilità di tale previsione con il principio di ragionevolezza di cui all'art. [3 Cost.](#), oltreché con le esigenze di tutela del diritto di proprietà di cui agli artt. [42 e 117 Cost.](#) - in relazione all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU -, e di cui agli artt. [11 e 117 Cost.](#) - in relazione agli artt. 17 e 49 della Carta di Nizza⁽²⁵⁾.

[L'applicabilità degli artt. 24 e 111 Cost. ai procedimenti amministrativi sanzionatori](#)

La S.C. non dubita che il procedimento sanzionatorio Consob per abusi di mercato sia direttamente regolato dall'art. 6 CEDU, in tema di "equo processo". Ciò è conseguenza, come è noto, della cd. interpretazione autonoma, operata dalla Corte di Strasburgo, della nozione di "tribunale", in uno con quella di "accusa penale", che ha consentito di estendere l'ambito di applicazione di tale disposizione - avente una connotazione, sul piano letterale, indubbiamente processuale (e, d'altro canto, riguardante il solo processo civile e quello penale) -, anche ai procedimenti amministrativi sanzionatori, nonché, in via successiva, alla fase processuale eventualmente instaurata per impugnare le misure irrogate⁽²⁶⁾. La Corte di Strasburgo evita, in tal modo, che le garanzie dell'"equo processo" penale possano essere pretermesse, sul piano nazionale, semplicemente qualificando una misura come amministrativa anziché come penale (evita, cioè, la cd. "truffa delle etichette") e impone, al contrario, che determinati standard di tutela procedimentale (e, poi, processuale) siano assicurati nel momento di irrogazione di ogni sanzione che abbia un carattere intrinsecamente punitivo, anche quando la stessa sia inflitta in esito a un procedimento amministrativo e, dunque, al di fuori di un "processo" in senso formale. Partendo da tale presupposto, l'ordinanza in commento si spinge però oltre e perviene a esiti interessanti anche sul piano della interpretazione dei principi costituzionali interni sul diritto di difesa e sul giusto processo.

In specie, essa ipotizza che "dalla qualificazione della sanzione di cui all'art. [187 bis](#) come sanzione penale ex art. 7 CEDU discenda l'applicabilità dell'art. [24 Cost.](#)", visto che "la garanzia del diritto di difesa sinteticamente scolpita nel secondo comma (di tale ultima disposizione) trova piena corrispondenza nel complesso delle analitiche previsioni contenute nel terzo comma dell'art. 6 CEDU". La conseguenza è che "l'imposizione del dovere di cooperare all'esercizio delle funzioni di vigilanza della Consob anche in capo al soggetto al quale, nell'esercizio di dette funzioni, la stessa Consob ascrive illeciti amministrativi relativi all'abuso di informazioni privilegiate" desta "un dubbio di contrasto" direttamente con l'art. [24 Cost.](#), prima ancora che con l'art. 6 CEDU.

Tale lettura non pare smentita dalla successiva affermazione secondo la quale "l'accertamento delle violazioni amministrative connesse all'abuso di informazioni privilegiate, pur avendo natura amministrativa e non giurisdizionale, deve ritenersi coperta dall'art. [24 Cost.](#)" in quanto, tra



l'altro, "potenzialmente prodromico alla instaurazione di un procedimento penale per il delitto di cui all'art. 184 T.u.f."⁽²⁷⁾. Se questo, evidentemente, è un ulteriore argomento nell'economia delle motivazioni, resta il fatto che esso non appare particolarmente forte o tantomeno dirimente. Infatti, a ben vedere, non vi è alcun rapporto di pregiudizialità in senso stretto tra la fase amministrativa e quella penale: il fatto che gli accertamenti compiuti in sede amministrativa vengano riversati tra i materiali cognitori del giudice penale non implica che quest'ultimo sia anche vincolato all'accertamento compiuto dalla Consob. Al contrario, in sede processuale tutto può essere ridiscusso (tra l'altro, per quanto necessario, anche in via di disapplicazione del provvedimento amministrativo), sicché non pare potersi applicare a questa fattispecie il ragionamento che la Corte di Strasburgo fa per le indagini preliminari. Queste ultime, in quanto in senso stretto (e necessario) prodromiche al procedimento penale, sono di regola ritenute coperte dalla garanzia di cui all'art. 6 CEDU, nella misura in cui possano direttamente pregiudicare la successiva fase dibattimentale⁽²⁸⁾.

D'altro canto, se la Cassazione avesse voluto dire che basta che un provvedimento amministrativo abbia un qualsiasi rilievo in un successivo processo per essere coperto dalla garanzia dell'art. 24 Cost., tale ultima norma finirebbe per essere assai ampiamente chiamata in causa, persino a prescindere dalla effettiva idoneità del procedimento amministrativo a incidere significativamente su un "diritto di carattere civile" o a decidere una "accusa penale".

Insomma, il ragionamento della Cassazione sembra in effetti implicare che l'art. 24 Cost. sia applicabile al procedimento sanzionatorio Consob perché quest'ultimo ha già in sé natura intrinsecamente "penale", in quanto idoneo a decidere con effetti immediatamente esecutivi su una "accusa penale"⁽²⁹⁾.

Proseguendo sulla stessa linea argomentativa, la Cassazione ritiene poi che l'imposizione del medesimo dovere di cooperazione ponga "un dubbio di contrasto con il principio del giusto processo ex art. 111 Cost. e, precisamente, con il principio della parità delle parti fissato nel secondo comma di tale articolo", in quanto non sarebbe compatibile con la posizione di parità che il soggetto sottoposto a un procedimento sanzionatorio e la Consob devono rivestire "nella fase giurisdizionale di impugnativa del provvedimento sanzionatorio". Con il ché, essa avanza sì un dubbio di diretta violazione dell'art. 111 Cost., ma scaturente questa volta non tanto dalla mancata applicazione di tale disposizione alla fase procedimentale di irrogazione di una data sanzione, quanto dalla non compiuta applicazione delle garanzie del giusto processo nella fase processuale di contestazione della stessa. Tutto ciò sul presupposto, anche esplicitato, che "la garanzia del giusto processo nell'applicazione di sanzioni in materia di abusi di mercato aventi carattere sostanzialmente penale ai sensi dell'art. 7 CEDU, può essere realizzata, alternativamente, nella fase amministrativa (...), ovvero mediante l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio, adottato in assenza di tali garanzie, ad un sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva ed attuato attraverso un procedimento conforme alle richiamate prescrizioni della Convenzione"⁽³⁰⁾.

Di nuovo, il ragionamento della Cassazione sembra presupporre una assimilazione tra art. 111 Cost. e art. 6 CEDU, tanto che essa ritiene applicabile al primo il medesimo meccanismo della compensazione ex post valevole per il secondo.

Tuttavia, una simile impostazione (in sé anche condivisibile), andrebbe però compresa in tutta la sua portata: affermare la diretta applicabilità delle garanzie riconosciute dall'art. 24 Cost. (norma che, da un punto di vista letterale, ha una chiara portata processuale) alla fase procedimentale di irrogazione di una sanzione "penale" ai fini CEDU, ovvero predicare la applicazione dell'art. 111 Cost. alla fase processuale, ma in via di compensazione ex post dei deficit della fase procedimentale, non può che presupporre, logicamente, una piena assimilazione tra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa⁽³¹⁾. Assimilazione che, come è noto, è alla base di tutta la elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo riguardo all'art. 6 CEDU⁽³²⁾: infatti, solo ammettendo che la funzione giurisdizionale sia, dal punto di vista sostanziale e logico, indistinguibile da quella amministrativa, si può immaginare una compensazione ex post che assuma, secondo quanto richiesto dalla Corte EDU, i caratteri di una autentica *full jurisdiction*, ossia di un sindacato giurisdizionale pieno e sostitutivo su tutti i profili della potestà sanzionatoria già esercitata. E, d'altro canto, solo una *full jurisdiction* così intesa scongiura il rischio che la formula della compensazione ex post divenga un comodo *passerpartout* per giustificare una riduzione delle tutele e delle garanzie dell'"equo



processo", ossia per evitare che le stesse finiscano per non essere compiutamente assicurate né nella fase procedimentale, né in quella, successiva, di eventuale impugnazione giurisdizionale della sanzione⁽³³⁾.

Tra l'altro, nell'ottica CEDU, con riferimento alla "materia penale", la stessa compensazione *ex post* è comunque sottoposta a limiti, per es., nella misura in cui cozza con il principio della presunzione di innocenza (che difficilmente potrebbe dirsi garantita ove una sanzione grave e immediatamente esecutiva fosse irrogata prescindendo, nella fase procedimentale, dalle garanzie dell'"equo processo" ex art. 6 CEDU) o, più banalmente, perché non tutte le garanzie sono compensabili in un momento successivo (si pensi, per es., al diritto dell'individuo a essere informato nel più breve tempo possibile e in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, di una accusa penale a suo carico, sancito dall'art. 6, par. 3, lett. a).

In definitiva, e senza volersi dilungare oltre sul punto, il modo di ragionare della Cassazione presupporrebbe, a rigore, una piena adesione alle categorie CEDU di "tribunale" e di "equo processo" le quali, dunque, da categorie "autonome" dovrebbero divenire categorie nazionali, compiutamente metabolizzate nell'ordinamento interno.

Resta da capire se di ciò vi sia, nei giudici di legittimità, piena consapevolezza.

La nozione convenzionale di "materia penale" tra art. 25 e art. 27 Cost.

Il tema della assunzione delle categorie sostanzialistiche CEDU ai fini della interpretazione delle garanzie costituzionali interne si pone, naturalmente, anche con riguardo agli [artt. 25 e 27 della Costituzione](#)⁽³⁴⁾.

Sul punto, l'ordinanza in commento richiama la giurisprudenza costituzionale che "è ferma nel ribadire che l'art. 27 concerne esclusivamente le sanzioni penali (Corte cost. 11 maggio 2017, n. 109, par. 3.1), in ciò differenziandosi [dall'art. 25 Cost.](#), il quale ultimo, in virtù della sua ampia formulazione ("Nessuno può essere punito ...") è stato invece, talvolta, riconosciuto applicabile alle sanzioni amministrative (Corte cost., 18 aprile 2014, n. 104 e Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196)".

La tesi, in quanto fondata su un argomento testuale piuttosto debole e indiretto, non persuade⁽³⁵⁾. Una volta riconosciuto, come ha fatto la Consulta a partire dal 2010, che il principio di irretroattività di cui [all'art. 25, comma 2, Cost.](#) ("Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"), riguarda "ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale", diventa difficile sostenere che, viceversa, il principio di personalità e la funzione rieducativa della pena di cui [all'art. 27 Cost.](#)⁽³⁶⁾ non sarebbero estensibili a tutte quelle misure sanzionatorie aventi un carattere sostanzialmente penale ai fini CEDU, solo perché invece del verbo "punire" nel testo di tale ultima previsione si usa l'aggettivo "penale" e il sostantivo "pena".

Semmai, è vero che [l'art. 27 Cost.](#) non trova un preciso riscontro negli artt. 6 e 7 CEDU, i quali non affrontano direttamente il tema del principio di personalità della pena, né tanto meno quello della funzione rieducativa della stessa⁽³⁷⁾. Sicché, in questo caso, si teme forse che l'applicabilità [dell'art. 27 Cost.](#) alle sanzioni amministrative aventi un carattere sostanzialmente penale alla luce dei criteri *Engel*, finisca per comportare il riconoscimento di garanzie parzialmente superiori rispetto a quelle ricavabili dalle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Ma anche questa distanza, a ben vedere, non va enfatizzata: sia perché il principio di personalità della pena, intesa come responsabilità personale colpevole, è comunque sancito, anche se "solo" a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 3 della [L. n. 689 del 1981](#)⁽³⁸⁾. Sia, soprattutto, perché la giurisprudenza di Strasburgo ha in realtà già iniziato un percorso verso l'individuazione, a partire dagli artt. 6 e 7 CEDU, di una serie di garanzie coincidenti con quelle ricavabili [dall'art. 27 Cost.](#)

Così, per es., la Corte EDU riconosce da tempo (derivandola dal principio della presunzione di innocenza di cui all'art. 6, par. 2, CEDU e dai principi di garanzia penalistica generalmente riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati firmatari) la garanzia del carattere personale della responsabilità penale, nella sua accezione minimale di divieto di responsabilità per fatto altrui: proprio su tale presupposto ha affermato la intrasmissibilità agli eredi di misure sanzionatorie di carattere penale ai fini CEDU⁽³⁹⁾.



D'altro canto, e soprattutto, nella nota pronuncia sul caso *Sud Fondi*, la medesima Corte, dopo avere riconosciuto che l'art. 7 CEDU "non menziona espressamente il legame morale esistente tra l'elemento materiale del reato e la persona che ne viene considerata l'autore", ha statuito che "tuttavia, la logica della pena e della punizione, così come la nozione di "guilty" (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di "persona colpevole" nella versione francese, vanno nel senso di una interpretazione dell'art. 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato". In caso contrario, "la pena non sarebbe giustificata, visto che "sarebbe (...) incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, dall'altra, permettere che si consideri una persona come "colpevole" e "punirla" quando essa non era in grado di conoscere la legge penale, a causa di un errore insormontabile che non può assolutamente essere imputato a colui o a colei che ne è vittima"⁽⁴⁰⁾.

Con il ché, la Corte europea dei diritti dell'uomo sembra avere seguito percorsi argomentativi non molto dissimili da quelli battuti dalla Consulta nella nota sent. n. 364 del 1988, che ha dichiarato parzialmente incostituzionale il testo dell'allora vigente [art. 5 del codice penale](#) nella parte in cui negava ogni rilevanza all'errore o all'ignoranza scusabile. Anche in quella pronuncia la Corte costituzionale ha affermato la necessità di "fondare la responsabilità penale su "congrui" elementi subiettivi", sviluppando la "funzione di garanzia assoluta dal principio di legalità". Nella sentenza si legge, infatti, che "a nulla varrebbe, in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc. quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto". Sicché, ha concluso la Consulta, "il principio di colpevolezza (...) più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto"⁽⁴¹⁾.

Successivamente, nella sentenza *Contrada*⁽⁴²⁾, e sviluppando ulteriormente il principio di legalità inteso come chiara prevedibilità delle conseguenze che derivano da una determinata condotta, la Corte EDU ha escluso l'imputabilità soggettiva per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa, ritenendo che l'imputato, sulla base del dato normativo vigente all'epoca dei fatti, come vivente nell'interpretazione giurisprudenziale, non fosse stato messo in condizione di conoscere effettivamente la possibile rilevanza penale della propria condotta e, dunque, di ragionevolmente prevedere la propria condanna. Con il ché, come del resto autorevolmente già notato⁽⁴³⁾, l'interpretazione evolutiva dell'art. 7 CEDU ha condotto in questo caso a risultati persino maggiori, sul piano garantistico, di quelli che si sarebbero ottenuti applicando il canone dell'errore inevitabile sul divieto di cui [all'art. 5 c.p.](#), nella versione integrata dalla sentenza della Corte cost. n. 364 del 1988.

In questo quadro, allora, la posizione restrittiva della Cassazione quanto alla estensione, [all'art. 27 Cost.](#), della nozione ampia e sostanziale di "accusa penale" propria della CEDU (o, detto altrimenti, quanto alla applicabilità [dell'art. 27 Cost.](#) a tutte le misure aventi un carattere penale ai sensi della CEDU), appare, da un lato, incoerente con la opposta scelta in punto di garanzie di cui [all'art. 25, comma 2, Cost.](#) e, dall'altro, in qualche misura persino inutile.

Incoerente, perché basata su un dato letterale quantomeno poco eloquente. Inutile, perché, a ben vedere, molte (se non in prospettiva tutte le) garanzie [dell'art. 27 Cost.](#), finiscono (o, presumibilmente, finiranno) per essere comunque ricavate dalle norme convenzionali.

Lo conferma, del resto, la stessa ordinanza in commento nel momento in cui solleva la seconda questione di legittimità costituzionale: essa, da un lato, in ragione della natura amministrativa della confisca di cui [all'art. 187-sexies](#), ritiene di non poter richiamare il parametro [dell'art. 27, comma 3, Cost.](#) (relativo alla funzione rieducativa della pena), onde far valere, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale⁽⁴⁴⁾, la mancanza di proporzionalità tra il sacrificio imposto con una pena e il disvalore del fatto commesso. D'altro canto, però, recupera il parametro della proporzionalità dall'art. 1, del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, "sotto il profilo dell'inadeguato bilanciamento tra la tutela del diritto di proprietà e le ragioni di interesse generale che giustificano la misura della confisca". Con il ché, emerge in modo netto la tendenziale irrilevanza dell'applicabilità o meno [dell'art. 27 Cost.](#) alle sanzioni amministrative, visto che garanzie analoghe possono già oggi essere in larga misura direttamente trovate nelle norme convenzionali.

Peraltro, non si può non rilevare che (come ancora la vicenda in esame dimostra ampiamente) le categorie estensive di fonte CEDU sono oramai diventate, con la Carta di Nizza, parte integrante anche dell'ordinamento dell'UE e, quindi, nelle fattispecie di interesse comunitario, hanno acquisito la nota primazia ed efficacia particolare delle norme dell'UE. Per es., indugiando ancora sul tema del principio di proporzionalità tra pena e fatto commesso, è in ogni caso l'art. 49, comma 3, della CDFUE (si noti, riprendendo "il principio generale della proporzionalità dei reati e delle pene sancito dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità"⁽⁴⁵⁾), a prevedere che "Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato".

Anche sotto questo ulteriore profilo, dunque, si rafforza l'impressione che la resistenza rispetto a una applicazione diretta dell'art. 27 Cost. alle sanzioni amministrative aventi natura penale ai fini CEDU sia, quantomeno, di scarsa utilità e, forse, non particolarmente lungimirante.

Nemo tenetur se detegere, art. 6 CEDU e disciplina europea sugli abusi di mercato

La Corte di cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *quinquiesdecies* del T.U.F. anche in relazione alla possibile violazione dell'art. 6 CEDU, *sub specie* di diritto a non contribuire alla propria autoincriminazione.

In effetti, un'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo mostra che la suddetta garanzia - di per sé non espressamente sancita dall'art. 6 CEDU, ma da tempo ricavata in via interpretativa dal par. 1 della norma, alla luce dei principi generali internazionalmente riconosciuti che costituiscono il cuore della nozione di "equo processo"⁽⁴⁶⁾ -, riguarda senz'altro anche i procedimenti amministrativi sanzionatori rientranti nella "materia penale" ex artt. 6 e 7 CEDU. Essa mira a proteggere la "persona accusata" da coercizioni abusive dell'autorità, onde evitare, tra l'altro, possibili errori giudiziari. La garanzia riconosciuta non è però assoluta, nel senso che, onde valutare se vi è stata, in concreto, una violazione del principio del *nemo tenetur se detegere* sotto il profilo della autoincriminazione, occorre avere riguardo alla natura e al grado della costrizione esercitata, nonché alla esistenza di adeguate garanzie quanto alle modalità di acquisizione degli elementi autoindiziati e all'uso fatto degli stessi nel corso del procedimento-processo sanzionatorio⁽⁴⁷⁾.

Così, secondo un orientamento compiutamente espresso dalla Grande Camera nel 2007 (peraltro in una vicenda riguardante una sanzione per violazione del codice della strada governata sul piano formale, secondo le categorie dell'ordinamento interno, dal diritto amministrativo), un obbligo di collaborare alle indagini da parte del cittadino sospettato dell'illecito può ammettersi solo ove relativo a specifiche e ben identificate circostanze di fatto, non in se stesse fonte di responsabilità penale⁽⁴⁸⁾, mentre non potrebbe mai avere un carattere generale. In altri termini, il limite al diritto di non collaborare alla propria incriminazione sembra individuabile in quella che la Corte di Strasburgo definisce la "*limited nature of the inquiry*"⁽⁴⁹⁾.

Ebbene, se si applica questo insegnamento alla sanzione amministrativa di cui all'art. 187 *quinquiesdecies*, facilmente si giunge alla conclusione che, invece, ciò che la Consob contesta al ricorrente sulla base del dettato legislativo nazionale, è un difetto di collaborazione "generica" alla sua attività investigativa. La richiamata previsione del T.U.F. è cioè chiaramente diretta a sanzionare il difetto di ottemperanza a richieste informative che possono riguardare qualunque elemento dell'inchiesta e, dunque, qualsiasi profilo anche di diretta portata incriminatrice.

D'altro canto, il diritto a non collaborare ai fini della propria incriminazione trova protezione nella giurisprudenza di Strasburgo anche sulla scorta dell'art. 6, comma 2, CEDU, ossia quale applicazione del principio di presunzione di innocenza visto come regola che impone che l'onere della prova sia posto in capo all'accusa⁽⁵⁰⁾. Ciò significa che quest'ultima non deve poter disporre di poteri autoritativi capaci di sanzionare la scelta dell'accusato di non collaborare alle indagini perché, altrimenti, il delicato equilibrio dell'onere della prova in materia penale verrebbe sensibilmente spostato a suo favore.

È significativo, a questo riguardo, che, anche nel nostro ordinamento, autorevole dottrina abbia da tempo derivato dal principio di presunzione di innocenza di cui all'art. 27, comma 2, Cost. (oltre che dall'art. 24 Cost., sotto il profilo della violazione del principio del diritto di difesa), la necessità che sia l'accusa a provare la responsabilità penale, con conseguente diritto per l'accusato, se preferisce, di rimanere silente e di non offrire alcun tipo di contributo alla ricerca



della verità processuale, senza che da ciò possano per lui derivare, per ciò solo, conseguenze pregiudizievoli sul piano formale⁽⁵¹⁾. Riemerge quindi, anche sotto questo profilo, la limitata utilità di un approccio che sostenga l'inapplicabilità dell'art. 27 Cost. alle sanzioni non formalmente penali, evitando così l'estensione delle categorie sostanzialistiche CEDU. A ben vedere, infatti, le garanzie riconosciute da tale disposizione vengono già ugualmente a essere applicate alle sanzioni amministrative aventi un carattere intrinsecamente penale grazie ai principi convenzionali (i quali, a loro volta si nutrono, in un processo circolare, dei principi di garanzia riconosciuti dal diritto penale internazionale).

L'ordinanza della Cassazione evidenzia peraltro come il riconoscimento di un diritto a non contribuire alla propria incriminazione così inteso potrebbe incidere, in qualche modo, sull'efficacia della funzione amministrativa sanzionatoria in materia di abusi di mercato, tra l'altro quale disciplinata, a livello europeo, dalla Dir. 2003/6/CE⁽⁵²⁾ (il cui art. 14, comma 3, prevede la possibilità, per gli Stati membri, di sanzionare l'omessa collaborazione alle indagini), e dal Reg. n. 596/2014⁽⁵³⁾ (il cui art. 30, comma 1, lett. b, prevede una analoga disposizione).

Senza voler qui entrare nel merito della questione⁽⁵⁴⁾, ci si limita a evidenziare, in termini generali, che, di per sé, l'idea che ci sia bisogno della collaborazione dell'incolpato perché la funzione sanzionatoria sia efficace è largamente discutibile: se non altro perché, a così ragionare, dovrebbe allora ritenersi inefficace il sistema penale *tout court*.

Tra l'altro, il Reg. n. 569/2014, attribuisce oggi alle autorità di vigilanza poteri istruttori particolarmente ampi, che comprendono la possibilità di effettuare perquisizioni, sequestri, intercettazioni (eventualmente, con l'autorizzazione della autorità giudiziaria) e, più in generale, incentiva lo scambio di informazioni e la cooperazione con altre autorità competenti dello stesso Paese o di Paesi terzi: ciò significa che le autorità di vigilanza sono in realtà già dotate di un armamentario piuttosto importante di poteri i quali, se ben esercitati, consentirebbero senz'altro di raggiungere la verità, a prescindere da ogni forma di collaborazione degli indagati⁽⁵⁵⁾.

Conclusioni: distinzioni nazionali v. semplificazioni concettuali

Al di là dei profili specifici oggetto di esame, l'ordinanza annotata pone una questione di fondo che appare sempre più ineludibile: vale a dire se, ogni qual volta si sia in presenza di una misura avente un carattere intrinsecamente punitivo e afflittivo ai sensi della giurisprudenza di Strasburgo, l'ordinamento italiano debba evolversi, ai fini delle garanzie applicabili, nel senso di riconoscere una nozione unitaria di "materia penale", risultante dall'integrazione delle garanzie costituzionali e di quelle convenzionali⁽⁵⁶⁾, superando la distinzione formale interna tra sanzione penale e sanzione amministrativa.

Questo non significherebbe, naturalmente, trattare gli illeciti amministrativi a tutti gli effetti come reati sotto il profilo, per es., della loro sottoposizione alla disciplina del codice di rito o alla giurisdizione del giudice penale, ma soltanto riconoscere che esiste un nucleo essenziale di garanzie fondamentali, comuni tanto all'illecito formalmente penale, quanto a quello che è tale "solo" da un punto di vista sostanziale. Ciò a maggior ragione perché, se è vero, come più volte ricordato dalla Corte costituzionale⁽⁵⁷⁾, che il legislatore gode di ampia discrezionalità nel qualificare una misura come penale o come amministrativa, sarebbe però quantomeno discutibile fare dipendere da tale scelta (del tutto formale) anche l'applicazione o meno di determinate garanzie fondamentali di matrice penalistica.

La questione è complessa e richiederebbe una analisi che fuoriesce dal perimetro di queste note.

Limitando il discorso a poche battute, occorre in via preliminare precisare che, naturalmente, la Corte di Strasburgo non impone di interpretare le norme costituzionali interne alla luce delle categorie autonome da essa elaborate (si pensi alla nozione di "pena", a quella di "tribunale", o a quella di "equo processo"). Nell'ottica CEDU, ciò che rileva è semplicemente che in concreto vi sia una effettiva adesione del nostro ordinamento alle garanzie convenzionali, irrilevanti essendo le prospettive o gli argomenti formali attraverso i quali si giunge a tale risultato.

Da questo punto di vista, allora, ha ragione la Corte costituzionale quando afferma che una "saldatura tra il concetto di sanzione penale a livello nazionale e quello a livello europeo" non è, di per sé, imposta dall'ordinamento di Strasburgo⁽⁵⁸⁾.

Sulla medesima linea, la Corte costituzionale ha ribadito a più riprese, negli ultimi anni, che "ciò che per la giurisprudenza europea ha natura "penale" deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la "materia penale"; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna". Ciò, sull'assunto

che "l'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale (...) trascina con sé tutte e solo le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo, mentre rimane nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri"⁽⁵⁹⁾.

Ora, tale ultima affermazione, condivisibile nella misura in cui per "legislazione interna" si intenda la legislazione ordinaria, suscita maggiori perplessità se riferita anche ai principi costituzionali. Con riferimento a questi ultimi, infatti, nulla esclude che una più compiuta "saldatura" tra ordinamento interno e ordinamento convenzionale possa essere, in prospettiva, operata, attuando un compiuto recepimento, nel nostro ordinamento, delle nozioni autonome elaborate dalla giurisprudenza di Strasburgo.

A questo riguardo, poco pregio avrebbe opporre (come talora ha fatto la stessa Consulta⁽⁶⁰⁾) pretese esigenze garantistiche, in quanto la prospettiva CEDU, quale ripresa anche dal diritto dell'Unione europea, è nel senso di estendere le garanzie proprie della sanzione penale, non certo eventuali effetti negativi che derivino dalla qualificazione penalistica di una misura (si pensi, per es., alla esclusione dalla partecipazione a concorsi pubblici o a gare di appalto): non vi è dubbio, infatti, che, dal punto di vista del cittadino, una nozione estesa e sostanziale di diritto penale è ben accettabile solo in una prospettiva di accrescimento delle tutele, non invece se da essa derivassero anche conseguenze pregiudizievoli. Del resto, l'imposizione di queste ultime è, nella materia penale, subordinata a un rigoroso rispetto del principio di legalità, quale sancito sia a livello interno ([art. 25, comma 2, Cost.](#)) che convenzionale ([art. 7 CEDU](#)).

Naturalmente, non è escluso che a volte potrà essere comunque discutibile stabilire se una determinata garanzia rientri o meno nel suddetto nucleo essenziale della materia penale: tuttavia, un tale dubbio non avrebbe ragione d'essere per le garanzie espressamente costituzionalizzate.

Non è irrilevante, tra l'altro, il fatto che l'ordinamento dell'UE si sia già avviato verso questo percorso, visto che la Carta di Nizza ha recepito, anche dichiaratamente, le categorie sviluppate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Ai sensi dell'art. 52, comma 3, della CDFUE, infatti, in caso di corrispondenza tra i diritti riconosciuti da tale Carta e quelli garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il significato e la portata dei primi "sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione". In ogni caso, poi, a norma del successivo art. 53, le tutele offerte dalla CDFUE non possano essere inferiori a quelle riconosciute dalla CEDU e questo in buona sostanza implica che l'ordinamento dell'UE attinga direttamente, almeno in linea di principio, alle categorie sostanzialistiche sviluppate dalla giurisprudenza di Strasburgo. Non sfugge naturalmente che la giurisprudenza della Corte di Giustizia esprime talora alcune ambiguità e non sempre si pone totalmente nel solco dell'insegnamento CEDU⁽⁶¹⁾: tuttavia, dall'inevitabile carattere dinamico e pragmatico della giurisprudenza comunitaria (tipico, del resto, anche della giurisprudenza convenzionale e in genere del diritto giurisprudenziale) non pare opportuno trarre alibi per frenare un processo di convergenza che, nelle materie di interesse comunitario, è sostanzialmente imposto dallo stesso dato normativo ed è funzionale a creare certezza ed armonia nella definizione delle garanzie del cittadino.

Sicché, anche alla luce di tale più ampio quadro, vi è da chiedersi se non sia forse sterile e controproducente, per l'ordinamento nazionale, esprimere prevalentemente, con la sola eccezione [dell'art. 25 Cost.](#), un atteggiamento di diffidenza, se non di chiusura verso le categorie sostanzialistiche CEDU.

Invero, specie nella prospettiva dell'operatore pratico (P.A. sanzionatrice, giudici, avvocati), la coesistenza di categorie tra loro palesemente incompatibili (etichetta formale vs. natura sostanziale; continuità tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale vs. separazione dei poteri e quindi, distinzione netta e quasi ontologica tra le due funzioni pubbliche di applicazione delle norme) genera confusioni e fraintendimenti; in ultima analisi, non favorisce l'applicazione doverosa delle garanzie CEDU ove esse risultino, come in genere accade, superiori e ulteriori rispetto a quelle predisposte dall'ordinamento nazionale.

D'altro canto, come si è visto discutendo in particolare [dell'art. 27 Cost.](#), è vero che talvolta l'ordinamento nazionale può, in materia penale, presentare alcune specifiche tutele fondamentali

non esplicitate nel sistema CEDU. Tuttavia, questo profilo non va sovrastimato perché la CEDU, in quanto *living instrument*, tende a inglobare mano a mano le garanzie riconosciute negli ordinamenti degli Stati membri: sicché, ove anche queste ultime non siano espressamente ricomprese nel suo dettato, esse finiscono però, nel tempo, per essere egualmente (se non più convintamente) riconosciute dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Infine, anche le incertezze concettuali hanno un costo in termini di efficienza della funzione amministrativa. Quel che si vuol dire è che se alla pubblica amministrazione non si offre una nozione univoca di sanzione penale, è la stessa efficacia e certezza della funzione sanzionatoria a venire ad essere ostacolata. Si rischia cioè un effetto paradossale: al fine di garantire la speditezza ed efficacia della funzione amministrativa, si rifiuta un'estensione delle garanzie senza poi rendersi conto che ancora maggiore è il prezzo che sotto tal profilo si paga a volere, un po' ostinatamente, far coesistere nozioni tra loro incompatibili, oltre che difficilmente comprensibili e ragionabili nella prassi dell'ordinamento.

(1) Si v., tra i primi commenti: A Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Riv. dir. comparati* (18 dicembre 2017); i contributi apparsi sul forum di Quaderni costituzionali: C. Caruso, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017* (18 dicembre 2017); R. Conti, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura* (28 dicembre 2017); A. Guazzarotti, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale?* (18 dicembre 2017); L. Salvato, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017* (18 dicembre 2017), G. Scaccia, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi* (25 gennaio 2018), D. Tega, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei* (24 gennaio 2018). Si v. anche F.S. Marini, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in *federalismi.it*, n. 4/2018 e L.R. Rossi, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, n. 3/2018.

(2) Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 170 del 1984 e a Corte di Giustizia, sentenza del 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*.

(3) Già V. Onida (in *A cinquanta anni dalla sentenza "Costa/Enel": riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, in *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, a cura di B. Nascimbene, Milano 2015, 29 ss.) si interrogava sulle conseguenze della "'Intercambiabilità' fra principi e diritti garantiti dalla Costituzione e dal diritto europeo comunitario [...] specie dopo che la Carta dei diritti dell'Unione europea è divenuta parte integrante del Trattato" (cit., 50-51).

(4) Ancora nella sent. n. 75 del 2012 (n. 3.1 del Considerato in diritto) - citata testualmente anche nella sent. n. 216 del 2014 - si legge: "...il dubbio sulla compatibilità della norma nazionale rispetto al diritto comunitario va risolto, infatti, eventualmente con l'ausilio della Corte di giustizia, prima che sia sollevata la questione di legittimità costituzionale, pena l'irrelevanza della questione stessa (sentenze n. 284 del 2007 e n. 170 del 1984)".

(5) G. Scaccia (in *L'inversione della "doppia pregiudiziale"...*, cit., 9 ss.), segnalando come la pronuncia ponga "una serie di problemi applicativi di non agevole soluzione" ne esamina alcuni: l'ambito di estensione delle regola di priorità della *quaestio legitimitatis*; le soluzioni nei casi di diversi possibili incroci fra questione di costituzionalità e rinvio pregiudiziale; efficacia vincolante della regola e rimedi azionabili in caso di disobbedienza dei giudici. Di diverso avviso, se ben si è compreso, L. Salvato (*Quattro interrogativi*, cit., 5-6) che reputa invece "chiara ed efficace" la sintesi svolta dalla Corte nelle argomentazioni di cui al punto 5.2 del Considerato in diritto.



- (6) Come rilevato da A. Guazzarotti (in *Un "atto interruttivo dell'usucazione"...*, cit., 1): "il passo muove un monito che non sembra aver alcuna connessione reale con le vicende processuali, anzi."
- (7) Si v. rispettivamente i paragrafi nn. 7 e 8 dell'ordinanza.
- (8) Per i riferimenti si rinvia alla nt. n. 4.
- (9) Cfr. Corte di Giustizia UE sent. 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14; sent. 5 aprile 2016, *PFE*, C-689/13; sent. 5 luglio 2016, *Ognyanov*, C-614/14.
- (10) Cfr. Corte di Giustizia UE sent. dell'11 settembre 2014, *A c. B. e altri*, C-112/13; sent. 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, C-188/10 e C-189/10.
- (11) Nella parte in cui la Corte costituzionale precisa che "la stessa Corte di giustizia ha a sua volta affermato che il diritto dell'Unione 'non osta' al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali, purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, 'in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria'; (...); di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, *per altri profili*, la ritengano contraria al diritto dell'Unione (...)" (corsivi aggiunti).
- (12) Enfasi aggiunte.
- (13) Di opposto avviso pare D. Tega (in *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione* in www.forumcostituzionale.it - 26 marzo 2018), secondo cui "...l'ordinanza, dimostra che la comunicazione tra giudici è passata in maniera veloce ed efficace e che i *desiderata* della Corte costituzionale sono stati esauditi." Secondo A. Ruggeri (in *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte Cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob*, in www.consultaonline.it - 23 febbraio 2018, 81-86), invece, la pronuncia "non dà testimonianza di coraggio ma di cauta e vigile attesa, preoccupata di non drammatizzare il conflitto con la Consulta, allo stesso tempo tuttavia esercitando sulla stessa una obiettiva pressione" (cit. 85).
- (14) Così ancora Corte cost., sent. n. 269 del 2017 (n. 5.2 del Considerato in diritto; enfasi aggiunte).
- (15) Sul merito delle questioni di costituzionalità si v. *infra*, pag. 374 ss., il commento di M. Allena, *Le sanzioni amministrative tra garanzie costituzionali e convenzionali-europee*; e, anche in riferimento ad altra ordinanza della Cassazione (I Sez. civile, n. 8590/2018), si v. G. Gatta, *"Nemo tenetur se detegere" e procedimento amministrativo davanti alla CONSOB per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 quinquiesdecies T.U.F.*, in www.penalecontemporaneo.it (27 aprile 2018) e Id., *Confisca 'amministrativa' per l'insider trading: verso una limitazione al solo profitto? La parola alla Corte costituzionale, in attesa dell'attuazione (mancata?) della legge delega per l'adeguamento alla disciplina europea del market abuse*, in www.penalecontemporaneo.it (2 maggio 2018).
- (16) Nel paragrafo 11.2.
- (17) Per un puntuale richiamo degli approdi della giurisprudenza europea al riguardo si v. M. Allena, *Le sanzioni amministrative tra garanzie costituzionali e convenzionali-europee*, cit., la quale segnala, tra l'altro, che le autorità di vigilanza "sono in realtà già dotate di un armamentario piuttosto importante di poteri i quali, se ben esercitati, consentirebbero senz'altro di raggiungere la verità, a prescindere da ogni forma di collaborazione degli indagati".
- (18) Cfr. sentenze n. 68 del 2017; n. 252 del 2012 e n. 186 del 2011.
- (19) Così Corte cost., sent. n. 252 del 2012 (n. 4 del Considerato in diritto).
- (20) Sulla sottolineatura della centralità del ruolo del giudice si v. R. Conti, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione a seconda lettura*, cit., spec. 11 ss.



- (21) Per osservazioni al riguardo si veda, volendo, il mio *Le Corti e la fascinazione del "dialogo": tra cooperazione e negoziazione. A margine della vicenda Taricco e dintorni*, in C. Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlli alla prova della "saga Taricco"*, Milano, 2018 (in corso di pubblicazione).
- (22) R. Conti (ancora in *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017...*, cit., spec. 6) considera evidente "la necessità di perseguire, anche fra giudici nazionali, un dialogo più marcato, finalizzato non solo alla circolazione delle prassi e delle esperienze reciprocamente maturate all'interno della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione su temi di comune interesse, ma anche alla scoperta delle peculiari modalità di approccio che contraddistinguono i diversi plessi decisionali". Avverte dei rischi di sconfinamento in ambito politico connessi a dette comunicazioni B. De Witte, *The preliminary ruling dialogue: Three types of questions posed by national Courts*, in *National Courts and Eu law: New Issues, Theories and Methods*, Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, spec. 15 ss.
- (23) L'art. 14, comma 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo in Italia con la [legge 25 ottobre 1977, n. 881](#), riconosce il diritto di ogni individuo accusato di un reato a "non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole".
- (24) Ossia, in relazione alla norma che tutela, a livello di UE, il "Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale".
- (25) I quali sanciscono, rispettivamente, il "Diritto di proprietà" e i "Principi di legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene".
- (26) Per il rilievo della natura innanzitutto procedimentale dell'art. 6 CEDU con riguardo alle questioni pubblicistiche cfr., tra i primi, in Italia, S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, I, 173 ss., 239. Sul punto cfr. inoltre, almeno, G. della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, 27. Se si vuole, M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 36 ss.
- (27) Ai sensi dell'art. 187 *decies*, comma 2, T.U.F., infatti, il Presidente della Consob è tenuto a trasmettere al pubblico ministero la documentazione raccolta nello svolgimento dell'attività di accertamento.
- (28) La Corte di Strasburgo ha più volte affermato il principio per cui le indagini preliminari sono coperte dall'art. 6 CEDU sotto il profilo del diritto alla parità delle armi e al contraddittorio nella misura in cui incidano direttamente sulla successiva fase del dibattimento: cfr., *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 maggio 2010, caso n. 231/07, Ogaristi c. Italia, par. 55 ss.
- (29) Sul punto cfr. anche G.L. Gatta, "Nemo tenetur se detegere" e *procedimento amministrativo davanti alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187quinquiesdecies T.U.F.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 aprile 2018.
- (30) La Cassazione richiama la nota pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 marzo 2014, ricorso n. 18640/10, *Grande Stevens c. Italia*, che, proprio con riguardo alle sanzioni amministrative Consob per abusi di mercato, ha statuito: "Il rispetto dell'art. 6 della Convenzione non esclude che in un procedimento di natura amministrativa, una "pena" sia imposta in primo luogo da un'autorità amministrativa. Esso presuppone, tuttavia, che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfa essa stessa le condizioni dell'articolo 6 sia successivamente sottoposta al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione (...). Fra le caratteristiche di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione figura il potere di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata, resa dall'organo inferiore. In particolare esso deve avere competenza per esaminare tutte le pertinenti questioni di fatto e di diritto che si pongono nella controversia di cui si trova investito" (par. 139). La pronuncia è stata oggetto di numerosi commenti, tra i quali si segnalano, almeno e senza alcuna pretesa di completezza, G. Abbadessa, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di "pena" e contenuti del principio "ne bis in idem"*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 546 ss.; A. Alessandri, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte*



europea dei diritti dell'uomo riguardo alla disciplina degli abusi di mercato, in *Giur. comm.*, 2014, I, 855 ss.; M. Ventoruzzo, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. Società*, 2014, 693 ss.; P. Costanzo - L. Trucco, *Il principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in *Consulta Online*, 851 ss.; G.M. Flick - V. Napoleoni, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal ne bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. AIC*, n. 3/2015; se si vuole, M. Allena, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*, in questa *Rivista*, 2014, 1053 ss.

(31) Secondo la nota impostazione kelseniana che, all'evidenza, costituisce uno dei principali sostrati teorici della elaborazione della Corte di Strasburgo relativa agli artt. 6 e 7 CEDU: cfr. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard, 1945, 269 ss.

(32) Sul punto si veda, se si vuole, M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., spec. 66 ss.

(33) Per un approfondimento aggiornato del tema cfr. F. Goisis, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 546 ss.

(34) Si noti che la tesi della estensione delle garanzie costituzionali di cui agli [artt. 25 e 27 Cost.](#) alle sanzioni amministrative di carattere afflittivo è stata proposta da tempo dalla dottrina amministrativistica: il riferimento è ai lavori di M.A. Sandulli, tra i quali, in particolare, il volume *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, e la voce *Sanzione -IV) Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1992, 7 ss. Tra i penalisti, cfr. P. Nuvolone, *depenalizzazione apparente e norme sostanziali*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1968, 63 ss., che già sottolineava come la nozione di "pena" ai sensi dell'art. 25, dovesse "superare i confini del diritto penale in senso stretto". Successivamente, la tesi è stata riproposta da M. Siniscalco, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1995.

(35) Più coerente era allora l'interpretazione, condivisa dalla stessa Corte costituzionale fino al 2010, che riteneva non applicabili alle sanzioni amministrative né [l'art. 25 Cost.](#), né [l'art. 27 Cost.](#), bensì [l'art. 23 Cost.](#), sulla base di un criterio formale di distinzione tra misure penali e misure amministrative: per tutti, cfr. A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983; nonché, C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, *ad vocem*.

(36) A norma del quale "La responsabilità penale è personale (...). Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato".

(37) Su questi profili cfr. F. Mazzacupa, *Nulla poena sine lege*, in G. Ubertis - F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 247 ss.

(38) La previsione dispone, al primo comma, che "Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa"; e, al secondo comma, che "Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa".

(39) Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 agosto 1997, ricorso n. 19958/92, par. 48: "It is a fundamental rule of criminal law that criminal liability does not survive the person who has committed the criminal act (...). In the Court's opinion, such a rule is also required by the presumption of innocence enshrined in Article 6 par. 2 of the Convention. Inheritance of the guilt of the dead is not compatible with the standards of criminal justice in a society governed by the rule of law. There has accordingly been a violation of Article 6 par. 2".

(40) Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 gennaio 2009, caso n. 75909/01, *Sud Fondi srl ed altri c. Italia*, par. 116.

(41) Cfr. Corte cost. 23-24 marzo 1988, n. 364, punto 8 del *Considerato in diritto*.

(42) Corte europea dei diritti dell'uomo 14 aprile 2015, ricorso n. 66655/13, *Contrada c. Italia*.

(43) Cfr. F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"*, in www.penalecontemporaneo.it, il quale rileva che, nel caso Contrada, "la condanna non piombò (...) come un fulmine da cielo sull'imputato; ma fu preceduta da vari

segni premonitori - in particolare, analoghe condanne o misure cautelari a carico di altri imputati per concorso esterno in associazioni mafiose o terroristiche - che egli ben conosceva o comunque che avrebbe potuto conoscere al momento dei fatti, e che avrebbero dovuto fargli insorgere quantomeno il dubbio sulla possibile rilevanza penale delle proprie condotte (...). Tali considerazioni sarebbero ampiamente bastate per escludere l'inevitabilità del suo errore sulla legge penale, al metro degli orientamenti giurisprudenziali consolidati in materia di [art. 5 c.p.](#) - la cui portata garantistica, per inciso, è prossima allo zero nella prassi giudiziaria italiana (...).

(44) Cfr., *ex multis*, Corte cost. 22 luglio 1994, n. 341 (richiamata anche dalla ordinanza in commento), punto 2 del *Considerato in diritto*, ove si legge: "la Corte ha maturato la convinzione che la finalità rieducativa della pena non sia limitata alla sola fase dell'esecuzione, ma costituisca 'una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue': tale finalità rieducativa implica pertanto un costante 'principio di proporzione' tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra (sentenza n. 313 del 1990; v. pure sentenza n. 343 del 1993, confermata dalla sentenza n. 422 del 1993)".

(45) Così, le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali le quali, secondo quanto precisato nel loro stesso Preambolo, pur non avendo valore di legge, "rappresentano un prezioso strumento di interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta". Per alcuni esempi di decisioni recenti nelle quali la Corte di Giustizia ha usato gli artt. 17 e 47 CDFUE come metro di giudizio e di interpretazione adeguatrice di norme nazionali attuative del diritto UE cfr. D. Tega, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in www.questionegiustizia.it. Sulle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'UE cfr., da ultimo, il saggio di G. della Cananea, *Le tradizioni costituzionali comuni prese sul serio*, in *Rivista di diritti comparati*, 7 marzo 2018, *Forum su "La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale"*.

(46) Cfr., tra le prime, Corte europea dei diritti dell'uomo 3 maggio 2001, caso n. 31827/96, *J.B. v. Switzerland*, in materia di sanzioni tributarie aventi natura penale ex art 6 CEDU, par. 64: "*Although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to remain silent and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 par. 1*".

(47) Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 11 giugno 2006, caso n. 54810/00, *Jalloh v. Germany*, par. 101: "*In examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination, the Court will have regard, in particular, to the following elements: the nature and degree of the compulsion, the existence of any relevant safeguards in the procedures and the use to which any material so obtained is put (see, for example, Tirado Ortiz and Lozano Martin v. Spain (dec.), no. 43486/98, ECHR 1999-V; Heaney and McGuinness, cited above, parr. 51-55; and Allan, cited above, par. 44)*".

(48) Nel caso di specie, la richiesta riguardava l'indicazione di chi fosse alla guida al momento del presunto illecito.

(49) Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 29 giugno 2007, casi nn. 15809/02 e 25624/02, *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*, par. 58. Per la evidenziazione di alcuni profili critici di tale pronuncia cfr. F. Zacché, *Nemo tenetur se detegere vs. obblighi da circolazione stradale di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, 1615 ss.

(50) Cfr., *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo dell'uomo 17 dicembre 1996, ricorso n. 19187/91, *Saunders v. the United Kingdom*, par. 68: "*The right not to incriminate oneself in particular presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right in question is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 par. 2 of the Convention*".

(51) Cfr. V. Grevi, *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 46 ss.; nonché, G. Illuminati, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 193, il quale rilevava: "La presunzione d'innocenza si



può ritenere rispettata con l'esclusione del dovere di rispondere all'interrogatorio [...]. Ciò implica che l'imputato non va considerato quale depositario di una verità da carpire ad ogni costo, ma è un organo di prova solo eventuale, che interviene nell'accertamento per libera scelta e nel proprio interesse esclusivo". Su questi profili cfr., inoltre, più di recente, P. Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 611 ss.

(52) [Dir. 2003/6/CE](#) del parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato).

(53) Reg. (UE) n. 598/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la [Dir. 2003/6/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione.

(54) Per un approfondimento con riguardo alle sanzioni a tutela della concorrenza cfr. M. Veenbrink, *The privilege against self-incrimination in EU competition law: a deafening silence?*, in *Legal issues of economic integration*, 2015, 119 ss.

(55) Alla medesima conclusione giunge B. Randazzo, *L' inversione della "doppia pregiudizialità" alla prova*, *supra*, pag. 368 ss., la quale peraltro ritiene che, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale ed europea sul diritto al silenzio, il riferimento al "chiunque" contenuto nell'art. 187 *quinquiesdecies* dovrebbe essere interpretato restrittivamente, ossia come non riferito anche al soggetto sottoposto alle indagini Consob, e che, dunque, la Corte di cassazione avrebbe potuto risolvere la questione in via interpretativa, senza necessità di sollevare, sul punto, la questione di legittimità costituzionale.

(56) Secondo quanto proposto anche da F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"*, cit.

(57) Cfr. Corte cost. n. 109 del 2017, punto 3.1. del *Considerato in diritto*, e le sentenze ivi richiamate.

(58) In tal senso Corte cost., n. 109 del 2017, punto 3.1. del *Considerato in diritto*, ove si legge che "nella sentenza n. 49 del 2015 questa Corte ha già escluso la correttezza dell'assunto secondo cui l'illecito amministrativo, che il legislatore distingue con ampia discrezionalità dal reato (sentenze n. 43 del 2017 e n. 193 del 2016), appena sia tale da corrispondere, in forza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ai criteri *Engel* di qualificazione della "pena", subirebbe l'attrazione del diritto penale dello Stato aderente, con conseguente saldatura tra il concetto di sanzione penale a livello nazionale e quello a livello europeo".

(59) Cfr. Corte cost. 10 gennaio 2017, n. 43, punto 3.4 del *Considerato in diritto*.

(60) Cfr. Corte cost. 7 aprile 2017, n. 68, punto 7 del *Considerato in diritto*: "il recepimento della CEDU nell'ordinamento giuridico si muove nel segno dell'incremento delle libertà individuali, e mai del loro detrimento (sentenza n. 317 del 2009), come potrebbe invece accadere nel caso di un definitivo assorbimento dell'illecito amministrativo nell'area di ciò che è penalmente rilevante".

(61) Un esempio di tale atteggiamento si rinviene, per es., da ultimo, nella pronuncia della Corte di Giustizia, Grande Sezione, 20 marzo 2018, causa C-537/16, in tema di *ne bis in idem* che, pur ammettendo che l'instaurazione di un procedimento amministrativo di natura penale ai sensi della CEDU nei confronti di una persona già condannata in via definitiva in sede penale per gli stessi fatti costituisce violazione dell'art. 50 della CDFUE, ha però riconosciuto agli Stati membri la facoltà di prevedere ipotesi di doppio binario sanzionatorio, sia pure con il limite della proporzionalità, "qualora tali procedimenti e tali sanzioni perseguano, ai fini del conseguimento di un simile obiettivo, scopi complementari riguardanti, eventualmente, aspetti diversi del medesimo comportamento illecito interessato".

Sommario: 1. Le fonti comunitarie. - 2. I principi costituzionali. - 3. L'art. 2087 c.c. come norma di chiusura del sistema. - 4. (Segue). I beni protetti dalla norma. - 5. (Segue). La natura e la portata dell'obbligo generale di sicurezza. - 6. (Segue). Il principio di massima sicurezza. - 7. Le responsabilità e i danni risarcibili. - 8. L'evoluzione della disciplina preventiva speciale. - 9. (Segue). Il d.lg. n. 81/2008: i principi comuni e i titoli speciali. - 10. Il campo applicazione oggettivo del d.lg. n. 81/2008. - 11. Il campo di applicazione soggettivo: la definizione di lavoratore, gli equiparati e i criteri di computo. - 12. La disciplina preventiva applicabile alle varie forme di prestazione di lavoro. - 13. La ripartizione degli obblighi tra i soggetti obbligati. - 14. L'individuazione del datore di lavoro privato. - 15. (Segue). Il datore di lavoro nei contesti societari. - 16. (Segue). Il datore di lavoro pubblico. - 17. Le definizioni di dirigenti e preposti. - 18. Il principio di effettività e l'esercizio di fatto dei poteri direttivi. - 19. Le misure generali di tutela. - 20. Le norme volontarie. Buone prassi, codici etici, contrattazione collettiva. - 21. Gli obblighi del datore di lavoro e del dirigente. - 22. La delega e la subdelega di funzioni. - 23. (Segue). Gli obblighi non delegabili. - 24. Gli obblighi dei preposti. - 25. Gli obblighi dei lavoratori. - 26. I progettisti, fabbricanti, fornitori, installatori. - 27. Il medico competente e la sorveglianza sanitaria. - 28. Il servizio di prevenzione e protezione. - 29. Le rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza e gli organismi paritetici. - 30. L'obbligo di valutazione dei rischi. - 31. (Segue). Le procedure di valutazione e la loro documentazione: il DVR. - 32. (Segue). Le procedure semplificate o standardizzate. - 33. Gli obblighi di informazione, formazione e addestramento. - 34. La gestione delle emergenze e la riunione periodica. - 35. Gli obblighi di prevenzione connessi ai contratti d'appalto, d'opera o di somministrazione. - 36. (Segue). I cantieri temporanei e mobili. - 37. (Segue). Gli appalti pubblici. - 38. I modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza sul lavoro. - 39. Il sistema istituzionale, il supporto alle imprese e l'interpello. - 40. L'apparato sanzionatorio, l'attività di vigilanza e la sospensione dell'attività imprenditoriale.

1. Le fonti comunitarie.

Il diritto della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro si è tradizionalmente caratterizzato per l'intrinseca interdisciplinarietà che lo connota, per l'articolato sistema delle fonti che lo innerva nonché per la stratificazione normativa che lo ha investito nel corso del tempo⁽¹⁾. Un ruolo decisivo nell'evoluzione della materia è da attribuirsi senz'altro all'influenza esercitata sul nostro ordinamento dall'intervento comunitario⁽²⁾. A prescindere dalle norme già contenute nei Trattati (artt. 151 e 156 TFUE), il vero cambio di passo si è avuto con l'adozione dell'Atto Unico europeo dell'1-7-1987, che ha previsto un'autonoma base giuridica per le direttive in materia preventiva unitamente ad una procedura più snella per l'adozione delle stesse (ora art. 153 TFUE). Sulla scorta di tali presupposti, il merito storico di aver individuato in termini sistematici misure generali volte a promuovere il miglioramento della sicurezza nei luoghi di lavoro, valide tutt'oggi, va attribuito alla direttiva quadro 89/391/CE cosiddetta direttiva madre, cui poi sono seguite direttive dedicate a specifici aspetti della materia, cosiddette direttive figlie⁽³⁾.

2. I principi costituzionali.

I principi contenuti nella Carta costituzionale rappresentano, al contempo, limiti di legittimità della legislazione preventiva nonché criteri interpretativi e applicativi della stessa. La Costituzione oltre ad assumere la tutela della persona e del lavoro quale cardine della sua più profonda ispirazione (artt. 1, 2, 4, 35), fornisce le fondamenta alla garanzia della salute e sicurezza nel nostro ordinamento (artt. 32 e 41). In particolare, l'art. 32 Cost. tutela la salute sia come diritto fondamentale dell'individuo sia come interesse della collettività⁽⁴⁾, che investe tanto i singoli quanto le formazioni sociali, penetrando specialmente nel rapporto di lavoro, stanti le peculiari nocività inevitabilmente connesse svolgimento delle attività lavorative⁽⁵⁾. Peraltro, la dizione salute - secondo le indicazioni dell'OMS riprese dal d.lg. n. 81/2008 (art. 2, 1° co., lett. o) - non va letta in senso restrittivo, come mera assenza di malattia o infermità, bensì in senso globale, come stato di completo benessere fisico, mentale e sociale. L'art. 41 Cost., a sua volta,

nell'affermare che l'iniziativa economica è libera, la sottopone a precisi limiti: essa in particolare non può svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (2° co.). Ciò implica che alla tutela della persona del lavoratore vada riconosciuta una primazia sulla libertà d'impresa⁽⁶⁾. L'art. 41 Cost., dunque, pur non imponendo limiti funzionali alla libera esplicazione dell'attività imprenditoriale, rappresenta un parametro di valutazione dei comportamenti delle imprese e fornisce il substrato al dovere di protezione della sicurezza. Va aggiunto che tra le finalità della disciplina preventiva (art. 1, 1° co., d.lg. n. 81/2008) vi è il rispetto dell'art. 117, 3° co., Cost., che ricomprende tra le materie di legislazione concorrente⁽⁷⁾ la stessa tutela e sicurezza del lavoro⁽⁸⁾. La competenza regionale pone una questione di ammissibilità di regole a carattere territoriale a fronte di esigenze protettive omogenee sul territorio nazionale⁽⁹⁾. La competenza statale ad ogni modo è decisamente prevalente, giacché ad essa possono ricondursi gli aspetti relativi: a) al rapporto individuale di lavoro (la cui disciplina rientra nell'ordinamento civile⁽¹⁰⁾; b) alla tutela collettiva della sicurezza; c) all'apparato sanzionatorio (art. 117, 2° co., lett. l). Peraltro la competenza concorrente delle Regioni, pur consentendo una deroga in melius degli standard statali (art. 8, 1° co., legge n. 13/2007), non deve tuttavia condurre ad un soverchio aggravamento degli stessi (ponendo altrimenti problemi di concorrenza tra imprese ubicate in Regioni diverse)⁽¹¹⁾. Infine, in base alla cosiddetta clausola di "cedevolezza" le disposizioni del d.lg. n. 81/2008 riguardanti ambiti di competenza delle Regioni si applicano solo laddove non sia intervenuta la normativa regionale (art. 1, 2° co.).

3. L'art. 2087 c.c. come norma di chiusura del sistema.

L'art. 2087 c.c. rappresenta tutt'oggi il vero perno attorno al quale ruota l'intero sistema posto a tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Tale norma stabilisce infatti che l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro ed ha avuto il merito storico di sancire nel diritto positivo un obbligo di sicurezza ampio e generale, ponendolo in capo all'imprenditore-datore di lavoro⁽¹²⁾. Invero, nonostante l'art. 2087 c.c. non sia ubicato formalmente tra le norme che regolano il rapporto di lavoro, l'obbligo di sicurezza in esso sancito entra a far parte a pieno titolo della trama negoziale del contratto di lavoro subordinato e si applica non solo agli imprenditori, ma a tutti i datori di lavoro, pubblici e privati⁽¹³⁾. È ancora dubbia⁽¹⁴⁾, invece, l'estensione di tale precetto normativo al di fuori dello stretto perimetro della subordinazione, per quanto non si vedano ormai ragioni plausibili per escluderla. Nel nostro sistema prevenzionistico l'art. 2087 c.c. non svolge solo il ruolo di norma di principio, ma conserva autonoma valenza precettiva⁽¹⁵⁾. Si tratta, infatti, di una norma generale e di chiusura del sistema⁽¹⁶⁾, che funge anche da criterio interpretativo della disciplina settoriale. In effetti, la norma generale e la disciplina speciale si pongono in un rapporto di reciproca specificazione e di vicendevole completamento.

4. (Segue). I beni protetti dalla norma.

L'art. 2087 c.c. assicura la tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore. Il riferimento a concetti così ampi ha consentito nel tempo che il ventaglio della tutela si estendesse al punto da ricomprendere qualsiasi atteggiamento pregiudizievole nei confronti della persona del lavoratore, in tutte le sue dimensioni, anche più recondite. Sul rapporto che lega il concetto di integrità fisica (che ricomprende al suo interno anche l'integrità psichica) e il concetto di salute (*supra* par. 2) si sono confrontate varie opinioni⁽¹⁷⁾. Tuttavia, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2087 c.c. non può che condurre ad completa identificazione tra i due beni. Il richiamo alla personalità morale, invece, amplia l'ambito di tutela ancor di più verso la dimensione relazionale⁽¹⁸⁾, avendo come referente i diritti inviolabili garantiti dall'art. 2 Cost., che fondano la tutela della dignità personale del lavoratore. È stato notato come tra tutela della salute e tutela della dignità del prestatore di lavoro esista una differenza sostanziale: nel primo caso vi è una dettagliata disciplina speciale posta ad integrazione della norma del codice civile (in particolare il d.lg. n. 81/2008), nel secondo caso manca una regolamentazione omogenea, posto che nell'ordinamento si rinvenivano solo alcuni frammenti di disciplina (tra cui le disposizioni contenute nel Tit. I, st. lav.), che regolano il rapporto di lavoro, limitando l'esercizio dei poteri datoriali⁽¹⁹⁾.

5. (Segue). La natura e la portata dell'obbligo generale di sicurezza.



L'art. 2087 c.c. circoscrive l'ampiezza dell'obbligo di sicurezza, sotto un profilo non solo quantitativo, ma anche qualitativo. In senso quantitativo impone l'adozione sia delle cosiddette misure tipiche (ossia stabilite espressamente da disposizioni di legge), sia delle misure cosiddette atipiche (vale a dire quelle generiche cautele di scienza, prudenza ed esperienza da individuarsi in base ai criteri generali che lo stesso art. 2087 c.c. fissa)⁽²⁰⁾. In senso qualitativo, inoltre, l'art. 2087 c.c. richiede che le stesse misure tipiche siano normalmente interpretate, concretamente adottate e costantemente aggiornate in omaggio ai medesimi canoni generali contenuti nella norma del codice. Pertanto - come è stato efficacemente notato - il catalogo delle misure di sicurezza non è predeterminato una volta per tutte, ma vi si possono ricondurre tutti gli adempimenti "scritti e non scritti", "presenti e futuri"⁽²¹⁾. In sintesi, tali misure vanno in concreto individuate mediante una lettura integrata⁽²²⁾ dei tre canoni contenuti nell'art. 2087 c.c.: a) la particolarità del lavoro; b) l'esperienza; c) la tecnica; i quali peraltro sono pedissequamente mutuati nella definizione di prevenzione contenuta nel d.lg. n. 81/2008 (art. 2, 1° co., lett. n)⁽²³⁾. È bene precisare che se il criterio della particolarità del lavoro può definirsi "interno", poiché attiene alla specifica organizzazione produttiva interessata; l'esperienza e la tecnica sono per definizione parametri "esterni", giacché si riferiscono in larga parte a conoscenze "extraziendali"⁽²⁴⁾. Il canone della particolarità del lavoro deve condurre ad adottare accorgimenti in base ai rischi e alle nocività specifici, insiti nell'ambiente di lavoro e nel tipo di lavorazione eseguita (sostanze, macchinari, ritmi di lavoro, etc.) che ne determinino la pericolosità in via diretta o indiretta⁽²⁵⁾. Questo criterio, ad ogni modo, non può interpretarsi in una chiave puramente soggettiva (legandolo all'esclusivo contesto della singola impresa interessata), ma deve in qualche modo oggettivarsi, ossia riferirsi a un ambiente standard che caratterizza una data tipologia di lavorazione. Con il parametro dell'esperienza si fa ovviamente riferimento ai fatti già accaduti, agli incidenti, o quasi incidenti, già verificatisi, ai pericoli già valutati, ai rimedi già adottati dimostrando la loro efficacia protettiva e preventiva, sia nella specifica organizzazione produttiva, sia in analoghi ambienti di lavoro. La concretezza di questi primi due parametri, più che ridimensionare, completa il terzo canone, relativo alla tecnica.

6. (Segue). Il principio di massima sicurezza.

In particolare, il criterio della tecnica impone l'incessante adeguamento dell'apparato preventivo aziendale ai progressi compiuti dell'evoluzione scientifica e dell'innovazione tecnologica, parlandosi in proposito di un vero e proprio principio di massima sicurezza tecnologica⁽²⁶⁾. A dire il vero tale principio non implica soltanto l'adozione delle innovazioni di carattere prettamente tecnico (inerenti ad esempio ad attrezzature, sostanze, macchinari, luoghi di lavoro), ma rende necessaria anche l'implementazione di accorgimenti organizzativi, produttivi e procedurali. Sul principio di massima sicurezza nel tempo si sono misurati, in estrema sintesi, due orientamenti⁽²⁷⁾: quello della massima sicurezza tecnologicamente possibile e quello della massima sicurezza ragionevolmente praticabile⁽²⁸⁾. Secondo il primo di essi, il datore di lavoro sarebbe tenuto ad adottare tutte le cautele preventive suggerite dalla tecnica e dalla scienza più evolute in un dato momento storico, ovvero quelle che risultino più idonee a garantire la salute e sicurezza dei lavoratori a prescindere da giudizi intorno alla concreta fattibilità ed al loro costo economico⁽²⁹⁾. È del tutto evidente che siffatto contenuto aperto dell'obbligazione di sicurezza tende a garantire senz'altro il miglior livello di tutela per i lavoratori, ma assegna al contempo un'ampia discrezionalità al giudice in una materia così delicata e contrassegnata dai pesanti risvolti penalistici, con il correlato rischio di disorientare il datore di lavoro tenuto all'adempimento nonché di vanificare l'utilità dell'articolata disciplina speciale dettata in materia preventiva⁽³⁰⁾. In considerazione di ciò, il secondo orientamento richiamato ritiene che il dovere del datore di lavoro abbia una portata più limitata, esaurendosi nell'adozione solo cautele generalmente praticate ed acquisite nei diversi settori interessati (c.d. standard di sicurezza)⁽³¹⁾. In tal modo si punta a realizzare un bilanciamento tra esigenze di protezione sottese alla normativa di sicurezza ed esigenze economico-produttive perseguite dall'impresa, ma si sconta l'effetto collaterale di concedere un incentivo alla "mediocrità" e di contribuire a un pericoloso abbassamento della soglia di tutela⁽³²⁾. A seconda dell'accoglimento dell'una o dell'altra prospettiva muta l'incidenza che la diffusione dei dispositivi di sicurezza ha sull'obbligo datoriale di aggiornamento dell'apparato preventivo: nella prima prospettiva si richiede la semplice disponibilità di una misura preventiva o protettiva sul mercato per renderla obbligatoria (best

available technology), nella seconda prospettiva, l'obbligatorietà si impone solo qualora tale misura oltre che disponibile sia anche accolta negli standard di produzione (best praticable technology). A ogni modo nessuno dubita che il datore di lavoro sia tenuto esclusivamente ad adeguarsi alle cautele che il progresso tecnico pone a sua disposizione e non viceversa a ricercare e/o sperimentare in proprio più avanzati sistemi di prevenzione. Al contempo, però, dovrebbe essere preclusa una delimitazione dell'obbligo stabilito dall'art. 2087 c.c. che sia animata dal solo scopo di ridurre i costi delle misure preventive: il tredicesimo considerando della direttiva-quadro (89/391/CEE), infatti, afferma chiaramente che il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute sul lavoro rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico. A ben vedere la secca alternativa tra varie formulazioni linguistiche del principio (massima sicurezza tecnologicamente o concretamente fattibile, praticabile o possibile) rischia di condurre a giudizi astratti o aprioristici. Pertanto, se è vero che l'art. 2087 c.c. dà luogo ad un'obbligazione, l'individuazione delle cautele preventive da adottarsi andrebbe parametrata secondo il criterio della diligenza qualificata ex art. 1176, 2° co., c.c. Il buon imprenditore, perciò, dovrebbe attenersi, nell'assolvimento del proprio obbligo di sicurezza, alle regole dettate dall'esperienza, dalla prudenza e dalla perizia⁽³³⁾, garantendo la massima sicurezza possibile, in base ai rimedi disponibili e praticabili, giacché ad impossibilia nemo tenetur⁽³⁴⁾.

7. Le responsabilità e i danni risarcibili.

La funzione assolta dall'art. 2087 c.c. è da tempo legata ad una concezione preventiva dell'obbligo di sicurezza, essendo definitivamente sganciata da approcci riduttivi, di monetizzazione del rischio o meramente risarcitori⁽³⁵⁾. Tuttavia, la norma resta fonte di posizioni giuridiche soggettive alla cui violazione conseguono varie forme di responsabilità: civili, penali⁽³⁶⁾, amministrative. Sul piano delle responsabilità civili⁽³⁷⁾, l'art. 2087 c.c. interseca il campo d'azione coperto dalla tutela assicurativa garantita dall'Inail, che implica peraltro i meccanismi di esonero della responsabilità datoriale o di recupero delle somme preventivamente erogate dall'istituto assicuratore⁽³⁸⁾. Conseguentemente la norma del codice civile agisce in via diretta solo in quei pochi settori in cui non opera l'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali, oppure per il risarcimento dei cosiddetti danni differenziali, non coperti sul piano assicurativo⁽³⁹⁾. Per quanto attiene alla natura delle posizioni giuridiche discendenti dall'art. 2087 c.c. - superata quella dottrina pubblicistica che riteneva la norma fonte di un dovere nei confronti dello Stato, da cui discendeva un mero interesse legittimo del lavoratore ed una responsabilità extracontrattuale del datore di lavoro⁽⁴⁰⁾- se ne è affermato da tempo il carattere privatistico-contrattuale⁽⁴¹⁾. Pertanto, secondo l'opinione comune, dall'art. 2087 c.c. discende una vera e propria obbligazione che dà luogo a un diritto soggettivo di credito dal lato del lavoratore (che si configura come pretesa di un ambiente sano ed esente da rischi) e ad una corrispondente prestazione del datore di lavoro (consistente nell'adozione di idonee misure preventive). Tuttavia, l'orientamento contrattualista si presenta variegato al suo interno. La dottrina maggioritaria propende per la natura autonoma e principale dell'obbligo preventivo⁽⁴²⁾, il quale si inserirebbe in via diretta all'interno del regolamento negoziale integrandolo ex art. 1374 c.c.⁽⁴³⁾. Dalla ricostruzione dell'obbligo di sicurezza in chiave contrattuale discendono una serie di significative conseguenze. In chiave preventiva, di fronte all'inadempimento del datore di lavoro, al lavoratore è riconosciuta la facoltà di sollevare l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c.⁽⁴⁴⁾, rifiutandosi di eseguire la prestazione (cfr. anche art. 44, 1° co., d.lg. n. 81/2008). Trattandosi principalmente (anche se non esclusivamente) di obblighi di facere, è invece assai problematica l'ammissibilità di una richiesta di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di sicurezza⁽⁴⁵⁾. Sul piano delle responsabilità è noto come la responsabilità contrattuale sia contrassegnata da un regime più vantaggioso per il lavoratore sia in ordine agli oneri probatori, sia in relazione al decorso dei termini prescrizione. Peraltro, la riconosciuta natura contrattuale della responsabilità esclude che essa possa configurarsi come una responsabilità di tipo oggettivo, necessitando sempre, ai fini dell'addebito, la prova della colpevolezza del datore di lavoro⁽⁴⁶⁾. La dottrina ha tra l'altro tentato di operare una sintesi tra le visioni pubblicistiche e privatistiche dell'obbligo prevenzionistico. Secondo la tesi della cosiddetta "natura bi frontale" dell'obbligo di sicurezza, esso avrebbe un unico centro passivo (il datore di lavoro), ma due soggetti attivi (creditori di tutela), ossia da un lato il prestatore d'opera, dall'altro lo Stato⁽⁴⁷⁾.

Pertanto, il diritto alla sicurezza si atterrebbe contemporaneamente a diritto della personalità, di natura legale, e diritto soggettivo, di origine contrattuale. Tale teoria trovava un riscontro sul versante giurisprudenziale, in quel filone, ormai minoritario, che tendeva a cumulare in capo al datore di lavoro i due tipi di responsabilità: contrattuale ed extracontrattuale⁽⁴⁸⁾. Allo stato il riconoscimento di una concorrente responsabilità extracontrattuale non avrebbe neppure più il vantaggio, ipotizzato in passato, di consentire il risarcimento di danni altrimenti irrisarcibili, stante il limite dei vantaggi connessi secondo un criterio di normalità della prestazione (art. 1225 c.c.)⁽⁴⁹⁾. Invero i più recenti orientamenti giurisprudenziali hanno ammesso la piena risarcibilità dei danni non patrimoniali anche per via contrattuale⁽⁵⁰⁾. È bene chiarire che la condotta negligente, imprudente o imperita del dipendente, sebbene possa determinare il ricorrere di un concorso di colpa, nondimeno - per quanto si possa cogliere un qualche primo ripensamento nella giurisprudenza più recente⁽⁵¹⁾ - è in grado di interrompere il nesso di causalità ed esimere il datore di lavoro dalle sue responsabilità solo in ipotesi eccezionali⁽⁵²⁾. Perché ciò accada, infatti, è necessario il ricorrere di una duplice circostanza: a) che il datore di lavoro abbia adempiuto correttamente tutti i suoi obblighi preventivi; b) che il comportamento del lavoratore possa considerarsi del tutto inopinabile, abnorme, eccezionale o imprevedibile, fuoriuscendo completamente dall'esecuzione della prestazione⁽⁵³⁾ oppure integrando il mancato rispetto delle direttive, degli ordini e delle istruzioni ricevuti, ma sempre che, in tal caso, anche l'inosservanza possa ritenersi eccezionale, imprevedibile e non tollerata⁽⁵⁴⁾.

8. L'evoluzione della disciplina preventiva speciale.

In origine fu la legge n. 80/1998 che, nell'introdurre l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, consentì l'emanazione dei primi timidi decreti preventivi⁽⁵⁵⁾, ma solo nei primi anni '50 del secolo scorso furono adottati i celeberrimi decreti presidenziali⁽⁵⁶⁾ che diedero corpo a un'estesa disciplina di carattere tecnico. In seguito il d.lg. n. 626/1994, attuando la direttiva quadro europea (*supra* par. 1) e altre 7 direttive particolari, determinò una sorta di "rivoluzione copernicana"⁽⁵⁷⁾ del sistema, pur senza abrogare l'intera legislazione previgente.

9. (Segue). Il d.lg. n. 81/2008: i principi comuni e i titoli speciali.

In attuazione dell'art. 1 della legge n. 123/2007⁽⁵⁸⁾ è stato adottato il d.lg. n. 81/2008, poi corretto e integrato dal d.lg. n. 106/2009⁽⁵⁹⁾ e da continui interventi successivi⁽⁶⁰⁾. Il d.lg. n. 81/2008 riassume, non tutte⁽⁶¹⁾, ma la maggior parte delle disposizioni previgenti, dando corpo, sebbene non formalmente, ad una sorta di testo unico della materia. Esso rappresenta un corpus normativo imponente (306 articoli, 13 Titoli, 51 allegati). I principi fondamentali della materia, tuttavia, sono contenuti nel Tit. I; mentre Titoli successivi cosiddetti tecnici (dal II all'XI) ripropongono, al più con alcune modifiche, quanto già previsto nelle discipline previgenti.

10. Il campo applicazione oggettivo del d.lg. n. 81/2008.

Il campo di applicazione oggettivo del d.lg. n. 81/2008 è estremamente esteso preconizzando una sorta di vocazione universalistica della tutela⁽⁶²⁾. Esso è definito dall'art. 3, 1° co., secondo cui tale decreto si applica in via generale a tutti i settori di attività, privati e pubblici, e a tutte le tipologie di rischio. È tuttavia contemplata una normativa di adeguamento della disciplina generale mediante l'emanazione di decreti ministeriali per un esteso catalogo di pubbliche amministrazioni (ad es. Forze armate e di Polizia) e non solo (art. 3, 2° co.)⁽⁶³⁾. Per gli altri settori, in attesa di regolamentazioni integrative, continuano ad applicarsi le discipline attuative del d.lg. n. 626/1994⁽⁶⁴⁾ (art. 3, 3° co., d.lg. n. 81/2008).

11. Il campo di applicazione soggettivo: la definizione di lavoratore, gli equiparati e i criteri di computo.

Agli effetti dell'art. 2, lett. a), d.lg. n. 81/2008, per lavoratore deve intendersi la persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato. Una nozione ampia, dunque, tale da ricomprendere chiunque si trovi inserito funzionalmente all'interno di un'organizzazione lavorativa. Al lavoratore così definito è peraltro equiparata un'ampia serie di soggetti: il socio lavoratore di cooperativa⁽⁶⁵⁾ o di società⁽⁶⁶⁾; il tirocinante; l'allievo degli istituti d'istruzione e universitari; i Lsu⁽⁶⁷⁾, etc. In definitiva il d.lg. n. 81 si applica a tutti i lavoratori e lavoratrici,

subordinati e autonomi, nonché ai soggetti ad essi equiparati (art. 3, 4° co.). Infine, l'art. 4 individua tassativamente le tipologie di contratti di lavoro non computabili là dove il d.lg. n. 81/2008 prevede soglie dimensionali di applicazione.

12. La disciplina preventiva applicabile alle varie forme di prestazione di lavoro.

Alla dichiarata estensione onnicomprensiva del campo soggettivo di applicazione del d.lg. n. 81/2008, fa da contraltare la previsione dell'art. 3, 4° co., secondo cui sono fatte salve le eccezioni e le limitazioni stabilite nei successivi commi⁽⁶⁸⁾. E così nel contratto di somministrazione, disciplinato ormai dal d.lg. n. 81/2015⁽⁶⁹⁾, è confermata la "scissione" del debito di sicurezza: all'utilizzatore vengono accollati tutti gli obblighi di prevenzione e protezione cui è tenuto nei confronti dei propri dipendenti⁽⁷⁰⁾, mentre all'agenzia somministratrice viene riservato l'obbligo di informazione sui rischi per la sicurezza connessi alle attività produttive in generale, nonché quello di formazione e addestramento all'uso delle specifiche attrezzature di lavoro (art. 34, 5° co.); obblighi quest'ultimi che possono comunque essere trasferiti in via negoziale all'utilizzatore. Nel distacco di lavoratori (ex art. 30, d.lg. 276/2003) gli obblighi di prevenzione e protezione sono posti interamente in capo al distaccatario⁽⁷¹⁾, fatto salvo l'obbligo di informare e formare il lavoratore sui rischi generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per le quali è stato distaccato (art. 3, 6° co., d.lg. n. 81/2008). Per il personale delle pubbliche amministrazioni che presta servizio in regime di comando, invece, gli obblighi preventivi sono interamente a carico dell'ospitante. Per i rapporti di lavoro parasubordinato, tutt'ora ammissibili⁽⁷²⁾, si applica integralmente il d.lg. n. 81/2008 solo ove la prestazione si svolga all'interno dei locali del committente (art. 3, 7° co.). Restano fuori da qualsiasi tutela, invece, i collaboratori "esterni", cui potrebbe estendersi tuttavia l'art. 2087 c.c. Ai lavoratori autonomi ex art. 2222 c.c. si applicano le disposizioni di cui agli artt. 21 e 26 d.lg. n. 81/2008 (art. 3, 11° co.)⁽⁷³⁾. L'art. 26 (*infra* par. 35) si riferisce solo ad attività intraziendali, mentre l'art. 21 - che prevede in capo ai lavoratori autonomi sia obblighi sia facoltà - ha un'applicazione generale. Quest'ultima norma si estende inoltre ai componenti dell'impresa familiare ex art. 230 bis c.c., ai soci delle società semplici operanti nel settore agricolo, ai coltivatori diretti del fondo, agli artigiani ed ai piccoli commercianti (art. 3, 12° co.) nonché a particolari tipologie di volontari (cfr. art. 3, co. 12 bis). Il d.m. 13.4.2011, attuando l'art. 3, co. 3 bis, d.lg. n. 81/2008, individua poi particolari modalità di attuazione del d.lg. n. 81/2008 nei confronti delle cooperative sociali ex legge n. 381/1991, e di alcune organizzazioni di volontariato⁽⁷⁴⁾. Rispetto al lavoro accessorio, prima che intervenisse la sua recente abrogazione⁽⁷⁵⁾, l'applicazione integrale della normativa in materia di sicurezza era prevista solo ove la prestazione si svolgesse a favore di un committente imprenditore o professionista⁽⁷⁶⁾. Per il lavoro a domicilio (legge n. 877/1973) il datore di lavoro ha obblighi di informazione e formazione (artt. 36 e 37 d.lg. n. 81/2008) e deve fornire i dispositivi di protezione individuale e attrezzature conformi al Tit. III (art. 3, 9° co.). Per i telelavoratori subordinati impiegati sia nel settore pubblico (d.p.r. 70/1999) sia nel privato (a.i. 9-6-2004), si prevede un'articolata disciplina, contenuta nell'art. 3, 10° co., d.lg. n. 81/2008. In ordine al lavoro agile (c.d. smart working), di recente introduzione⁽⁷⁷⁾, si prevede che il datore di lavoro debba fornire al lavoratore un'informativa annuale scritta sui rischi connessi alle particolari modalità della prestazione e che il lavoratore sia tenuto ad assicurare la propria cooperazione all'attuazione delle misure di prevenzione. Per alcuni lavoratori stagionali impiegati in agricoltura il d.l. 27-3-2013, attuando l'art. 3, 13° co., ha previsto semplificazioni in tema di sorveglianza sanitaria, informazione e formazione. Ulteriore semplificazione viene preconizzata - ma non ancora attuata - sia per le imprese agricole che per le imprese di piccole dimensioni (art. 3, co. 13 ter). Il lavoro domestico, invece, è escluso⁽⁷⁸⁾ dal campo applicativo del d.lg. n. 81/2008 e se in passato l'esclusione era compensata da norme protettive abrogate⁽⁷⁹⁾, oggi la tutela emerge solo dall'art. 6, l. 339/1958 e dall'art. 2087 c.c.

13. La ripartizione degli obblighi tra i soggetti obbligati.

Giacché il singolo imprenditore raramente ha il totale controllo delle complesse organizzazioni produttive moderne, il legislatore ha inteso legalizzare il sistema di ripartizione di competenze interno alle imprese dando vita ad un cosiddetto modello collaborativo non più incentrato sul solo datore di lavoro, bensì contrassegnato dalla partecipazione di molteplici attori della prevenzione⁽⁸⁰⁾. In particolare, la disciplina prevenzionistica ha responsabilizzato tutti i soggetti

della cosiddetta "line" aziendale, attraverso una distribuzione a "cascata" degli obblighi di sicurezza che conduce ad una quadripartizione degli stessi tra datore di lavoro, dirigenti, preposti e lavoratori⁽⁸¹⁾. Allo scopo di innalzare la soglia di tutela il d.lg. n. 81/2008: a) prevede la presenza di professionalità adeguate, onde sopperire a presumibili carenze datoriali (medico competente e RSPP); b) valorizza i diritti di partecipazione collettiva; c) responsabilizza coloro che contribuiscono a conformare l'ambiente lavorativo (progettisti, costruttori, etc.). Infine, si consente al datore di lavoro di delegare suoi obblighi ad altri soggetti, fermo restando che la posizione del delegato si distingue da quella degli obbligati iure proprio⁽⁸²⁾ poiché: a) i primi rispondono a titolo derivativo e i secondi originario; b) gli obblighi dei primi sono fissati dal datore di lavoro con l'atto di delega mentre quelli dei secondi sono legalmente predeterminati; c) la posizione dei primi ha effetto liberatorio nei confronti del datore di lavoro mentre la posizione dei secondi si cumula con essa⁽⁸³⁾.

14. L'individuazione del datore di lavoro privato.

L'individuazione delle persone fisiche che agiscono quali attori del sistema preventivo è imprescindibile perché, come noto, le responsabilità penali (in questo caso connesse agli obblighi sicurezza) sono strettamente personali (art. 27 Cost.). Se nelle strutture organizzative semplici, come un'impresa individuale, il datore di lavoro coincide tendenzialmente col titolare della stessa, in alcune organizzazioni lavorative complesse (si pensi al grande gruppo societario) può essere complicato individuare la persona, o le persone fisiche, che assumono tale ruolo⁽⁸⁴⁾. A tal fine l'art. 2, 1° co., lett. b) del d.lg. n. 81/2008 detta una definizione secondo cui per datore di lavoro deve intendersi il soggetto titolare del rapporto di lavoro o, in alternativa, il soggetto che comunque, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa. Il datore di lavoro dunque è definito mediante due criteri concorrenti: a) l'uno di carattere formale (c.d. datore di lavoro in senso lavoristico); b) l'altro di carattere sostanziale⁽⁸⁵⁾ (c.d. datore di lavoro in senso prevenzionale). Per unità produttiva si intende lo stabilimento o struttura finalizzati alla produzione di beni o all'erogazione di servizi, dotati di autonomia finanziaria e tecnico funzionale. Il riferimento all'organizzazione lavorativa - rinvenibile anche nella definizione di azienda⁽⁸⁶⁾ - allude ad un concetto ampio e adattabile alla varietà di strutture nelle quali si presta un'attività lavorativa (comitati, fondazioni, etc.)⁽⁸⁷⁾. La possibilità di distinguere, accanto al datore formale (titolare del rapporto) e sostanziale (titolare dei poteri), il cosiddetto datore di lavoro di fatto (gestore dei poteri) perde oggi rilievo poiché il d.lg. n. 81/2008 non si riferisce più alla titolarità dei poteri, bensì al loro esercizio⁽⁸⁸⁾. Affinché l'esercizio dei poteri assuma rilevanza, peraltro, deve avvenire prima e non dopo il verificarsi di un evento infortunistico e non deve essere meramente occasionale⁽⁸⁹⁾. Riassuntivamente la definizione di datore di lavoro comporta la scissione della figura in più centri di imputazione: a) il titolare del rapporto di lavoro; b) il responsabile dell'organizzazione lavorativa; c) il responsabile dell'unità produttiva. Secondo un orientamento il titolare formale del rapporto di lavoro non cesserebbe di essere garante della sicurezza anche in presenza di un datore sostanziale, sicché in tal caso l'obbligo si addosserebbe integralmente su entrambi⁽⁹⁰⁾. Nonostante questa ricostruzione sia probabilmente animata dall'intento di estendere lo spettro della tutela, è tuttavia agevole notare come i requisiti d'individuazione non sono cumulabili bensì alternativi; il che si evince tanto dal dato letterale della norma (stante l'utilizzo della disgiuntiva "o") quanto dalla sua ispirazione. La duplice definizione di datore di lavoro, infatti, non mira a individuare più soggetti tenuti ad una garanzia solidale, bensì ad identificare l'unico soggetto tenuto ad adempiere l'obbligo preventivo. In sostanza, se il criterio formale tende ad escludere ipotesi di mancata identificazione dell'obbligato e di denegata tutela, quello sostanziale - pur rischiando di favorire slittamenti di responsabilità verso il basso o fenomeni di frammentazione delle scelte preventive - mira tuttavia a scongiurare attribuzioni fittizie di responsabilità. E tra i due criteri dovrebbe prevalere quello sostanziale, come si desumere dall'avverbio "comunque" utilizzato nella definizione⁽⁹¹⁾. Pertanto appare discutibile l'idea secondo cui l'estensione della garanzia di un soggetto preposto all'unità produttiva vada commisurata all'ampiezza dei suoi poteri (considerandolo solo parzialmente datore di lavoro), tanto da far residuare la restante porzione di obbligo in capo a chi - ad esempio un superiore gerarchico - trattienga alcuni poteri⁽⁹²⁾. È indubbio che onde individuare i centri di responsabilità nel contesto aziendale occorre avere

riguardo alla concreta ripartizione dei compiti assumendo un atteggiamento quanto più lontano dal formalismo; tuttavia un soggetto per considerarsi datore di lavoro deve essere un "plenipotenziario"⁽⁹³⁾. Nelle ipotesi in cui viceversa non abbia tutti i poteri necessari all'adozione delle misure preventive assumerà eventualmente il ruolo di dirigente, rimanendo l'individuazione del datore di lavoro ancorata al criterio formale. È da dire semmai che la definizione normativa non chiarisce quale debba essere il grado di autonomia decisionale e di spesa richiesta affinché ad un soggetto possa attribuirsi la qualifica datoriale. Un'interpretazione eccessivamente rigorosa⁽⁹⁴⁾ condurrebbe a non poter ritenere datore di lavoro neppure un soggetto considerato tale dalla stessa definizione normativa, ossia il preposto ad una unità produttiva dotata di autonomia finanziaria. È bene inoltre chiarire che il responsabile dell'unità produttiva assume la qualifica di datore di lavoro a titolo originario e non è rigoroso parlare di datore di lavoro delegato⁽⁹⁵⁾.

15. (Segue). Il datore di lavoro nei contesti societari.

Nelle organizzazioni complesse (società, cooperative⁽⁹⁶⁾, il datore di lavoro in senso formale coincide con il legale rappresentante al quale si imputano i rapporti⁽⁹⁷⁾. Il criterio formale deve, però, accompagnarsi a quello sostanziale⁽⁹⁸⁾ e la loro reciproca combinazione dà luogo ad una variegata casistica. Nelle società di persone, ad esempio, l'obbligo grava su tutti i soci, poiché titolari in via congiuntiva dei poteri di gestione, salvo che sia intervenuta una delega amministrativa, essendo in tal caso obbligati i titolari della stessa⁽⁹⁹⁾. In ordine all'individuazione del datore di lavoro nelle società di capitali sussistono invece maggiori incertezze, tanto che si è sostenuto, in un florilegio di alternative, che tale figura possa coincidere: o con l'intero consiglio di amministrazione, o con il presidente del consiglio, o con l'amministratore delegato, o con l'amministratore al quale siano state attribuite funzioni di garante della sicurezza⁽¹⁰⁰⁾, oppure ancora con il direttore generale e altre figure affini⁽¹⁰¹⁾. Invero, i membri del consiglio di amministrazione, essendo tale organo pieno titolare del potere gestionale, possono considerarsi tutti ab origine "datore di lavoro". Con la delega societaria, tuttavia, si provvede ad una rimodulazione delle competenze interne al consiglio stesso, che non può essere ignorata ai fini dell'addebito delle responsabilità. Pertanto, laddove si tratti di una delega organizzativa piena, essa può ritenersi idonea a individuare un datore di lavoro, nondimeno perdurando un obbligo di vigilanza in capo al consiglio di amministrazione⁽¹⁰²⁾.

16. (Segue). Il datore di lavoro pubblico.

Secondo la definizione dell'art. 2, lett. b), per datore di lavoro pubblico⁽¹⁰³⁾ deve intendersi il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa⁽¹⁰⁴⁾. In caso di omessa individuazione, o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice⁽¹⁰⁵⁾. Anche per individuare il datore di lavoro pubblico occorrerà in ogni caso far riferimento in concreto all'organigramma dell'amministrazione interessata⁽¹⁰⁶⁾. Va chiarito, da un lato, che l'atto di individuazione del datore di lavoro pubblico è un atto di natura organizzativa (quindi un atto amministrativo in senso stretto e non un mero atto gestionale) e, dall'altro lato, che per organo di vertice deve intendersi il vertice politico elettivo e non il vertice amministrativo⁽¹⁰⁷⁾. Infine, bisogna dar conto del fatto che gli interventi preventivi di ordine strutturale e manutentivo nei locali e negli uffici delle p.a. restano a carico delle amministrazioni interessate, mentre i dirigenti e i funzionari preposti agli stessi, anche qualora assumano la veste di datore di lavoro, possono assolvervi con una semplice richiesta di adempimento rivolta al soggetto competente (art. 18, 3° co., d.lg. n. 81/2008)⁽¹⁰⁸⁾.

17. Le definizioni di dirigenti e preposti.

Le figure del dirigente e del preposto hanno assunto tradizionalmente un ruolo cardine nell'organizzazione del sistema aziendale di sicurezza, tuttavia solo il d.lg. n. 81/2008 ne ha fornito una definizione normativa, che però accoglie in larga parte l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale consolidatasi precedentemente. Il dirigente è la persona che attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa (art. 2, c. 1, lett. d).

Questi, dunque, è il principale collaboratore del datore di lavoro (*alter ego*), chiamato a organizzare l'attività lavorativa adottando le direttive di politica aziendale impartite dal datore di lavoro⁽¹⁰⁹⁾. Per assolvere tali compiti è necessario che il dirigente sia caratterizzato da un elevato grado di professionalità ed autonomia, tanto da poter condividere, quasi per intero obblighi e responsabilità datoriali (*infra* par. 21). All'omogeneità di compiti tra datore e dirigente (di tipo organizzativo) corrisponde la disomogeneità con le funzioni del preposto (che rivestono viceversa carattere esecutivo). Il dirigente, dunque, non è tenuto ad un controllo diretto sull'andamento giornaliero delle lavorazioni, ma ha l'obbligo di garantire una vigilanza di ordine generale⁽¹¹⁰⁾. La figura dirigenziale si distingue, peraltro, da quella datoriale non tanto per la mancanza di poteri decisionali e di spesa, quanto perché il dirigente non li esercita in autonomia e misura tali da potersi considerare responsabile delle strategie gestionali dell'impresa o dell'intera organizzazione lavorativa⁽¹¹¹⁾. Ad ogni buon conto, l'ampiezza del ruolo dirigenziale andrà sempre parametrata al criterio delle competenze e attribuzioni riconosciute (art. 18, 1° co.) nonché delle competenze professionali e dei poteri gerarchici e funzionali posseduti (art. 2, 1° co., lett. c). Di conseguenza, va escluso che tra i dirigenti in senso prevenzionistico possano annoverarsi quei soggetti apicali, ad esempio del settore amministrativo, commerciale o contabile, che non esercitino concretamente funzioni che attengono alla sicurezza⁽¹¹²⁾. Pertanto, l'individuazione della figura del dirigente in senso prevenzionistico prescinde dal possesso dell'omonima qualifica in senso lavoristico ex art. 2095 c.c., potendo essere concretamente rivestita anche da quei dipendenti che, pur ricoprendo altre qualifiche (ad esempio di quadri o impiegati), svolgano, anche di fatto, funzioni decisionali collocate appena al di sotto di quelle datoriali⁽¹¹³⁾. Addirittura è possibile considerare dirigente un soggetto formalmente estraneo all'organigramma aziendale, laddove, in base ad alcuni indici sintomatici, possa dimostrarsi che abbia svolto concretamente funzioni di natura dirigenziale⁽¹¹⁴⁾. In buona sostanza, per l'individuazione del dirigente si richiede un'indagine centrata sulla concreta organizzazione aziendale e guidata dal principio di effettività, essenziale specie nelle grandi imprese, in cui la visione del dirigente come *alter ego* ha perso attendibilità, assistendosi al moltiplicarsi delle figure dirigenziali collocate a diversi livelli, tra le quali si pone un problema di suddivisione dei compiti. Il preposto invece è la persona che sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa (art. 2, 1° co., lett. e)⁽¹¹⁵⁾. Si tratta di una figura tipica, rinvenibile nel solo sistema prevenzionistico. Anch'egli, al pari del dirigente, potrà svolgere queste funzioni in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli⁽¹¹⁶⁾. Pertanto anche in questo caso si applica il principio di effettività: l'attribuzione di compiti e responsabilità è diretta conseguenza dell'esercizio di una porzione di potere all'interno dell'azienda⁽¹¹⁷⁾. Generalmente assumono la posizione di preposto il capo reparto, il capo ufficio, il capo squadra, il capo cantiere, il capo officina, etc.⁽¹¹⁸⁾. In definitiva il preposto rappresenta una sorta di anello di congiunzione tra vertici aziendali e lavoratori: dai primi riceve le direttive da attuare, ai secondi rivolge l'attività di controllo (tanto da potersi ritenere l'*occhio* del datore di lavoro o del dirigente sul luogo di lavoro⁽¹¹⁹⁾). Egli, dunque, non deve adottare misure di sicurezza, ma deve sovrintendere alle lavorazioni affinché quelle misure siano osservate dai lavoratori, avvalendosi a tale scopo dei poteri coercitivi e disciplinari di cui dispone. In conclusione la ripartizione delle competenze può sintetizzarsi secondo il seguente schema: a) il datore di lavoro detta gli indirizzi; b) il dirigente li attua; c) il preposto vigila sull'esecuzione degli stessi⁽¹²⁰⁾.

18. Il principio di effettività e l'esercizio di fatto dei poteri direttivi.

L'art. 299 d.lg. n. 81/2008 attribuisce veste formale al principio di effettività, regolando espressamente l'esercizio di fatto di poteri direttivi. Tale norma infatti stabilisce che le posizioni di garanzia del datore di lavoro, del dirigente e del preposto, gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti⁽¹²¹⁾. È stato acutamente notato come il d.lg. n. 81/2008, pur senza smentirlo, sia andato in realtà oltre il principio di effettività, lanciando segnali in direzione contraria all'approccio sostanzialista e in favore della identificazione formale dei garanti della sicurezza. Il che può cogliersi tanto nell'obbligo di formazione nei confronti di dirigenti e preposti (art. 37,

7° co.) quanto nell'indicazione dell'organigramma di sicurezza nel DVR (art. 28, 2° co., lett. d)⁽¹²²⁾.

19. Le misure generali di tutela.

Nella parte dedicata alla gestione della prevenzione nei luoghi di lavoro, l'art. 15, d.lg. n. 81/2008⁽¹²³⁾ contiene un esteso elenco di misure generali di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, che specificano l'obbligo generale stabilito dall'art. 2087 c.c.⁽¹²⁴⁾. Si tratta di indicazioni metodologiche e di principio⁽¹²⁵⁾ (tra le quali spicca l'eliminazione del rischio e, ove non sia possibile, la sua riduzione al minimo) che debbono informare l'intero sistema preventivo aziendale e che non svolgono solo il ruolo di "manifesto" delle misure preventive, ma forniscono altresì i criteri interpretativi degli obblighi contenuti nelle disposizioni successive.

20. Le norme volontarie. Buone prassi, codici etici, contrattazione collettiva.

Onde stimolare la diffusione della cultura prevenzionistica, il d.lg. n. 81/2008, oltre agli obblighi di sicurezza, introduce delle disposizioni di carattere promozionale e volontario - in particolare le norme di buona tecnica e le buone prassi (art. 2, 1° co., lett. u e v) - che non impongono l'adeguamento forzoso del destinatario. È bene chiarire che tali norme, pur non vincolanti in sé, finiscono tuttavia per divenire criterio di valutazione della conformità ai precetti normativi dei comportamenti dei destinatari, giacché sono richiamate in più occasioni all'interno del d.lg. n. 81/2008⁽¹²⁶⁾; senza considerare che esse divengono vincolanti in conseguenza del potere di disposizione attribuito agli organi di vigilanza (art. 302 bis). La Commissione consultiva permanente (*infra* par. 39) deve poi valorizzare sia gli accordi sindacali sia i codici di condotta ed etici, adottati su base volontaria (art. 6, 8° co., lett. h). La contrattazione collettiva - cui il d.lg. n. 81/2008 opera numerosi rinvii, soprattutto in tema di RLS - può affiancarsi alle buone prassi ed ai codici di condotta o favorirne la creazione⁽¹²⁷⁾.

21. Gli obblighi del datore di lavoro e del dirigente.

Gli obblighi attribuiti al datore di lavoro e al dirigente coincidono tra loro, essendo definiti in un lungo catalogo articolato nella medesima norma: l'art. 18. Essi peraltro si distinguono da quelli del preposto, elencati nel successivo articolo, cosa che in senso speculare avviene anche sotto il profilo sanzionatorio (artt. 55 e 56). Ai sensi dell'art. 18, co. 3 bis, il datore di lavoro e il dirigente sono tenuti, oltre che al rispetto degli obblighi che gravano su di loro in via diretta, a vigilare sull'adempimento degli obblighi che incombono sugli altri soggetti coinvolti nella tutela della sicurezza (preposti, lavoratori, progettisti, fabbricanti, ecc.). Datore di lavoro e dirigente - oltre che per culpa in vigilando⁽¹²⁸⁾ - possono altresì rispondere delle violazioni generate dall'inadeguatezza dei soggetti da loro individuati a titolo di culpa in eligendo. Tuttavia va posto in luce come il dirigente non sia tenuto ad adeguarsi supinamente alle disposizioni impartite dal datore di lavoro, soprattutto qualora esse si pongano in contrasto con la disciplina preventiva⁽¹²⁹⁾.

22. La delega e la subdelega di funzioni.

La delega di funzioni è l'atto giuridico col quale il datore di lavoro, delegante, trasferisce i propri obblighi preventivi in capo ad un altro soggetto, delegato. Si tratta di un istituto controverso⁽¹³⁰⁾ perché da una parte implica il rischio di deresponsabilizzazione dei vertici mediante "slittamento" degli oneri preventivi sugli infimi gradini della gerarchia aziendale, ma d'altra parte rappresenta uno strumento indispensabile - soprattutto laddove il datore di lavoro è materialmente distante dalle fonti di rischio - onde garantire l'efficace adozione delle cautele preventive ed esorcizzare le cosiddette responsabilità da posizione. Il conferimento della delega di funzioni: a) agisce solo sul piano delle responsabilità penali, mentre non esonera il datore di lavoro dalle responsabilità civili (artt. 2049 e 1228 c.c.); b) si distingue dall'incarico di esecuzione⁽¹³¹⁾, poiché quest'ultimo, non avendo efficacia traslativa e liberatoria, è un mero strumento attraverso cui l'obbligato garantisce l'adempimento attribuendone la fase esecutiva a terzi privi di poteri; c) implica, avendo ad oggetto un trasferimento di funzioni, che sia stato già individuato il datore di lavoro che tali funzioni eserciti a titolo originario; d) si distingue dalla delega organizzativa (ad esempio societaria)⁽¹³²⁾. In breve il discrimine tra delega di funzioni e atto di individuazione di datori di lavoro a titolo originario sta nella natura dei poteri trasferiti (nel primo caso prevenzionistici, nel secondo gestionali) e nel ruolo residuo del trasferente (nel primo caso conserva la gestione aziendale, nell'altro si spoglia di essa)⁽¹³³⁾. L'art. 16 del d.lg. n.

81/2008, regolando per la prima volta sul piano normativo la delega di funzioni, prevede che essa possa essere conferita dal datore di lavoro in tutti i casi in cui non sia espressamente esclusa, nel rispetto di una serie di limiti e condizioni che perseguono esigenze di certezza, conoscibilità ed effettività, mirando a scongiurare deleghe fittizie. I requisiti⁽¹³⁴⁾ della delega possono distinguersi in soggettivi (che riguardano tanto il delegante quanto il delegato) e oggettivi. Per quanto riguarda i requisiti soggettivi del delegante, l'art. 16 attualmente limita la facoltà di concessione al solo datore di lavoro⁽¹³⁵⁾, sia privato che pubblico⁽¹³⁶⁾, ove in passato si ammetteva anche per altre figure (dirigenti o preposti). Il delegato deve possedere tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla natura delle funzioni delegate. La sussistenza di tali requisiti - il cui difetto dà luogo a culpa in eligendo del delegante⁽¹³⁷⁾- andrà valutata ex ante, rispetto conferimento dell'incarico⁽¹³⁸⁾ e deve intendersi non solo come possesso di titoli formativi, bensì come competenza concretamente acquisita⁽¹³⁹⁾. Viceversa si discute se il delegato debba possedere capacità uguali o superiori a quelle del datore di lavoro⁽¹⁴⁰⁾. Invero l'art. 16 pretende giustamente il possesso di competenze commisurate agli obblighi oggetto di trasferimento, ogni riferimento al datore di lavoro è fuorviante giacché la norma non ha una finalità sostitutiva del delegante bensì satisfattiva dell'adempimento delegato. Inoltre la delega può attribuirsi tanto a soggetti interni all'organizzazione lavorativa (come il dirigente), quanto a soggetti esterni alla stessa⁽¹⁴¹⁾, in modo da acquisire competenze assenti nel contesto aziendale. È controverso, invece, che possa conferirsi una delega al preposto⁽¹⁴²⁾, perché il suo ruolo di natura esecutiva è per definizione incompatibile con l'attribuzione di consistenti poteri gestionali⁽¹⁴³⁾. A fortiori va esclusa la delega nei confronti di un lavoratore⁽¹⁴⁴⁾. Quanto ai requisiti formali, la delega deve risultare da atto scritto avente data certa: il requisito della forma scritta è richiesto ad substantiam⁽¹⁴⁵⁾, mentre il requisito della data certa è senz'altro assolto con l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata, ma potrebbe rispettarsi anche con atti diversi⁽¹⁴⁶⁾. L'art. 16 prevede poi che alla delega venga data adeguata e tempestiva pubblicità, di cui, però, non disciplina né la forma né l'efficacia. In particolare non è chiaro se la pubblicità sia condizione di validità della delega, oppure miri esclusivamente ad esigenze di conoscibilità o a garantire la sola opponibilità della stessa. Nel silenzio della legge, si è ipotizzato il ricorso a forme di pubblicità previste in altre fattispecie, quali il provvedimento di valutazione dell'impatto ambientale⁽¹⁴⁷⁾ o l'affissione del codice disciplinare (in luogo accessibile a tutti ex art. 7 st. lav.). La delega, infine, deve essere accettata dal delegato per iscritto con lo scopo di garantire che l'incarico sia assunto in piena libertà (principio di "consapevolezza")⁽¹⁴⁸⁾. Per l'atto di accettazione, in analogia con il conferimento, la forma dovrebbe essere richiesta ad substantiam e pur non essendo previste né data certa né pubblicità, sarebbe auspicabile, onde scongiurare aggiramenti o accettazioni retrodatate, che l'accettazione avvenga nello stesso atto di conferimento, o, qualora successiva, ne segua le medesime forme. Quanto alla natura giuridica della delega di funzioni va detto che essa - pur astrattamente inquadrabile come atto unilaterale recettizio rifiutabile⁽¹⁴⁹⁾- è configurata dall'art. 16 del d.lg. n. 81/2008 come una fattispecie complessa nella quale il conferimento non produce effetti liberatori sino all'accettazione, il che sembra militare in favore della natura contrattuale della delega. Sul piano contenutistico, al fine di evitare l'istituzione di meri capri espiatori, la delega deve attribuire al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate nonché l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate (principio di effettività)⁽¹⁵⁰⁾. Il conferimento della delega di funzioni non esclude un residuo obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro sul corretto espletamento delle funzioni trasferite (art. 16, 3° co.). La questione è stata a lungo dibattuta⁽¹⁵¹⁾: alla cosiddetta teoria funzionalista⁽¹⁵²⁾- che esclude il potere di controllo sul delegato ritenendolo in contraddizione col concetto stesso di delega⁽¹⁵³⁾- si contrappone la cosiddetta teoria civilistica⁽¹⁵⁴⁾- la quale nega che attraverso un atto negoziale quale la delega si possa rinunciare alle proprie responsabilità e alla propria qualifica legale, derogando alle norme pubblicistiche sui reati propri -; non mancano infine posizioni eclettiche⁽¹⁵⁵⁾. L'art. 16 recepisce quel consolidato orientamento secondo cui, una volta attribuita la delega, l'obbligo originario del datore di lavoro si trasforma in un dovere di garanzia, dovendo egli vigilare per impedire la commissione dell'illecito⁽¹⁵⁶⁾. L'ampiezza dell'obbligo di vigilanza va però delimitata, perché se fosse intesa come controllo minuzioso, svuoterebbe l'utilità della delega. Perciò la vigilanza deve riguardare vicende strategiche (deficit strutturali)⁽¹⁵⁷⁾. Inoltre si prevede che l'obbligo in parola s'intenda assolto con l'adozione e l'efficace attuazione del modello di verifica e controllo, ex art. 30, 4° co.

(art. 16, 3° co.). La presunzione di adempimento attraverso questo sistema deve ritenersi relativa e non assoluta, con semplice inversione dell'onere probatorio⁽¹⁵⁸⁾. Infine il soggetto delegato può, previa intesa con il datore di lavoro, delegare a sua volta specifiche funzioni alle medesime condizioni previste per la delega (art. 16, co. 3 bis), mentre sono inammissibili altri trasferimenti (c.d. deleghe a cascata).

23. (Segue). Gli obblighi non delegabili.

L'art. 17, d.lg. n. 81/2008 indica espressamente gli obblighi non delegabili da parte del datore di lavoro: la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'art. 28 e la designazione del RSPP. Questi adempimenti, dunque, rappresentano il nucleo ineliminabile dello status di datore di lavoro⁽¹⁵⁹⁾. È bene chiarire che per tali obblighi è esclusa solo la delega liberatoria e non la mera partecipazione di altri soggetti all'adempimento⁽¹⁶⁰⁾. Il trasferimento di obblighi non delegabili conduce all'invalidità/inefficacia parziale della delega, salvandosi, in omaggio al principio di conservazione degli atti, la parte eventualmente riguardante funzioni delegabili⁽¹⁶¹⁾. Essendo l'ammissibilità della delega la regola l'elenco dell'art. 17 dovrebbe essere tassativo; tuttavia, un orientamento giurisprudenza ha negato che possano utilmente delegarsi tutte le funzioni che implicino scelte di politica aziendale⁽¹⁶²⁾.

24. Gli obblighi dei preposti.

L'art. 19 pone a carico del preposto anzitutto doveri di vigilanza e controllo operativo. Il preposto gode inoltre di un limitato margine di autonomia decisionale. La giurisprudenza gli ha assegnato altresì il ruolo di verificare le condizioni di sicurezza e l'idoneità, anche sopravvenuta, di macchinari e impianti⁽¹⁶³⁾. In sostanza, il preposto deve garantire l'ortodossia della tutela antinfortunistica⁽¹⁶⁴⁾, rispondendo in caso contrario degli infortuni propri e dei propri colleghi, purché possano ricollegarsi a un suo complice assenso o negligenza e non siano causati da inadempienze puramente momentanee e occasionali dei lavoratori⁽¹⁶⁵⁾.

25. Gli obblighi dei lavoratori.

L'art. 20 d.lg. n. 81/2008, impone al lavoratore una serie di obblighi in materia di sicurezza⁽¹⁶⁶⁾. Il lavoratore, dunque, non è più il destinatario passivo di direttive da osservare, ma diviene un soggetto attivo coinvolto negli obblighi preventivi, essendo al contempo creditore e debitore di sicurezza. In generale ogni lavoratore deve prendersi cura non solo della propria salute e sicurezza ma anche di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni. Tale obbligo, sebbene non assistito da una sanzione penale, non è puramente programmatico, ma funge da criterio interpretativo dell'intera disposizione. L'art. 20, 2° co., contempla invece un catalogo di obblighi più specifici, penalmente sanzionati. Ad ogni modo il comportamento illegittimo dei lavoratori rileva non solo sul piano delle sanzioni penali, relativamente alla determinazione del concorso di colpa⁽¹⁶⁷⁾, ma anche sul versante disciplinare interno al rapporto di lavoro⁽¹⁶⁸⁾. Infine, nel caso in cui la condotta di un lavoratore generi un infortunio ai danni di terzi, dell'evento sarà responsabile il lavoratore stesso⁽¹⁶⁹⁾, pur permanendo la responsabilità del datore di lavoro ex art. 2049 c.c.

26. I progettisti, fabbricanti, fornitori, installatori.

Gli obblighi imposti a figure estranee all'ambito aziendale (progettisti, fabbricanti, fornitori, installatori) sono disciplinati dagli artt. 22-24, d.lg. n. 81/2008⁽¹⁷⁰⁾. I predetti soggetti sono coinvolti negli adempimenti preventivi onde scongiurare la conformazione di ambienti e la diffusione dispositivi pericolosi⁽¹⁷¹⁾, tali da vanificare la prevenzione aziendale. La soglia di tutela dunque è anticipata il più possibile e ad ogni operatore si impone un controllo non formale sulla regolarità del dispositivo prima che esca dalla propria disponibilità⁽¹⁷²⁾. Ove un infortunio dipenda causalmente dalla non conformità di un dispositivo alla disciplina preventiva, ne saranno solidalmente responsabili tutti i soggetti che hanno omesso il controllo⁽¹⁷³⁾. Il concorso del datore di lavoro è escluso solo ove il dispositivo fosse affetto da un vizio occulto, mentre il concorso dei soggetti esterni viene meno se l'evento dipende da una condotta abnorme del datore.

27. Il medico competente e la sorveglianza sanitaria.

Il medico competente collabora col datore di lavoro ai fini della valutazione dei rischi, onde effettuare la sorveglianza sanitaria e in relazione agli altri compiti previsti (art. 2, 1° co., lett. h).

È nominato dal datore di lavoro o dal dirigente, sentito il RLS⁽¹⁷⁴⁾ e può essere un libero professionista, un dipendente dell'azienda o un medico di una struttura pubblica o privata, ma deve in ogni caso possedere titoli e requisiti che garantiscano specifica professionalità (art. 38). I compiti del medico competente oltre che di natura collaborativa e informativa, sono di natura professionale e tra questi spicca la sorveglianza sanitaria (definita dall'art. 2, 1° co., lett. *m*, e disciplinata dall'art. 41). La sorveglianza sanitaria è obbligatoria in tutte le lavorazioni a rischio⁽¹⁷⁵⁾, ma deve effettuarsi anche a richiesta del lavoratore o se ritenuta necessaria dal medico competente⁽¹⁷⁶⁾. Essa si articola in una serie di visite mediche del lavoratore: *a*) preventiva, volta a valutare l'iniziale idoneità alla mansione affidata; *b*) periodiche, che mirano a verificare costantemente lo stato di salute e la congruità della mansione. Sono previste poi altre visite, cui si procede: a richiesta del lavoratore; al cambio di mansione; alla cessazione del rapporto; nelle ipotesi previste dalle norme. Abrogati i previgenti divieti, si è ammessa anche la visita preassuntiva (art. 41, 2° e 3° co.). All'esito delle suddette visite il medico competente esprime un giudizio sull'idoneità alla mansione articolato in vari esiti: *a*) idoneità; *b*) inidoneità parziale, temporanea o permanente, con prescrizioni o limitazioni; *c*) inidoneità temporanea, di cui vanno precisati i limiti temporali; *d*) inidoneità permanente. Tale giudizio va comunicato per iscritto al datore di lavoro e al lavoratore e può essere impugnato da entrambi. Il datore è tenuto ad attuare le misure indicate dal medico competente, e, qualora vi sia un giudizio d'inidoneità, ad adibire il dipendente, ove possibile, a mansioni compatibili col suo stato di salute⁽¹⁷⁷⁾. Il medico competente è titolare di una posizione di garanzia essendo titolare di obblighi a finalità preventive, la cui violazione è soggetta a responsabilità contravvenzionali (art. 58)⁽¹⁷⁸⁾.

28. Il servizio di prevenzione e protezione.

Il servizio di prevenzione e protezione è l'insieme delle persone, sistemi e mezzi esterni o interni all'azienda finalizzati all'attività di prevenzione e protezione dai rischi professionali per i lavoratori (art. 2, 1° co., lett. *l*), ed è disciplinato dagli artt. 31-34, d.lg. n. 81/2008, che assegnano ad esso compiti di natura complementare o preparatoria. Tale servizio va prioritariamente organizzato all'interno all'azienda (lo è necessariamente per le attività previste dall'art. 31, 6° co.)⁽¹⁷⁹⁾, ma può costituirsi anche incaricando persone o servizi esterni (è obbligatoriamente esterno in assenza di dipendenti in possesso dei requisiti prescritti, art. 31, 4° co.). Il Responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP) è definito come la persona designata dal datore di lavoro, a cui risponde, per coordinare il servizio e potrà risultare l'unico componente del servizio o essere coadiuvato dagli addetti (art. 2, 1° co., lett. *f* e *g*). Il ruolo di RSPP, in determinate ipotesi, può essere svolto direttamente dal datore di lavoro⁽¹⁸⁰⁾. I soggetti che svolgano simili ruoli devono essere in possesso idonei titoli e requisiti (art. 32)⁽¹⁸¹⁾, e sono tenuti ad una specifica formazione⁽¹⁸²⁾. Il RSPP è un collaboratore deputato a sopperire alle presumibili carenze tecniche del datore di lavoro, pertanto, a dispetto del nome, non è il responsabile della sicurezza. Proprio per l'assenza di potere decisionale, il RSPP a rigore non rientra tra i soggetti titolari di posizione di garanzia⁽¹⁸³⁾ tanto che il d.lg. n. 81/2008 non gli addebita responsabilità contravvenzionali. Tuttavia, la giurisprudenza ha riconosciuto la titolarità di una posizione di garanzia in capo al RSPP⁽¹⁸⁴⁾, ma già in precedenza era ipotizzabile una responsabilità relativa ad eventi causalmente collegati ad un comportamento colposo del RSPP nell'ambito dello svolgimento dei propri compiti preventivi⁽¹⁸⁵⁾.

29. Le rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza e gli organismi paritetici.

Il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (RLS) è definito dall'art. 2, 1° co., lett. *l*)⁽¹⁸⁶⁾. L'elezione o la designazione del RLS deve avvenire in tutte le aziende o unità produttive: in quelle con meno di 15 dipendenti è prevista l'elezione diretta da parte dei lavoratori, o l'individuazione per più aziende nell'ambito territoriale o del comparto produttivo; in quelle di dimensioni maggiori, invece, è prevista la designazione nell'ambito delle rappresentanze sindacali aziendali o, in loro assenza, l'elezione dei lavoratori. Laddove il RLS per qualsiasi ragione non sia eletto o designato, la medesima funzione sarà esercitata dal Rappresentante territoriale per la sicurezza (artt. 47 e 48). Inoltre, per specifici contesti produttivi particolarmente complessi, caratterizzati dalla compresenza di più imprese o cantieri, è stata introdotta la figura del RLS di sito produttivo (art. 49). Il RLS è una figura a carattere tipicamente consultivo e propositivo. Il d.lg. n. 81/2008, inoltre, gli riconosce poteri di controllo, segnalazione

e ricorso, ma non poteri decisionali (art. 50). Per quanto concerne invece gli organismi paritetici, questi sono costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (art. 2, 1° co., lett. ee). Le loro funzioni, tra cui spiccano quelle in materia di assistenza all'impresa e di formazione dei lavoratori, vengono disciplinate dall'art. 51.

30. L'obbligo di valutazione dei rischi.

La valutazione dei rischi conduce a proceduralizzare l'adempimento degli obblighi di sicurezza. Essa peraltro non può considerarsi semplicemente una misura preventiva, ma, ponendosi a base dell'intero sistema prevenzionistico, è strumento che consente al datore di lavoro di individuare le misure preventive e protettive, di organizzarne l'attuazione, di controllarne l'efficienza precauzionale e di provvedere al miglioramento nel tempo⁽¹⁸⁷⁾. Per rischio si intende la probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente (art. 2, 1° co., lett. s). La valutazione dei rischi è, invece, la valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la propria attività, finalizzata ad individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza (lett. q). Ai sensi dell'art. 28 oggetto della valutazione debbono essere tutti i rischi per la sicurezza e la salute⁽¹⁸⁸⁾: si va da quelli oggettivi o tecnici legati alle attrezzature di lavoro, alle sostanze o ai preparati chimici impiegati nonché alla sistemazione degli ambienti di lavoro, sino a quelli soggettivi che impongono di tener conto delle condizioni di gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari (stato di gravidanza, differenze di genere, età, provenienza da altri Paesi). L'art. 28 prevede per la prima volta anche la valutazione dei rischi connessi alla tipologia contrattuale con la quale il lavoratore è impiegato. Inoltre il d.lg. n. 81/2008 ha imposto esplicitamente la valutazione del rischio da stress lavoro-correlato⁽¹⁸⁹⁾, accogliendo le indicazioni provenienti dall'Accordo-quadro europeo dell'8-10-2004⁽¹⁹⁰⁾. La definizione contenuta nell'Accordo (art. 3), secondo cui per stress deve intendersi uno stato, che si accompagna a malessere e disfunzioni fisiche, psicologiche o sociali e che consegue dal fatto che le persone non si sentono in grado di superare i gap rispetto alle richieste o alle attese nei loro confronti, ha posto seri problemi applicativi⁽¹⁹¹⁾. In concreto la valutazione dello stress lavoro-correlato va effettuata nel rispetto delle indicazioni metodologiche contenute nelle "Linee guida" adottate dalla Commissione Consultiva permanente il 17-11-2010 (art. 28, co. 1 bis)⁽¹⁹²⁾, in base alle quali la valutazione non deve essere individualizzata, bensì legata all'organizzazione produttiva e di lavoro e deve combinare elementi soggettivi e oggettivi⁽¹⁹³⁾. L'elencazione dei rischi contenuto nell'art. 28, ad ogni modo, ha carattere puramente esemplificativo⁽¹⁹⁴⁾.

31. (Segue). Le procedure di valutazione e la loro documentazione: il DVR.

La valutazione dei rischi, una volta conclusa, deve tradursi nel documento di valutazione dei rischi (DVR), disciplinato dall'art. 28, 2° co. Il DVR deve recare data certa⁽¹⁹⁵⁾ e deve contenere anzitutto una relazione che specifichi i criteri adottati per la valutazione unitamente ad serie di altre indicazioni. La procedura di valutazione è rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro, che deve provvedervi attenendosi a criteri di semplicità, brevità e comprensibilità (art. 28, 2° co.). Il DVR deve fornire un quadro veritiero della situazione aziendale, giacché sono fonte di responsabilità non solo l'omessa valutazione, ma anche la semplice incompletezza, o il mancato adeguamento o aggiornamento del DVR⁽¹⁹⁶⁾. La valutazione dei rischi deve avvenire in via preventiva e tempestiva e, in caso di costituzione di nuova impresa, il datore deve effettuarla immediatamente (art. 28, co. 3 bis), sebbene l'elaborazione del DVR possa avvenire entro 90 giorni dalla data di inizio attività. Anche in tale lasso di tempo, occorre comunque dare immediata evidenza dell'adempimento degli obblighi specificati dal medesimo co. 3 bis. del Il DVR deve essere aggiornato⁽¹⁹⁷⁾: a) in occasione di modifiche del processo produttivo o dell'organizzazione del lavoro significative ai fini sicurezza; b) in relazione all'evoluzione della tecnica; c) a seguito del verificarsi di infortuni significativi; d) quando la sorveglianza sanitaria ne evidenzia la necessità⁽¹⁹⁸⁾. All'esito di tale rielaborazione, il DVR deve essere riscritto entro 30 giorni (art. 29, 3° co.). Il DVR, infine, deve essere custodito presso l'unità produttiva alla quale si riferisce (art. 29, 4° co.).

32. (Segue). Le procedure semplificate o standardizzate.

Per i datori di lavoro che occupino sino a 10 lavoratori l'elaborazione del DVR va effettuata mediante procedure *standardizzate* disciplinate dal d.l. 30-11-2012 (art. 29, 5° co.). Tale disciplina non si applica però alle imprese che svolgano le attività ad alto tasso di pericolosità elencate dall'art. 31, 6° co., lett. a), b), c), d) nonché g). La facoltà di effettuare la valutazione mediante procedure *standardizzate*, pur nel rispetto dell'art. 28 d.lg. n. 81, è inoltre concessa a coloro che occupino fino a 50 lavoratori, salvo alcune esclusioni (art. 29, co. 6°, 6 bis e 7°). La possibilità per aziende che operino in settori a basso rischio di dimostrare la valutazione attraverso un apposito modello è subordinata all'emanazione futuri decreti ministeriali, i quali dovrebbero anche individuare strumenti di supporto per la valutazione⁽¹⁹⁹⁾ (art. 29, co. 6 ter).

33. Gli obblighi di informazione, formazione e addestramento.

Tra gli adempimenti più rilevanti previsti dalla disciplina preventiva vi sono poi le attività di formazione, informazione e addestramento definite nell'art. 2, 1° co., d.lg. n. 81/2008 e disciplinate dagli artt. 36 e 37⁽²⁰⁰⁾. I contenuti e le modalità della formazione sono oggetto di un Accordo concluso in sede di Conferenza Stato/Regioni il 21-12-2011⁽²⁰¹⁾ e, come detto, un compito importante viene assegnato agli organismi paritetici⁽²⁰²⁾. I requisiti dei soggetti abilitati a svolgere attività di formatori sono definiti da un apposito decreto⁽²⁰³⁾. L'attività di informazione e formazione: a) deve ispirarsi a criteri di adeguatezza, sufficienza e aggiornamento⁽²⁰⁴⁾; b) non può limitarsi all'esplicitazione di divieti, ma deve mirare a chiarire i pericoli collegati alla prestazione di lavoro⁽²⁰⁵⁾; c) non può consistere in misure puramente formali (ad es. l'affissione di cartelli⁽²⁰⁶⁾ e la consegna di libretti)⁽²⁰⁷⁾; d) non può essere surrogata dal personale bagaglio di conoscenza del lavoratore⁽²⁰⁸⁾; e) deve avvenire durante l'orario di lavoro; f) non deve comportare costi aggiuntivi per i lavoratori⁽²⁰⁹⁾. L'addestramento va effettuato solo ove previsto e deve essere svolto da una persona esperta sul posto di lavoro⁽²¹⁰⁾. L'informazione, la formazione e l'addestramento devono ripetersi durante il rapporto (trasferimento, spostamento di mansione, introduzione di nuove attrezzature, etc.) e ricorrere periodicamente in relazione all'evoluzione o all'insorgenza dei rischi.

34. La gestione delle emergenze e la riunione periodica.

La Sez. VI, Tit. I, d.lg. n. 81/2008 concerne la gestione delle emergenze; ossia l'obbligo del datore di lavoro e del dirigente di adottare - designando preventivamente i lavoratori incaricati - le misure necessarie ai fini della prevenzione incendi, dell'evacuazione dei luoghi di lavoro, del salvataggio e del primo soccorso, (art. 18, 1° co., lett. b) e t). In particolare quanto al primo soccorso, l'art. 45 del d.lg. n. 81/2008 effettua un rinvio al [d.m. n. 388/2003](#) ed ai successivi decreti di adeguamento⁽²¹¹⁾. L'art. 35 prevede che nelle unità produttive con più di 15 dipendenti, il datore di lavoro indica, almeno una volta l'anno, una riunione cui partecipano lo stesso datore o un suo rappresentante, il RSPP, il medico competente e il RLS. Si tratta di un importante momento di confronto e coordinamento tra gli attori della sicurezza in azienda, che deve avere luogo altresì in tutti i casi di significative variazioni delle condizioni di esposizione al rischio.

35. Gli obblighi di prevenzione connessi ai contratti d'appalto, d'opera o di somministrazione.

Gli obblighi di sicurezza relativi ai contratti d'appalto, d'opera o di somministrazione, sono disciplinati dall'art. 26 d.lg. n. 81/2008⁽²¹²⁾. Sotto il profilo spaziale/funzionale tale norma si applica non solo ai lavori eseguiti all'interno dell'azienda, ma anche a quelli che vengono affidati nel contesto dell'intero ciclo produttivo, purché si svolgano in luoghi di cui il committente ha la disponibilità giuridica (con esclusione, in definitiva, dei soli lavori svolti in piena autonomia)⁽²¹³⁾. L'art. 26 si applica qualora il committente sia un datore di lavoro. Restano dunque fuori dalla sfera applicativa quei committenti privati cittadini⁽²¹⁴⁾, per i quali continueranno ad operare i criteri elaborati in passato dalla giurisprudenza⁽²¹⁵⁾. Ai sensi dell'art. 26, il committente è tenuto a: a) verificare l'idoneità tecnico professionale delle imprese o dei lavoratori autonomi in relazione ai lavori, ai servizi e alle forniture da affidare⁽²¹⁶⁾ secondo due modalità: in via transitoria, mediante l'acquisizione del certificato di iscrizione alla Camera di commercio e di un'autocertificazione; a regime, mediante il sistema di qualificazione contemplato dall'art. 27⁽²¹⁷⁾; b) fornire agli affidatari dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente

in cui dovranno operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza già adottate⁽²¹⁸⁾; c) cooperare e coordinarsi con tutti gli esecutori in merito all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi incidenti sull'attività lavorativa oggetto di affidamento. Secondo un orientamento il committente diverrebbe così garante integrale della sicurezza di tutti i lavoratori impiegati dagli esecutori dell'opera o servizio esternalizzati⁽²¹⁹⁾. Tuttavia, è opinione diffusa che l'impegno del committente non vada inteso come sostituzione dell'affidatario⁽²²⁰⁾. In sostanza, ciascuno dei due soggetti rimane esclusivo titolare del debito di sicurezza in relazione ai propri dipendenti (ovvero ai rischi specifici che li riguardano), dovendo insieme cooperare e coordinarsi solo per l'eliminazione dei rischi da interferenza. La disciplina in materia di appalti è completata dalle seguenti previsioni: a) il personale impiegato deve essere riconoscibile attraverso una tessera personale; b) al committente, all'appaltatore e al subappaltatore viene accollata una responsabilità solidale per tutti i danni subiti non indennizzati dall'Inail, a meno che non siano conseguenza di rischi specifici⁽²²¹⁾; c) nei singoli contratti⁽²²²⁾ devono essere indicati a pena di nullità i costi della sicurezza. È il committente che è tenuto a promuovere la cooperazione ed il coordinamento elaborando un unico documento di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare o ridurre al minimo i rischi da interferenza (art. 26, 3° co.)⁽²²³⁾. Per rischi da interferenza si intendono quei rischi aggiuntivi collegati alla sovrapposizione di più organizzazioni all'interno del medesimo ambiente lavorativo⁽²²⁴⁾. Il documento unico di valutazione dei rischi interferenziali (DUVRI)⁽²²⁵⁾ si differenzia e si aggiunge al DVR, che riguarda i rischi specifici propri di ciascuna impresa appaltatrice e sarà elaborato dai rispettivi datori di lavoro⁽²²⁶⁾. Il DUVRI è soggetto a particolari modalità di redazione e si ritiene debba contenere solo indicazioni sui rischi interferenziali, tanto è vero che alcune attività, giacché immuni da tale tipologia di rischi, risultano escluse dalla sua redazione (art. 26, co. 3 bis). Inoltre nei settori di attività a basso rischio (ex art. 29, co. 6 ter, d.lg. n. 81/2008), in alternativa alla redazione del DUVRI il committente potrà individuare un proprio incaricato per sovrintendere alla cooperazione e al coordinamento (art. 26, 3° co.). Infine, il DUVRI, che va allegato al contratto di appalto o d'opera, ha carattere dinamico e deve essere adeguato parallelamente all'evoluzione dei lavori⁽²²⁷⁾.

36. (Segue). I cantieri temporanei e mobili.

Nei cantieri temporanei e mobili la ripartizione degli obblighi preventivi assume connotati particolari, trovando applicazione la disciplina contenuta nel Tit. IV, d.lg. n. 81/2008. L'area applicativa della stessa è definita dagli artt. 88 e 89, 1° co., lett. a), e dall'allegato X. Negli appalti che si svolgono all'interno di un'azienda e, al contempo, prevedano l'installazione di un cantiere si avrà l'applicazione congiunta sia del Tit. IV, sia dell'art. 26 (ma solo nelle parti non derogate)⁽²²⁸⁾. Nella garanzia della salute e sicurezza nei cantieri sono coinvolte varie figure, definite dall'art. 89, lett. b) ss. Un ruolo centrale è assegnato anzitutto al committente (art. 90); circostanza che, però, non esclude il permanere di estesi obblighi in capo ai lavoratori autonomi e alle imprese affidatarie ed esecutrici (artt. 94 ss.)⁽²²⁹⁾. Il committente può nominare un responsabile dei lavori affidandogli i propri compiti, di modo che assuma le connesse responsabilità (art. 93, 1° co.)⁽²³⁰⁾. Per conto del committente intervengono inoltre il coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione (art. 91) e il coordinatore per l'esecuzione dei lavori⁽²³¹⁾ (art. 92). Sono previsti, infine, obblighi a contenuto documentale che comportano la redazione⁽²³²⁾ di: a) un piano di sicurezza e di coordinamento; b) un fascicolo adattato alle caratteristiche dell'opera; c) un piano operativo di sicurezza.

37. (Segue). Gli appalti pubblici.

Nell'ambito dei pubblici appalti trovano applicazione tanto l'art. 26 e il Tit. IV del d.lg. n. 81/2008 quanto alcune norme speciali contenute attualmente nel d.lg. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) che ha abrogato il previgente d.lg. n. 163/2006⁽²³³⁾. Invero, per quanto non diversamente disposto dal Codice dei contratti, trovano applicazione le disposizioni del d.lg. n. 81/2008 (art. 26, 7° co.). Peraltro, la redazione del DUVRI è compito esclusivo del soggetto titolare del potere decisionale e di spesa relativo alla gestione dell'appalto (art. 26, 3° co.).

38. I modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza sul lavoro.

L'art. 30, annoverabile tra le disposizioni più innovative del d.lg. n. 81/2008, identifica i requisiti del modello di organizzazione e di gestione idoneo a scongiurare la responsabilità amministrativa

degli enti in merito agli illeciti amministrativi dipendenti da reato ai sensi del d.lg. n. 231/2001⁽²³⁴⁾. In effetti l'art. 25 septies⁽²³⁵⁾, ha ricondotto all'interno del sistema previsto dal d.lg. n. 231/2001 i delitti di omicidio colposo o di lesioni gravi o gravissime (artt. 589 e 590, 3° co., c.p.) commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e salute sul lavoro. Pertanto, il legislatore che ha operato a cavallo tra il 2007/2008, evidentemente consapevole della parziale efficacia deterrente - anche in materia di salute e sicurezza sul lavoro - delle tradizionali sanzioni penali individuali, ha affiancato a queste ultime delle peculiari sanzioni collettive (le quote) ed individuali (l'interdizione) già contemplate nell'originario impianto del d.lg. n. 231. In buona sostanza, l'ente, persona giuridica, è responsabile per i reati commessi nel suo interesse dalle persone fisiche che rivestono funzioni apicali di rappresentanza, amministrazione o direzione (art. 5 d.lg. n. 231), salvo che si provi che l'organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi (art. 6 d.lg. n. 231). Ebbene l'art. 30 d.lg. n. 81/2008 disciplina appunto un simile modello, la cui adozione ed efficace attuazione costituisce allo stato un onere e non di un'imposizione per l'impresa⁽²³⁶⁾. Tale modello riassume al suo interno l'adempimento di tutti gli obblighi preventivi, prevedendo altresì sistemi di controllo e disciplinari. In sede di prima applicazione, alcuni modelli si presumono conformi ai requisiti previsti (art. 30, 5° co.)⁽²³⁷⁾. Infine il d.m. 13-2-2014 (adottato ex art. 30, co. 5 bis) prevede procedure semplificate per l'adozione di modelli di organizzazione nelle p.m.i.

39. Il sistema istituzionale, il supporto alle imprese e l'interpello.

Il d.lg. n. 81/2008 pone particolare attenzione all'efficacia del sistema istituzionale, giacché la forza di un sistema capace di ideare e implementare politiche della prevenzione è ritenuta di importanza strategica. In particolare sono istituiti i seguenti organismi: a) il Comitato nazionale (art. 5), che rappresenta la "cabina di regia" del sistema; b) la Commissione consultiva permanente con compiti di promozione della cultura della prevenzione (art. 6); c) il Comitato regionale di Coordinamento (art. 7); d) il Sistema informativo nazionale per la prevenzione (SINP) con lo scopo di fornire dati utili per programmare l'attività di prevenzione (art. 8)⁽²³⁸⁾. Gli artt. 10 e 11 d.lg. n. 81/2008 delineano una funzione di supporto alle imprese nella gestione della sicurezza, affidando ad un'ampia gamma di soggetti attività di informazione, assistenza, consulenza, etc. L'art. 12, infine detta una peculiare disciplina dell'interpello⁽²³⁹⁾ attraverso il quale una serie di organismi abilitati⁽²⁴⁰⁾ possono porre quesiti di ordine generale sull'applicazione della normativa in materia di sicurezza ad una Commissione costituita presso il Ministero del lavoro. I quesiti sono esclusivamente di ordine generale (pena l'inammissibilità) e la normativa su cui vertono è quella nazionale di rango legislativo e regolamentare⁽²⁴¹⁾. Le indicazioni fornite dall'interpello costituiscono criteri interpretativi e direttivi per l'attività di vigilanza.

40. L'apparato sanzionatorio, l'attività di vigilanza e la sospensione dell'attività imprenditoriale.

Al sistema sanzionatorio⁽²⁴²⁾ è dedicata una sezione importante del Tit. I (artt. 55-60), ma ulteriori prescrizioni di carattere repressivo sono capillarmente diffuse nelle restanti parti del d.lg. n. 81/2008. Tali disposizioni si limitano spesso ad indicare la sanzione, mentre per l'individuazione del precetto fanno ricorso largamente alla tecnica del rinvio ad altre norme. Il sistema sanzionatorio previsto nel d.lg. n. 81, peraltro, costituisce solo una parte del diritto penale del lavoro che presidia la tutela antinfortunistica. In materia di vigilanza, l'art. 13, d.lg. n. 81/2008 affida la competenza generale ai servizi delle ASL; competenza che non è tuttavia esclusiva, giacché per alcuni rischi o attività specifici sono assegnate funzioni ad altri soggetti⁽²⁴³⁾. Altre competenze sono attribuite all'Ispettorato nazionale del lavoro⁽²⁴⁴⁾. Alle contravvenzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, per le quali sia prevista la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda ovvero la pena della sola ammenda, si applicano le disposizioni in materia di prescrizione ed estinzione del reato degli artt. 20 ss., d.lg. n. 758/1994 (art. 301). I successivi artt. 301 bis e 302 contemplano rispettivamente i meccanismi di estinzione agevolata degli illeciti amministrativi a seguito di regolarizzazione e di definizione delle contravvenzioni punite con la sola pena dell'arresto. La sospensione dell'attività imprenditoriale⁽²⁴⁵⁾ può essere adottata dall'ispettorato come misura di contrasto al lavoro irregolare ed al lavoro insicuro (art. 14)⁽²⁴⁶⁾. Infatti, è prevista la possibilità di sospendere qualsiasi attività imprenditoriale sia nel

caso di impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20% del totale, sia nel caso di gravi e reiterate violazioni in materia di sicurezza⁽²⁴⁷⁾. Il provvedimento di sospensione, a determinate condizioni (co. 3°, 4°, 5° e 5 bis)⁽²⁴⁸⁾, può essere revocato da parte dell'organo di vigilanza o può essere impugnato dall'interessato⁽²⁴⁹⁾. Per l'inottemperanza al provvedimento di sospensione sono previste apposite sanzioni penali⁽²⁵⁰⁾.

(1) Cfr. M. RUSCIANO-G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in *Comm. F. Carinci*, VIII, Torino, 2007, XIII.

(2) Cfr. M. ROCCELLA-T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Padova, 2016, 367 ss.; L. ANGELINI, *La sicurezza del lavoro nell'ordinamento europeo*, WP Olympus, n. 29/2013. Tra gli interventi comunitari più recenti v. reg. (UE) 2016/425, 9-3-2016 sui dispositivi di protezione individuale, che ha abrogato la dir. 89/686/CE.

(3) Si pensi alle dir. CE 89/391; 89/655; 89/656; 90/629; 90/394; 92/247; 92/85; 93/103; 98/24; 99/92.

(4) Cfr. L. MONTUSCHI, *Il I comma dell'art. 32*, in *Comm. della Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1976, 146 ss.

(5) Cfr. C. SMURAGLIA, «Salute, III, Tutela della salute-dir. lav.», in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 1.

(6) Cfr. L. MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, RGL, 2001, 502 ss.

(7) Viceversa il testo dell'art. 117 Cost. sottoposto al referendum bocciato il 4-12-2016, mirava a ricondurre tale materia alla competenza esclusiva dello Stato.

(8) Si v. P. CAMPANELLA, *Sicurezza sul lavoro e competenze legislative delle regioni*, DLRI, 2010, 3, 415 ss.; P. PASCUCI, *Brevi note sulle competenze delle Regioni in tema di disciplina della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori*, WP Olympus, 13/2012; L. M. DENTICI, *Tutela e sicurezza del lavoro tra centro e periferia: la sicurezza sui luoghi di lavoro*, RGL, 2013, I, 171 ss.

(9) Cfr. C. St. (parere), 4-4-2005, in *Olympus.uniurb.it*.

(10) V. C. Cost. 11-10-2005, n. 384, DL, 2006, II, 60, nota FAIOLI; C. Cost. 13-1-2005, n. 50, FI, 2006, I, 265, nota Malfatti.

(11) Cfr. F. CARINCI, *La telenovela del T.U. sulla sicurezza: la nuova delega con qualche succosa anticipazione*, ADL, 2008, 343.

(12) Cfr. M. LEPORE, *Organizzazione del lavoro ed integrità psico-fisica del lavoratore*, in *Tratt. Carinci e Persiani*, IV, Padova, 2012, 1693.

(13) Cfr. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Responsabilità dell'imprenditore*, in *Nuovo tratt. Riva Sanseverino e Mazzoni*, II, Padova, 1971, 431 ss.

(14) Cfr. P. PASCUCI, 3 agosto 2007-3 agosto 2009. Due anni di attività legislativa per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Il titolo I del d.lgs. n. 81/2008 modificato dal d.lgs. n. 106/2009, Quad. Olympus, 3/2011, 63 ss. Contra Cass., 23-7-2013, n. 17896, LG, 2014, 131, nota BARRACA.

(15) Ciò lo differenzia dal ruolo svolto dal § 618, 1° co., del BGB in Germania, cfr. M. FRANCO, *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, Milano, 1995, in part. 87 ss.

(16) V. Cass., 19-2-2016, n. 3291, GCM, 2016. Per l'estensione dell'art. 2087 c.c. a datori di lavoro che svolgano molteplici lavorazioni, cfr. Cass., 6-10-2015, n. 19993, DeG, 2015.

(17) A. DE CUPIS, «Integrità fisica (diritto alla)», in *Enc. giur.*, Roma, 2007.

(18) Sul punto, di recente, R. STAIANO, *Tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Santarcangelo di Romagna, 2014, passim.

(19) Cfr. P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, art. 2087, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2008, 52 ss.

(20) Cfr., in ultimo, Cass., 30-6-2016, n. 13465, DeG, 2016, 1 luglio, nota di DULIO; Cass., 26-4-2017, n. 10319, GCM, 2017, , secondo cui il rispetto delle due tipologie di misure sarebbe soggetto ad oneri probatori distinti.

(21) Cfr. L. GALANTINO, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in EAD., *La sicurezza del lavoro. Commento ai decreti legislativi 19.9.1994, n. 626 e 19.3.1996, n. 242*, Milano, 1996, 2.

(22) Cfr. M. LAI, *Diritto della salute e della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2010, 13.



- (23) Cfr. F. CARINCI, *Habemus il Testo Unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori: il D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, ADL, 2008, 971.
- (24) Cfr. G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Torino, 1995, 25.
- (25) Cfr. *Cass.*, 8-4-2013, n. 8486, NGL, 2013, 5, 601. Si pensi ai rischi da rapina (v. *Cass.* 13-4-2015, n. 7405, GI, 2015, 11, 2427, nota L. M. DENTICI; *Cass.*, 22-2-2016, n. 3424, in *olympus.uniurb.it*) o, venendo all'attualità, a rischi di attentati terroristici cfr. F. BACCHINI, *Attività criminosa di terzi e attentati terroristici: valutazione e gestione dei cc.dd. "rischi security"*, LG, 2016, 546.
- (26) Principio che trova conferma anche nel d.lg. n. 81/2008, in particolare nell'art. 15, 1° co., lett. c), cfr. P. SOPRANI, *La miglior tecnologia disponibile nel TU sicurezza*, ISL, 2009, 3, 125 ss.
- (27) Cfr. per un'ultima ricostruzione cfr. M. LAI, *Il diritto della sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi*, Torino, 2017, 17.
- (28) Cfr. G. NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima sicurezza (astrattamente) possibile alla Massima sicurezza ragionevolmente (concretamente) applicata?*, WPOlympus, 39/2014, 1 ss.
- (29) Tale orientamento, accolto in un primo tempo dalla Corte costituzionale (*sent.* 27-4-1988, n. 475, RGL, 1988, III, 247; *sent.* 7-5-1991, n. 202, GI, 1992, I, 70), è stato riaffermato, pur con qualche ambiguità, dalla Corte di giustizia europea (*sent.* 15-11-2001, C-49/2000, RIDL, 2002, II, 221 ss., sulla contrarietà al diritto comunitario della legislazione italiana in tema di valutazione del rischio allora vigente; C. Giust. CE, 14-6-2007, C-125/2005, RIDL, 2002, I, 190 ss., nota O. BONARDI, che ha ritenuto compatibile al diritto comunitario il principio di reasonable practicability nell'accezione che assume nel sistema britannico), e continua ad essere applicato dalla giurisprudenza prevalente (cfr. *Cass.*, 5-11-2015, n. 22615, DeG, 2015, 6; *Cass.*, 5-11-2012, n. 18921, NGL, 2013, 2, 173).
- (30) Cfr. L. MONTUSCHI, *La Corte Costituzionale e gli standard di sicurezza del lavoro*, ADL, 2006, 3 ss.
- (31) Espresso in una nota e controversa sentenza della Corte costituzionale (*sent.* 25-7-1996, n. 312, FI, 1997, I, 3124). Su cui A. VALLEBONA, *Sicurezza del lavoro e certezza del diritto: finalmente scende in campo la Corte Costituzionale*, MGL, 1996, 829 ss. Si v. anche T. Milano, 20-8-2015, DeJure.
- (32) Cfr. R. GUARINIELLO, *Il principio della massima sicurezza tecnologicamente fattibile*, ISL, 1997, 339.
- (33) Cfr. *Cass.*, 11-7-2011, n. 15159, GLav, 2011, 36, 44; *Cass.*, 21-5-2013, n. 12413, NGL, 2013, 6, 809.
- (34) Per certi versi *Cass.*, 27-2-2017, n. 4970, DeG, 2017, 28 febbraio, nota LEVERONE, secondo cui al datore di lavoro non può imporsi l'onere di garantire un ambiente di lavoro a "rischio zero".
- (35) F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Napoli, 1980, 5 ss.
- (36) Cfr. P. TULLINI, *Tutela civile e penale della sicurezza del lavoro: principi, categorie e regole probatorie a confronto*, RTPC, 2011, 727.
- (37) Cfr. F. MALZANI, *Obbligo di sicurezza e risarcimento del danno. Quali spazi per una funzione general preventiva della responsabilità civile?* (nota A. Torino 11-5-2015), NGCC, 2015, 11, 11044.
- (38) Cfr. artt. 10 e 11, l. 1124/1965. V. S. GIUBBONI, *La crisi della regola dell'esonero*, WPOlympus, 3/2011 e *Cass.*, 15-6-2010, n. 14345, NGL, 2010, 568. Di recente, R. RIVERSO, *Fondamento e limiti dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile*, LG, 2015, 1, 17 ss.
- (39) Cfr. P. TULLINI, *Il danno differenziale: conferme e sviluppi d'una categoria in movimento*, RIDL, 2015, 485 ss. Cfr. anche *Cass.*, 1-3-2016, n. 4025, GCM, 2016 e *Cass.*, 10-4-2017, n. 9166, GCM, 2017.
- (40) G. D'EUFEMIA, *Norme inderogabili e interessi legittimi nel rapporto di lavoro (a proposito del dovere di sicurezza)*, RDL, 1969, I, 14 ss.
- (41) Cfr. *Cass.* 18-7-2013, n. 17585, NGL, 2014, 2, 164; *Cass.*, 3-2-2015, n. 1918, GCM, 2015. La giurisprudenza ammette anche azioni di responsabilità extracontrattuale, ex multis, *Cass.*, 23-3-2016, n. 5781, GCM, 2016.
- (42) L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1986, 68 ss.



⁽⁴³⁾ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Responsabilità*, cit., 451 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. P. ALBI, *Eccezione di inadempimento e obbligo di sicurezza*, nota T. Ravenna 16-1-2009, *RIDL*, 2009, II, 443 ed ex multis [Cass., 19-1-2016, n. 836](#), *RGL*, 2016, II, 249, nota di F. STOLFA, *L'exceptio inadimplenti del lavoratore a fronte della violazione degli obblighi di sicurezza: limiti dell'elaborazione giurisprudenziale e supplenza della dottrina*. Sul diritto di critica o c.d. whistleblowing riconosciuto al lavoratore v. M. T. CARINCI, *Whistleblowing alla Scala di Milano: una ballerina denuncia il rischio di anoressia fra i componenti del corpo di ballo* (nota T. Milano 6-2-2014), *RIDL*, 2014, 2, 511 ss. V. altresì A. Roma, 15-4-2016, *RIDL*, 2016, 4, 812, nota M. MOCELLA.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. G. NATULLO, «Sicurezza del lavoro», in *Enc. dir., Ann.*, IV, Milano, 2011, 1080.

Criticamente P. ALBI, *La sicurezza sul lavoro e la cultura giuridica italiana fra vecchio e nuovo diritto*, *DSL*, 2016, 1, 90 ss.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. [Cass., 3-3-2016, n. 4222](#), in *Ilgiuslavorista.it*, 2016, 22 giugno, nota di MEIFFRET; *Cass.*, 18-6-2014, n. 13863, *DeG*, 2014.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Milano, 1962, 78 ss.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. [Cass., 20-6-2001, n. 8381](#), *OGL*, 2001, 744.

⁽⁴⁹⁾ M. FRANCO, *Diritto*, cit., 34.

⁽⁵⁰⁾ Cfr., ex multis, [Cass., 3-2-2015, n. 1918](#), *GCM*, 2015. Si v. R. DEL PUNTA, *Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro (a un anno dalle Sezioni Unite)*, in *Sicurezza sul lavoro: il ruolo dell'impresa e la partecipazione attiva del lavoratore*, a cura di Perulli-Brino, Padova, 2012, 115 ss. In tema cfr., altresì, [Cass., 15.1.2016, n. 583](#), in *olympus.uniurb.it*.

⁽⁵¹⁾ Cfr. [Cass., 10-2-2016, n. 8883](#), *GDir*, 2016, 21, 84, sul punto v. A. PRETEROTI, *Obbligo di sicurezza e ripartizione degli adempimenti preventivi alla luce della più recente giurisprudenza*, *MGL*, 2016, 12, 830 ss. in part. 838.

⁽⁵²⁾ [Cass., 4-2-2016, n. 2209](#), *ADL*, 2016, II, 655, nota PAOLINI; [Cass., 17-6-2015, n. 36040](#), *ADL*, 2015, II, 1385, nota DI STASI. Parzialmente *contra* [Cass., 2-9-2015, n. 17438](#), *ADL*, 2015, II, 1319, nota CAPONNETTI.

⁽⁵³⁾ Cfr. [Cass., 13-1-2017, n. 798](#), *GDir*, 2017, 7, 66; *Cass.*, 11-2-2016, n. 544, *GDir*, 2016, 21, 88. Parzialmente *contra* *Cass.*, 23.2.2010, n. 7267, *RGL*, 2010, II, 258, nota LOMBARDI.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *Cass.*, 18-6-2015, n. 48376, *olympus.uniurb.it*; [Cass., 21-10-2013, n. 23772](#), *DeG*, 2013.

⁽⁵⁵⁾ Cfr., da ultimo, M. MORELLO, *Alle origini della tutela degli infortuni sul lavoro*, *DSL*, 2016, 2, 23 ss.

⁽⁵⁶⁾ Ossia il *d.p.r. n. 547/1955*, il *d.p.r. n. 302/1956*, il *d.p.r. n. 303/1956* emanati in attuazione della *legge n. 51/1955*.

⁽⁵⁷⁾ M. LEPORE, *La rivoluzione copernicana della sicurezza nel lavoro*, *LInf*, 1994, 22, 5 ss.

⁽⁵⁸⁾ V. F. CARINCI, *La telenovela*, cit., 341.

⁽⁵⁹⁾ Si v. P. PASCUCCI, *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia su novità e conferme*, *WPOlympus*, 1/2011, 1 ss.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. art. 3 *d.l. n. 244/2016* conv. in *legge n. 19/2017*; art. 1 *d.lg. n. 159/2016* e art. 1 *d.lg. n. 39/2016*. Alcune modifiche sono state operate anche dagli artt. 20 e 22 *d.lg. n. 151/2015* e dal *d.lg. n. 81/2015*, attuativi del c.d. Jobs Act.

⁽⁶¹⁾ Cfr. *legge n. 191/1974* e decreti di attuazione (sul trasporto ferroviario); *d.lg. n. 624/1996* (sulle attività estrattive); etc.

⁽⁶²⁾ Cfr. A. ANTONUCCI, *Il campo di applicazione "oggettivo" e "soggettivo" della nuova normativa in materia di sicurezza e tutela della salute dei lavoratori*, *DRI*, 2008, 441 ss.

⁽⁶³⁾ Tali decreti, dopo molteplici proroghe, risultano allo stato adottati solo in riferimento alle forze armate (art. 184, *d.lg. n. 66/2010* e dell'art. 244 ss., *d.p.r. n. 90/2010*); al dipartimento della protezione civile (*d.p.c.m. n. 231/2011*); agli uffici all'estero (*d.i. n. 51/2012*); all'amministrazione della giustizia (*d.i. 201/2014*).

⁽⁶⁴⁾ Ad es. il *d.m. 363/1998* per le Università. Sul punto v. P. PASCUCCI, *La figura complessa del datore di lavoro per la sicurezza nelle università tra "vecchio" e "nuovo" diritto*, *DSL*, 2016, 1 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. già art. 2 *legge n. 142/2001*.

⁽⁶⁶⁾ L'equiparazione dell'associato in partecipazione ex *art. 2549 c.c.* è stata superata dall'abrogazione della figura ex art. 53, *d.lg. n. 81/2015*.

⁽⁶⁷⁾ Secondo [Cass., 5-2-2013](#), *LPA*, 2013, 186, l'infortunio di un Lsu non dà luogo a responsabilità ex [art. 2087 c.c.](#)

⁽⁶⁸⁾ Su questi aspetti cfr. A. DELOGU, *Lavori atipici ed uniformi esigenze di tutela*, *ASL*, 2015, 11, 27 ss.; C. LAZZARI, *Prime osservazioni a proposito di revisione delle forme contrattuali e sicurezza sul lavoro*, *WPolympus*, 41/2015; M. LAI, "Jobs Act" e sicurezza del lavoro, *ISL*, 2016, 4, 190; V. PASQUARELLA, *L'organizzazione della sicurezza in alcune tipologie di lavoro revisionate dal Jobs Act*, *DSL*, 2016, 113 ss.

⁽⁶⁹⁾ V. in particolare art. 34. In precedenza la materia era regolata, in modo sostanzialmente analogo, dagli artt. 23, 5° co., d.lg. n. 276/2003 e 3, 5° co., d.lg. n. 81/2008, ora abrogati dall'art. 55, 1° co., lett. d) ed e), d.lg. n. 81/2015.

⁽⁷⁰⁾ L'art. 35, 4° co., d.lg. n. 81/2015 menziona accanto a quelli di protezione, anche gli obblighi di prevenzione.

⁽⁷¹⁾ Compresa la sorveglianza sanitaria V. risposta Interpello 12-5-2016, n. 8 e *Cass.*, 22-7-2013, n. 31300, *MGL*, 2014, 3, 182, nota GALLO.

⁽⁷²⁾ Dopo l'intervento degli artt. 2 e 52 d.lg. n. 81/2015.

⁽⁷³⁾ Agli autonomi si applicano anche le disposizioni sui cantieri (art. 94 d.lg. n. 81/2008). L'art. 11 della legge in materia di tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale approvata in via definitiva il 10-5-2017, e in attesa di pubblicazione, attribuisce al Governo una delega volta alla semplificazione della normativa preventiva per gli studi professionali.

⁽⁷⁴⁾ Vale a dire i volontari della protezione civile, ivi compresi i volontari della Croce Rossa Italiana, etc.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. art. 1 d.l. n. 25/2017, conv. con modificazioni in [legge n. 49/2017](#).

⁽⁷⁶⁾ Art. 3, 8° co., modificato dall'art. 20 d.lg. n. 151/2015.

⁽⁷⁷⁾ Art. 22 della legge approvata in via definitiva il 10-5-2017, ma in attesa di pubblicazione. Sul punto v. G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, *WPD'Antona*, 327/2017, in part. 13 ss. e M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, *DSL*, 2017, 1.

⁽⁷⁸⁾ In una supina attuazione dell'art. 3, lett. a), dir. 89/391/CE.

⁽⁷⁹⁾ Contenute in particolare nel [d.p.r. n. 547/1955](#), cfr. [Cass., 24-4-2003, n. 34464](#), *RP*, 2004, 203.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. [Cass., 10.2.2016, n. 8883](#), cit., secondo cui il sistema della normativa antinfortunistica si sarebbe trasformato da un modello "iperprotettivo", incentrato sul datore di lavoro, a un modello "collaborativo", in cui gli obblighi sono ripartiti tra più soggetti. Sul punto cfr. A. PRETEROTI, *Obbligo*, cit., 832.

⁽⁸¹⁾ Cfr. F. BASENGHI, *La ripartizione intersoggettiva del debito di sicurezza*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2009, 86; A. VELTRI, *I soggetti garanti della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Torino, 2013, passim.

⁽⁸²⁾ *Cass.*, 20-7-2016, n. 33630, *DSL*, 2016, 2, 48, nota A. PIZZI; [Cass., 28-5-2013, n. 37738](#), *GDir.*, 2013, 43, 77. Pare non cogliere tale distinzione [Cass., 23-10-2014, n. 49670](#), *DeJure*. Sul punto si v. F. BACCHINI, *Sicurezza (del lavoro) e organizzazione (aziendale)*, *WPolympus*, 28/2013, 7 ss.

⁽⁸³⁾ Cfr. [Cass., 19-3-2015, n. 24452](#), *DeJure*. Tuttavia [Cass., 26-6-2014, n. 33417](#), *GDir.*, 2014, 40, 27, ha escluso la responsabilità del datore qualora l'infortunio sia dipeso da assenza di vigilanza del preposto. *Contra Cass.*, 12-4-2012, n. 3117, *DeG*, 2013, 22.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Milano, 2015, 13 ss.

⁽⁸⁵⁾ Che conferma il principio di effettività di orine giurisprudenziale cfr. *Cass.*, 17-9-2007, n. 34995, *ISL*, 2008, 55 e [Cass., 14-6-2012, n. 28410](#), *DeG*, 2012.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. art. 2, 1° co., lett. c) e t).

⁽⁸⁷⁾ Cfr. D. VENTURI, *I datori di lavoro privati*, in *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo*, a cura di M. Tiraboschi-L.Fantini, Milano, 2009, 259.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. A. GIULIANI, *Misure generali di tutela, obblighi del datore di lavoro e valutazione dei rischi*, in *La nuova sicurezza in azienda*, a cura di Santoro Passarelli, Milano, 2008, 90.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. *Cass.*, 6-6-2011, n. 22334, *GLav*, 2011, 36, 50.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. *Cass.*, 6-2-2004, n. 4981, *DPL*, 2004, 1919, meglio nota come sentenza Galeazzi.

- ⁽⁹¹⁾ Cfr. Cass., 3-2-2011, n. 4106, *olympus.uniurb.it*.
- ⁽⁹²⁾ Cfr. F. STOLFA, *Le definizioni*, in *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano, 2010, a cura di L. Zoppoli-P. Pascucci-G. Natullo, cit., 68.
- ⁽⁹³⁾ Cfr. A. PADULA, *Tutela civile e penale della sicurezza sul lavoro*, Padova, 2010, 43.
- ⁽⁹⁴⁾ Si v. A. CULOTTA-M. DI LECCE-G. COSTAGLIOLA, *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro: La disciplina giuridica vigente*, Milano, 1998, 117. *Contra* P. ALBI, *Adempimento*, cit., 178.
- ⁽⁹⁵⁾ Cfr. Cass., 24-2-2015, n. 13858, *GDir*, 18, 89. Sul tema, invero, sussistono varie incertezze. Cfr. Cass., 25-10-2012, n. 4198, in *olympus.uniurb.it*; Cass., 21-12-2010 n. 2816, *GDir*, 2011, 18, 75.
- ⁽⁹⁶⁾ Per Cass., 27-9-2012, n. 37329, in *olympus.uniurb.it*; Cass., 6-8-2010, n. 31385, *GLav*, 2010, 36, 38, nelle cooperative la responsabilità ricade sul presidente in quanto rappresentante legale.
- ⁽⁹⁷⁾ Cfr. Cass., 26-3-2013, n. 21628, *RCP*, 2013, 1334; Cass., 23-5-2007, n. 24478, *CP*, 2008, 4317.
- ⁽⁹⁸⁾ Cfr. Cass., 31-3-2006, n. 11358, *MGL Rep.*, 2006, 97; Cass., 19-7-2012, n. 41063, *DeG*, 2012.
- ⁽⁹⁹⁾ Cfr. Cass., 26-5-2009, n. 32193, *CP*, 2010, 2842; Cass., 22-4-2004, *MGL*, 2004, 11, 116. In relazione ad una Snc si v. Cass., 19-10-2012, n. 41063, in *olympus.uniurb.it*.
- ⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. Cass., 10-6-2010, n. 38991, *DeG*, 2010, 502; Cass., 1-4-2005, n. 12370, *ISL*, 2005, 461. Sul punto cfr. P. PASCUCCI, *L'individuazione delle posizioni di garanzia nelle società di capitali dopo la sentenza "ThyssenKrupp": dialoghi con la giurisprudenza*, *WPolympus*, 10/2012.
- ⁽¹⁰¹⁾ Cfr. S. BERTOCCO, *La tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Comm. F. Carinci*, II, t. 1, Torino, 2007, 983. Per Cass., 17-6-2015, n. 29792, *GDir*, 2015, 32, 93, l'attribuzione della qualifica di direttore dei lavori non implica automaticamente responsabilità preventive.
- ⁽¹⁰²⁾ Cfr. recentemente Cass., 1-2-2017, n. 8118, *DeJure*.
- ⁽¹⁰³⁾ Che operi cioè nelle amministrazioni elencate dall'art. 1, 2° co., d.lg. n. 165/2001. Sul punto v. P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, *LPA*, 2009, 564 ss.
- ⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. Cass., 27-9-2010, n. 34804, *ISL*, 2010, 648.
- ⁽¹⁰⁵⁾ Rischiando per giunta di incorrere in una sanzione penale ex art. 328 c.p., giacché l'individuazione è atto dovuto.
- ⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. Cass., 17-4-2013, n. 23944, *GDir*, 2013, 26, 79, che ha riconosciuto la qualifica datoriale ai direttori sanitari. In ambito scolastico v. Cass., 3-2-2015, n. 12223, *LPA*, 2015, 5, 692, nota A. PIOVESANA.
- ⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. Cass., 12-4-2013, n. 30214, *DeJure*; Cass., 22-3-2012, n. 15206, *GDir*, 2012, 23, 76.
- ⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. Cass., 14-4-2016, n. 30143, *DeG*, 2016, 19 luglio.
- ⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. Cass., 5-6-2008, n. 22615, *MGL Rep.*, 2008, 96.
- ⁽¹¹⁰⁾ Cfr. Cass., 7-12-2005, n. 44650, *DPL*, 2006, 747.
- ⁽¹¹¹⁾ Cfr. Cass., 7-11-2013, n. 6370, *FI*, 2014, 12, II, 681.
- ⁽¹¹²⁾ Cfr. L. GALANTINO, *Il Testo Unico novellato in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro: note introduttive*, in EAD. (a cura di), *Il Testo*, cit., 20.
- ⁽¹¹³⁾ Cfr. Cass., 7-4-2011 n. 22334, *GDir*, 2011, 33-34, 73.
- ⁽¹¹⁴⁾ Cfr. Cass., 26-6-2000, n. 7386, *ASL*, 2003, 4, 77.
- ⁽¹¹⁵⁾ Cfr. P. GENITO, *Il ruolo dei preposti*, in *Le nuove*, a cura di L. Zoppoli-P. Pascucci-G. Natullo, cit., 293 ss.
- ⁽¹¹⁶⁾ Cfr. T. Taranto 6-11-2015, n. 3586, *Ilgiuslavorista.it*, 17-2-2016.
- ⁽¹¹⁷⁾ Cfr. Cass., 4-6-2015, n. 34299, *DeJure*; Cass., 10-1-2013, n. 9491, *GDir*, 2013, 14, 79.
- ⁽¹¹⁸⁾ Cfr. Cass., 7-2-2012, n. 16888, *GDir*, 2012, 24, 94; Cass. 15-6-2011, n. 43628, *GDir*, 2012, 13, 75.
- ⁽¹¹⁹⁾ P. GENITO, *Il ruolo*, cit., 245.
- ⁽¹²⁰⁾ Sui criteri distintivi tra le tre figure cfr. Cass., 6-5-2016, n. 24136, *DeJure*; Cass., 28-5-2013, n. 37738, *GDir*, 2013, 43, 77.
- ⁽¹²¹⁾ Cfr. T. Firenze, 17-12-2015, n. 4678, *GDir*, 2016, 15, 84.
- ⁽¹²²⁾ Cfr. P. PASCUCCI, *La nuova*, cit., 18 ss.



- ⁽¹²³⁾ Tale norma riprende - a volte rendendolo più incisivo (cfr. lett. *b, d, n, o* e *p*) e a volte arricchendolo (cfr. lett. *t*) - il contenuto del previgente art. 3 del d.lg. n. 626/1994. Cfr. C. TIMELLINI, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in *Il Testo*, a cura di L. Galantino, cit., 55 ss.
- ⁽¹²⁴⁾ L. MONTUSCHI, *I principi generali del d.lgs. n. 626/1994*, in Id. (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997, 52.
- ⁽¹²⁵⁾ Cfr. G. BOLEGO, *sub* art. 15, in *Principi comuni*, a cura di C. Zoli, Bologna, 2011, 141.
- ⁽¹²⁶⁾ Cfr. G. NATULLO, *L'assetto delle fonti, le abrogazioni e le disposizioni finali*, in *Le nuove*, a cura di L. Zoppoli-P. Pascucci-G. Natullo,, cit., 41.
- ⁽¹²⁷⁾ Cfr. G. NATULLO, *"Nuovi" contenuti della contrattazione collettiva, organizzazione del lavoro e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori*, *WPOlympus*, 5/2012.
- ⁽¹²⁸⁾ In generale sui temi della vigilanza e del controllo in materia preventiva v. P. PASCUCCHI-L. ANGELINI-C. LAZZARI, *I "sistemi" di vigilanza e di controllo nel diritto della salute e sicurezza sul lavoro*, *LD*, 2015, 4, 621 ss.
- ⁽¹²⁹⁾ Cfr. *Cass.*, 13-6-2006, n. 33594, *ISL*, 2007, 102.
- ⁽¹³⁰⁾ Cfr. C. PAONESSA, *Problemi risolti e questioni ancora aperte nella recente giurisprudenza in tema di debito di sicurezza e delega di funzioni*, *DLRI*, 2014, 519 ss.
- ⁽¹³¹⁾ Cfr. *Cass.*, 2-2-2010, n. 1158, *DeG*, 2010. La delega si distingue inoltre dalla procura, cfr. *Cass.*, 27-2-2008, n. 8620, *ISL*, 2008, 362.
- ⁽¹³²⁾ Sui cui effetti v. *supra*, par. 15.
- ⁽¹³³⁾ In quest'ordine di idee *Cass.*, 17-7-2015, n. 38551, in *olympus.uniurb.it*.
- ⁽¹³⁴⁾ Sui requisiti della delega v. *Cass. S.U.*, 24-4-2014, n. 38343, *CP*, 2015, 426 ss., nota SUMMERER; *Cass.*, 2-2-2016, n. 4350, in *olympus.uniurb.it*.
- ⁽¹³⁵⁾ *Contra* F. BASENGHI, *La ripartizione*, cit., 100.
- ⁽¹³⁶⁾ *Contra* in passato CULOTTA-DI LECCE-COSTAGLIOLA, *Prevenzione*, cit., 121.
- ⁽¹³⁷⁾ Cfr. *Cass.*, 25-2-2010, n. 7691, *GLav*, 2010, 20, 20, nota SCARAMELLA; *Cass.*, 18-1-2013 n. 39158, *DeJure*.
- ⁽¹³⁸⁾ Cfr. *Cass.*, 26-10-1999, n. 1281, *ISL*, 1999, 12.
- ⁽¹³⁹⁾ Cfr. *Cass.*, 27-1-2000, n. 881, *DPL-Serie oro*, 2001, 5, 108.
- ⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. *Cass.*, 28-2-1997, n. 5780, *CP*, 1998, 2462. *Contra* *Cass.*, 30-9-2002, n. 32524, *DPL*, 2002, 2661.
- ⁽¹⁴¹⁾ In passato, invece, se ne dubitava, cfr. G. BOTTIGLIONI, *Delega di funzioni e soggetti esterni all'impresa*, in *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, a cura di L. Montuschi, Torino, 1997 281 ss.
- ⁽¹⁴²⁾ La escludeva P. SOPRANI, *Sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro*, Milano, 2001, 56. *Contra* T. VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006, 199.
- ⁽¹⁴³⁾ Cfr. *Cass.*, 11-4-2008, n. 15234, *MGL Rep.*, 2008, 95, sul caso di un preposto delegato in più cantieri con dislocazione tale che rendeva impossibile o difficoltoso l'adempimento. *Contra* *Cass.*, 21-4-2006, *ISL*, 2006, 377.
- ⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. *Cass.*, 25-2-2014, n. 14615, *CP*, 2015, 289.
- ⁽¹⁴⁵⁾ La norma supera, pertanto, un precedente orientamento giurisprudenziale, cfr. *Cass.*, 1-12-2009, n. 45931, *NGL*, 2010, 203.
- ⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. *Cass.*, 12-7-2001, n. 28190, che citava le deliberazioni del consiglio di amministrazione, le previsioni statutarie, ecc.
- ⁽¹⁴⁷⁾ Art. 27 d.lg. n. 152/2006.
- ⁽¹⁴⁸⁾ L'accettazione era stata già richiesta dalla giurisprudenza, cfr. *Cass.*, 27-6-2012, n. 25359, in *olympus.uniurb.it*; *Cass.*, 8-3-2012, n. 25535, *DeG*, 2012. Sulla facoltà di rifiutare il conferimento della delega, v. risposta Interpello 2-11-2015, n. 7.
- ⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. T. VITARELLI, *La disciplina della delega di funzioni*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di Giunta-Micheletti, Milano, 2010, cit., 45.
- ⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. *Cass.*, 15-10-2013, n. 44482, *DeG*, 2013.
- ⁽¹⁵¹⁾ Si v. I. CONSOLI, *La delega di funzioni: la sua efficacia liberatoria in un'ottica sostanzialistica e la collocazione sistematica dell'obbligo di vigilare del delegante*, *MGL*, 2014, 776 ss.
- ⁽¹⁵²⁾ Cfr. A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985.
- ⁽¹⁵³⁾ Cfr. M. LEPORE, *Delegante e delegato: ingerenza e obbligo di sorveglianza*, *ASL*, 2005, 7-8, 7. *Cass.*, 27-1-2003, n. 3885, *DPL*, 2003, 631



- ⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. T. PADOVANI, «Infortuni sul lavoro III - Prevenzione degli infortuni sul lavoro - Dir. Pen.», in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1989.
- ⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. D. PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, RGL, 1982, IV, 178.
- ⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. *Cass.*, 25-6-2014, n. 46820, *GDir.*, 2015, 2, 78.
- ⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. *Cass.*, 21-4-2016, n. 22837, *DeJure*; *Cass.*, 1-2-2012, n. 10702, *GDir.*, 2012, 17, 43, nota TATARELLI.
- ⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. S. BERTOCCO, *La delegabilità degli obblighi*, in *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, a cura di F. Carinci-Gragnoli, Torino, 2010, 240.
- ⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. F. BACCHINI (a cura di), *Il "Testo Unico" sulla Sicurezza nei Luoghi di Lavoro*, Venezia, 2008, 48. Cfr. *Cass.*, 5-4-2013, n. 50605, *DeG*, 2013; *Cass.*, 10-12-2008, n. 4123, *DRI*, 2009, 404, nota di GIOVANNONE-RUSSO, in cui si ribadisce che simili obblighi non possono delegarsi neppure in imprese di grandi dimensioni.
- ⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. *Cass.*, 11-2-2016, n. 22147, in *olympus.uniurb.it*.
- ⁽¹⁶¹⁾ Cfr. *Cass.*, 27-2-2008, n. 8620, cit.
- ⁽¹⁶²⁾ Cfr. *Cass.*, 28-1-2009, n. 4123, *RI*, 2009, II, 15, nota CRIMI; e, per certi versi, *Cass.*, 20-4-2011, n. 28779, *GDir*, 2011, 38, 93.
- ⁽¹⁶³⁾ Cfr. *Cass.*, 27-1-1999, *MGL*, 1999, 700, nota GIOVAGNOLI.
- ⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. *Cass.*, 1-6-2007, n. 21593, *ISL*, 2007, 520.
- ⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. *Cass.*, 14-12-2010 n. 5013, *GDir*, 2011, 42, 36, secondo cui il preposto, qualora abbia tollerato prassi contra legem, risponde dell'infortunio occorso anche se al verificarsi dell'evento non era materialmente presente.
- ⁽¹⁶⁶⁾ Sul punto v. M. CORRIAS, *I Lavoratori*, in *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, a cura di Persiani-Lepore, Torino, 2012, 213; M. MARTINELLI, *L'individuazione*, cit., 37.
- ⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. *Cass.*, 6-12-2011, n. 4397, *DeG*, 2012.
- ⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. *Cass.*, 12-11-2013, n. 25392, *MGL*, 2014, 680 ss., nota GALLO. Parzialmente *contra Cass.*, 27-2-2007, *RIDL*, 2007, II, 896, nota L. MONTUSCHI.
- ⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. *Cass.*, 14-10-2008, n. 1763, *FI*, 2009, 4, II, 197, nota AMATO.
- ⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. A. DELOGU, *Ruoli e responsabilità: progettisti, fabbricanti, fornitori, installatori*, *ASL*, 2015, 7/8, 36 ss.; D. VOLPE, *Gli obblighi dei progettisti, fornitori e installatori*, *WPolympus*, 35/2014.
- ⁽¹⁷¹⁾ Cfr. *Cass.*, 28-1-2011, n. 3095, *GLav*, 2011, 36, 47. Sulla ratio v. D. VOLPE, *Sicurezza organizzata e soggetti esterni all'azienda*, 2016, 2, 11 ss.
- ⁽¹⁷²⁾ Cfr. *Cass.*, 28-4-2011, n. 23430, *GDir*, 2011, 37, 81.
- ⁽¹⁷³⁾ Cfr. *Cass.*, 3-12-2009, n. 2494, *CP*, 2010, 3976; *Cass.*, 4-2-2010, n. 4923, *GLav*, 2010, 18, 64.
- ⁽¹⁷⁴⁾ Artt. 18, 1° co., lett. a), e 50, 1° co., lett. c), d.lg. n. 81/2008.
- ⁽¹⁷⁵⁾ Ad esempio, quelle che prevedono la movimentazione manuale dei carichi; l'uso di videoterminali o espongono all'uso di agenti pericolosi per la salute: amianto; piombo; etc.
- ⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. risposta Interpello 2-11-2015, n.8.
- ⁽¹⁷⁷⁾ Cfr. *Cass.*, 8-3-2016, n. 4502, *RIDL*, 2016, 3, 589, nota M. VINCIERI; *Cass.*, 26-1-2017, n. 2008, *GCM*, 2017.
- ⁽¹⁷⁸⁾ Cfr. *Cass.*, 15-1-2013, n. 1856, in *olympus.uniurb.it*.
- ⁽¹⁷⁹⁾ È possibile incaricare servizi esterni costituiti presso associazioni datoriali o organismi paritetici (art. 31, 1° co.).
- ⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. art. 34 e Allegato II. Sono escluse le attività particolarmente rischiose e quelle elencate nell'art. 31, 6° co.
- ⁽¹⁸¹⁾ Cfr. *Cass.*, 6-5-2014, n. 20682, *GDir*, 2014, 33, 57.
- ⁽¹⁸²⁾ La formazione e l'aggiornamento sono stabiliti, oltre che per i soggetti incaricati del SPP (art. 32), anche per il datore di lavoro che intenda svolgere il ruolo di RSPP (art. 34, co. 2°, 2 bis e 3°). Sul punto si vv. gli Accordi siglati in Conferenza Stato/Regioni il 21-12-2011, il 25-7-2012 e, da ultimo, il 7-7-2016. Si v. inoltre gli Interpelli n. 18/2013 e nn. 12 e 14/2014.
- ⁽¹⁸³⁾ Cfr. *Cass.*, 23-11-2012, n. 49821, *FI*, 2013, 6, II, 350, nota FIANDACA. *Contra Cass.* 17-1-2014, n. 22233, *GDir*, 2014, 28, 83.
- ⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. *Cass. S.U.*, 24-4-2014, n. 38343, *CP*, 2015, 2, 426, nota SUMMERER.
- ⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. *Cass.*, 31-1-2013, n. 4958, in *olympus.uniurb.it*.

⁽¹⁸⁶⁾ Su questi temi in particolare B. M. ORCIANI, *Rappresentanza e tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Napoli, 2014, passim. Sull'art. 9 st. lav. E. ALES, *L'articolo 9 statuto dei lavoratori alla luce della legislazione più recente in materia di salute e sicurezza: partecipazione o controllo?*, RIDL, 2011, 57 ss.

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. M. LAI, *Diritto della salute*, cit., 52-53.

⁽¹⁸⁸⁾ La valutazione va effettuata in tutti settori, pubblici e privati, cfr. [Cass., 4-7-2012, n. 33567](#), DeJure.

⁽¹⁸⁹⁾ Si rimanda, ex multis, a L. ANGELINI (a cura di), *La prevenzione dei rischi da stress lavoro-correlato: Profili normativi e metodiche di valutazione*, WPolympus, 31/2014; M. C. CATAUDELLA, *Lavorare stanca. Alcune considerazioni sullo stress lavoro correlato*, ADL, 2010, I, 673 ss.; I. CORRADINI-P. LAMBERTUCCI, *Lo stress nei luoghi di lavoro: profili psicologici, giuridici e metodologie di valutazione*, Roma, 2015; E. MENEGATTI, *Stress lavoro-correlato e responsabilità risarcitoria del datore di lavoro*, ADL, 2014, 4-5, 972 ss.; R. NUNIN, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, Trieste, 2012.

⁽¹⁹⁰⁾ Ad esso ha fatto seguito anche l'a.i. del 9-6-2008.

⁽¹⁹¹⁾ V. G. SANTORO PASSARELLI, *Lo stress lavoro-correlato: incertezze di significati e responsabilità del datore di lavoro*, in *Stress e lavoro*, MGL, 2012, 33.

⁽¹⁹²⁾ Trasfuse nella circ. Min. lav. 18-11-2010.

⁽¹⁹³⁾ In materia occorre tener conto delle Linee guida INAIL 19-5-2011, della circ. Min. lav. 18-11-2010, e della risposta Interpello 15-11-2012, n. 5.

⁽¹⁹⁴⁾ Cfr. [Cass., 10-3-2016, n. 20129](#), DeJure.

⁽¹⁹⁵⁾ O attestata dalla sottoscrizione da parte del datore di lavoro, nonché, ai soli fini della prova della data, del RSPP, del RLS e del medico.

⁽¹⁹⁶⁾ Cfr. Cass., 16-3-2010, n. 10488, ASL, 2010, 7/8, 116.

⁽¹⁹⁷⁾ Ad es. la valutazione dei rischi da esposizione ad agenti fisici va ripetuta ogni 4 anni (art. 181, 2° co.) ad agenti cancerogeni e mutageni ogni 3 anni (art. 236, 5° co.).

⁽¹⁹⁸⁾ L'obbligo di redigere il DVR non viene meno in caso di assorbimento societario, cfr. [Cass., 5-5-2011, n. 24820](#), FI, 2011, 10, II, 516.

⁽¹⁹⁹⁾ Tra i quali gli strumenti informatizzati secondo il prototipo europeo OIRA. Cfr. co. 6 quater dell'art. 29 d.lg. n. 81/2008, introdotto dall'art. 20 d.lg. n. 151/2015. Sul punto v. O. BONARDI, *Dentro al ginepraio della semplificazione. Salute e sicurezza sul lavoro nell'Italia che riparte*, RGL, 2016, I, 607 ss.

⁽²⁰⁰⁾ Cfr. P. PASCUCCI, *Ruolo della formazione nel sistema della sicurezza sul lavoro*, RI, 2011, 31

⁽²⁰¹⁾ L'Interpello 21-3-2016, n. 4, esclude che la formazione specifica possa avvenire in modalità e-Learnig.

⁽²⁰²⁾ Cfr. circ. Min. lav. 29-7-2011, n. 20.

⁽²⁰³⁾ D.i. 6-3-2013. V. risposte ad Interpelli 24-6-2015, n. 2; 2-11-2015, n. 9. Cfr. P. PASCUCCI, *Quali formatori per la sicurezza sul lavoro?*, WPolympus, 40/2015.

⁽²⁰⁴⁾ Ad es., esercitazioni per l'uso di sistemi e procedure; la simulazione di stati di emergenza.

⁽²⁰⁵⁾ Cfr. [Cass., 27-9-2010, n. 34771](#), MGL, 2011, 204.

⁽²⁰⁶⁾ Cfr. Cass., 19-1-2011, n. 9923, GDir, 2011, 21, 58.

⁽²⁰⁷⁾ Cfr., ex multis, Cass., 11-8-2004, n. 34298, ISL, 2004, 758.

⁽²⁰⁸⁾ Cfr. [Cass., 11-2-2016, n. 22147](#), DeJure.

⁽²⁰⁹⁾ Laddove richieda un impegno al di fuori dell'orario di lavoro, dovrà essere retribuito (art. 15, 2° co.).

⁽²¹⁰⁾ Per T. Terni, 8-10-2014, n. 1042, DeJure, è esente da responsabilità un datore di lavoro che abbia omesso l'addestramento specifico nei confronti di un lavoratore esperto.

⁽²¹¹⁾ Cfr. d.m. 24-1-2011, n. 19, recante le modalità di applicazione in ambito ferroviario del d.m. n. 388/2003.

⁽²¹²⁾ Cfr., tra gli altri, M. LAI, *La sicurezza del Lavoro negli appalti*, RI, 2011, 43 ss.; O. BONARDI, *La sicurezza sul lavoro nel sistema degli appalti*, WPolympus, 26/2013.

⁽²¹³⁾ Cfr. T. Forlì, 10-7-2014 n. 933, DCoI, 2014, 1, 177, nota BUCCELLATO.

⁽²¹⁴⁾ *Contra* [Cass., 18-9-2013, n. 42347](#), RP, 2014, 3, 307, relativa ad un amministratore di condominio.



- (215) Cfr. *Cass.*, 28-10-2009, n. 22818, *MGL*, 2010, 256, nota COSTA. C. MAGISTRINI, *Sicurezza del lavoro nell'appalto*, in *La nuova sicurezza in azienda*, a cura di Santoro Passarelli, cit., 161 ss. Cfr., altresì, *Cass.*, 9-5-2017, n. 11311, *DeG*, 2017, 10 maggio.
- (216) Cfr. *Cass.*, 8-7-2014, n. 36268, *DeG*, 2014; *Cass.*, 6-12-2016, n. 10014 *DeG*, 2017, 2 marzo.
- (217) In tema v. Cfr. A. ZINI, *Il datore di lavoro committente e la valutazione dei rischi da interferenze*, in *Il Testo*, a cura di Galantino, cit., 175; V. PASQUARELLA, *La responsabilità nel sistema degli appalti*, in *Le nuove*, a cura di L. Zoppoli-P. Pascucci-G. Natullo, cit., 355.
- (218) Cfr. *Cass.*, 7-1-2009, n. 45, *ADL*, 2009, 800, nota SANTINI.
- (219) Cfr. *Cass.*, 23-1-2008, n. 3502, *ISL*, 2008, 167.
- (220) Cfr. *Cass.*, 28-11-2013, n. 1511, *DeJure*.
- (221) Cfr. P. TULLINI, *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, *ADL*, 2007, 890 ss.
- (222) Ad esclusione dei contratti di somministrazione di beni e servizi essenziali (*artt. 1655, 1656 e 1677 c.c.*)
- (223) Cfr. *Cass.*, 11-11-2014, n. 5857, *DeJure*.
- (224) *Cass.*, 19-6-2009, n. 25946, *ISL*, 2009, 463.
- (225) V. E. DE MARTINO, *Il DUVRI dopo il decreto correttivo al T.U. sulla sicurezza sul lavoro*, Santarcangelo di Romagna, 2009. Cfr. *Cass.*, 14-11-2012, n. 2285, *DeG*, 2013 in merito alla sanzionabilità del mancato adempimento.
- (226) Cfr. *Cass.*, 2-5-2016, n. 18200, in *olympus.uniurb.it*.
- (227) J. TSCHÖLL, *Committenti e appaltatori*, in M. TIRABOSCHI-L. FANTINI (a cura di), *Il Testo*, cit., 298. Al DUVRI possono accedere sia il RLS, che gli organismi locali delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale (art. 26, 3° co., modificato dal *d.l. n. 69/2013* e s.m.i.).
- (228) L'unica norma non derogata dal Tit. IV pare essere il 4° co. dell'art. 26 (art. 96, 2° co.). Cfr. *Cass.*, 12-3-2015, n. 14167, *DeJure*.
- (229) Cfr. *Cass.*, 3-11-2011, n. 46849, *CP*, 2012, 12, 4248.
- (230) Si v. *Cass.*, 12-2-2015, 14012, *DeJure*; *Cass.*, 20-11-2009, n. 1490, *GDir*, 2010, 21, 82.
- (231) Cfr. C. LAZZARI, *Salute e sicurezza nei cantieri temporanei o mobili: il ruolo dei coordinatori per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori dopo il decreto legislativo n. 81 del 2008*, *RDSS*, 2008, 541 ss.; *Cass.*, 15-9-2015, n. 41820, *DeG*, 2015.
- (232) Ex art. 104 bis (introdotto dal *d.l. n. 69/2013* e s.m.i.) la redazione di tali documenti può avvenire attraverso modelli semplificati definiti dal d.l. 9-9-2014.
- (233) Cfr. G. SEMERARO, *Salute e sicurezza dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici*, *ISL*, 2016, 6, 315.
- (234) Sul tema si v. da ultimo, ex multis, D. FONDAROLI, C. ZOLI (a cura di), *Modelli*, cit., passim; G. LOSAPPIO, *Organizzazione, colpa e sicurezza sul lavoro. Dosimetria dell'impresa e della colpa di organizzazione*, *DSL*, 1, 2016, 98 ss.; T. VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, *RIDPP*, 2009, 695 ss.; A. DELOGU, *Modelli di organizzazione e di gestione: requisiti, contenuti ed efficacia esimente*, *ASL*, 3, 2016, 50 ss.
- (235) Introdotto dall'art. 9, *legge n. 123/2007* e sostituito dall'art. 300 d.lg. n. 81/2008.
- (236) Cfr. T. Trani, 12-1-2010.
- (237) Cfr. circ. Min. lav., 11-7-2011 che fornisce chiarimenti sui sistemi di controllo e disciplinare.
- (238) Cfr. d.i. 25-5-2016, n. 183.
- (239) Previsto in generale dall'art. 9 d.lg. n. 124/2004.
- (240) Organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, consigli nazionali degli ordini o collegi professionali, gli enti pubblici nazionali e - a dopo l'art. 20 d.lg. n. 151/2015 - anche le regioni e le province autonome.
- (241) Cfr. circ. Min. lav. 23-12-2004, n. 49.
- (242) V. A. BONDI, *Le disposizioni sanzionatorie del Titolo I*, in *Le nuove*, a cura di L. Zoppoli-P. Pascucci-G. Natullo,, cit., 549; G. INSOLERA (a cura di), *Norme penali e processuali, in La nuova sicurezza sul lavoro*, diretto da Montuschi, III.; P. RAUSEI, *Illeciti e sanzioni: il diritto sanzionatorio del lavoro*, Milano, 2016, 439 ss.
- (243) Ad es. al Corpo nazionale dei vigili del fuoco per la protezione antincendi, al Ministero dello sviluppo economico per il settore minerario, etc.
- (244) Introdotto dal d.lg. n. 149/2015.

⁽²⁴⁵⁾ Già prevista dall'art. 5 legge. n. 123/2007.

⁽²⁴⁶⁾ Cfr. C. Cost. 5-12-2010, n. 310, *GI*, 2011, 1408, nota MASERA.

⁽²⁴⁷⁾ Andranno individuate con un decreto ministeriale, in attesa si fa riferimento all'Allegato I.

⁽²⁴⁸⁾ Cfr. circ. Min. lav. 12-10-2015, n. 26 e [nota 16-11-2015](#).

⁽²⁴⁹⁾ Ai sensi dell'art. 14, 9° co., il ricorso va proposto, entro 30 giorni.

⁽²⁵⁰⁾ È dubbia l'applicabilità della definizione delle contravvenzioni ex art. 302.

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE NELL'ESECUZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI: APPALTI E CONCESSIONI

di Marco Ceruti^(*)

D.Lgs. 02-07-2010, n. 104, Art. 133

L'attuale formulazione dell'art. 133, comma 1, lett. b) e c), c.p.a. prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le sole concessioni, mentre ne rimangono quasi interamente estromessi gli appalti. Ciò ingenera *ictu oculi* il paradosso di un dualismo nel dualismo fra giurisdizione amministrativa (sulle procedure d'affidamento dei contratti pubblici) e ordinaria (sull'esecuzione contrattuale) - che accomuna in linea di principio gli appalti e le concessioni -, con l'ulteriore dualismo non solo fra gli appalti e le concessioni, ma anche fra le concessioni di lavori (e/o servizi strumentali) e quelle di beni/servizi pubblici. La giustizia amministrativa più recente richiama la Cassazione, che finisce col decidere - inconsapevolmente - al posto della prima, e rinnega il riparto doppiamente dualistico di giurisdizione. Tale circostanza dimostra la naturale spettanza alla giurisdizione ordinaria della fase esecutiva delle concessioni, di tutte le concessioni (non solo di quelle di lavori e di servizi strumentali). Appalti e concessioni, entrambi fattispecie contrattuali, dovrebbero rientrare ugualmente nella giurisdizione ordinaria, una volta che sia terminata la fase pubblicistica dell'affidamento sulla quale la cognizione compete alla giustizia amministrativa.

Sommario: **Premessa: appalti, concessioni e giurisdizione su beni e servizi pubblici** - Appalti, concessioni e giurisdizione: il dualismo - Un primo caso giurisprudenziale emblematico del dualismo (e del caos) - Concessioni e giurisdizione: il dualismo nel dualismo - Cenni storici ed evolutivi sul dualismo di giurisdizione - La legislazione nazionale sul dualismo giurisdizionale - La giurisprudenza nazionale sul dualismo: Corte costituzionale, sentenza n. 204/2004 - Lo stato dell'arte sul caotico riparto di giurisdizione duale - La giurisprudenza recente con riferimento al riparto di giurisdizione sulle concessioni di beni e servizi pubblici: commistione e sincretismo fra giurisdizioni "ripartite" - a) Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3380: giurisdizione esclusiva del G.A. su una piscina comunale (riforma T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 13 maggio 2015, n. 697). La natura contrattuale delle concessioni e il flebile confine fra beni/servizi pubblici sconfessano l'assetto doppiamente dualistico del riparto di giurisdizione - b) C.G.A. Sicilia, Sez. giur., 12 agosto 2016, n. 269: giurisdizione ordinaria sulla gestione di un parcheggio multiuso (riforma T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 30 luglio 2015, n. 2104). L'assimilazione fra concessione di lavori pubblici ed appalti di lavori pubblici rende evidente la necessità di uniformare la disciplina delle concessioni - c) Cons. Stato, Sez. IV, 28 ottobre 2016, n. 4539: giurisdizione del giudice ordinario sulla gestione di una struttura sportiva polifunzionale (riforma T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 8 marzo 2016, n. 1261). Il caos e l'estrema incoerenza - Osservazioni conclusive: il paradosso del dualismo nel dualismo

Premessa: appalti, concessioni e giurisdizione su beni e servizi pubblici

Nell'ordinamento giuridico nazionale appalti e concessioni vivono un complicato rapporto di amore/odio. Circostanza che rende parecchio difficile discernere correttamente le due fattispecie. Ma ciò è solo una parte del problema poiché ad appalti e concessioni sono generalmente dedicate regole diverse in relazione alle procedure di affidamento⁽¹⁾ e - nonostante la diffusa tendenza ad assimilare le due fattispecie alla bisogna - anche in ambito processuale (soprattutto nel riparto di giurisdizione, dove in relazione alle concessioni persiste una certa resistenza della cognizione in capo al giudice amministrativo)⁽²⁾.

Mentre deve constatarsi il medesimo trattamento di appalti e concessioni per le controversie relative alle procedure di affidamento "di lavori, servizi, 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, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative"⁽³⁾, lo scenario muta radicalmente per quanto attiene all'esecuzione dei contratti.

Se dunque non può che riaffermarsi la sussistenza della giurisdizione esclusiva, prevista dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a. in ordine alla dichiarazione di inefficacia del contratto nel giudizio introdotto per l'annullamento dell'aggiudicazione, parimenti indiscutibile è che tale giurisdizione in nessun modo sia estensibile alla controversia successivamente instaurata tra l'aggiudicatario e l'ente aggiudicante in relazione alla manutenzione del contratto. Là dove non sia in discussione il vizio dell'aggiudicazione si è al di fuori dei casi in cui l'ordinamento attribuisce espressamente al giudice amministrativo la giurisdizione sulla sorte del contratto che si pone a valle della conclusione di un procedimento amministrativo viziato e, conseguentemente, deve darsi atto che ritorna pienamente applicabile l'ordinario criterio di riparto secondo il quale spetta al giudice ordinario conoscere della sorte del contratto, anche le volte in cui su di essa incidano profili delineati nel procedimento amministrativo presupposto dal contratto medesimo⁽⁴⁾.

Nell'ambito dell'attività negoziale della P.A., pertanto, tutte le controversie che attengono alla fase preliminare - antecedente e prodromica alla stipulazione del contratto - inerente alla formazione della sua volontà ed alla scelta del contraente privato in base alle regole dell'evidenza pubblica appartengono al giudice amministrativo, mentre sono devolute al giudice ordinario quelle che radicano le loro ragioni nella fattispecie negoziale successiva - che a partire dalla stipulazione del contratto contempla le vicende dell'(in)adempimento - e riguardano la disciplina dei rapporti che dal contratto scaturiscono⁽⁵⁾.

Alla suddetta regola generale, che vuole tutte le controversie sulle procedure di affidamento attribuite alla giurisdizione amministrativa, a prescindere che si tratti di appalto o di concessione, subentra - o meglio, si sovrappone -, per quanto concerne le concessioni, una regolamentazione che crea una serie di criticità interpretative ed applicative.

Il riferimento è ovviamente alla previsione della giurisdizione amministrativa esclusiva in merito alle vertenze relative alle concessioni di beni e servizi pubblici, salvo che per le questioni di carattere meramente patrimoniale.

L'attuale formulazione dell'art. 133, comma 1, lett. b) e c), c.p.a. prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per:

- le controversie aventi ad oggetto *atti e provvedimenti* relativi a rapporti di *concessione di beni pubblici*, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche;
- 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 pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'*affidamento di un pubblico servizio*, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità" (enfasi aggiunta).

Com'è evidente, dalla lettera delle disposizioni si evince che la giurisdizione esclusiva attiene alle sole concessioni, mentre ne rimangono quasi interamente estromessi gli appalti (che non sono certo né concessioni né provvedimenti), ad eccezione della loro fase di affidamento (che però è già ricompresa nell'ambito dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.: v. [nota n. 3 supra](#)).

Di conseguenza, relativamente alla fase dell'esecuzione contrattuale, appalti e concessioni sono oggetto di un dualismo nel dualismo che, pur se teoricamente ed astrattamente giustificabile per via della diversità ontologica delle fattispecie (comunque contrattuali) in parola, provoca di fatto un differente trattamento nei confronti di una medesima situazione giuridica soggettiva.

Ciò si deve principalmente al travisamento della concessione, la quale in Italia continua ad essere destinataria di preconcetti e pregiudizi che provengono dalla tradizione interna⁽⁶⁾.

A tal riguardo, infatti, per effetto dei recenti sviluppi emersi nel contesto del diritto europeo (art. 5, par. 1, lett. a) e b), della [Dir. 2014/23/UE](#)) e nazionale (art. 3, lett. uu) e vv), del [D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50](#)), la natura contrattuale delle concessioni di lavori e/o servizi può dirsi oramai pacifica⁽⁷⁾.

Per un verso, deve chiarirsi una volta per tutte che le concessioni di lavori e/o servizi non sono né convenzioni accessorie a provvedimenti, né accordi integrativi, tanto meno contratti ad oggetto pubblico nel senso tradizionale dell'espressione.

Viceversa rimane un'incognita in relazione alle concessioni di beni⁽⁸⁾.

Detta fattispecie, sulla scia del recente passato, è infatti esclusa *expressis verbis* dalla nuova [direttiva 2014/23/UE](#) sulle concessioni⁽⁹⁾.

Attribuire la natura concessoria a tutte le fattispecie che comportano il trasferimento di diritti su beni demaniali o patrimoniali indisponibili è senz'altro ragionevole, quasi naturale: in realtà, però, si compie un'operazione non proprio diafana dal punto di vista giuridico⁽¹⁰⁾.

La questione ermeneutica sorge dalla constatazione che il confine tra le concessioni di beni e quelle di servizi è assai labile, rendendo così le fattispecie tutt'altro che nitide. Non sempre è agevole stabilire se l'oggetto prevalente dell'affidamento al contraente è costituito dal servizio oppure dal bene, un po' come avviene nel caso dei contratti misti di servizi, forniture, lavori.

Qualcuno potrebbe addirittura giungere a sostenere la superfluità della concessione di beni dato che il bene pubblico, in sé e per sé considerato, non genera alcuna *utilitas* per il soggetto interessato alla sua concessione; semmai, è l'utilizzo che di quel bene può essere fatto a stimolare l'interesse dei potenziali affidatari (a prescindere che le prestazioni siano rivolte alla stessa P.A. o a soggetti terzi)⁽¹¹⁾. Aspetto, questo, che, come è oramai appurato e pacifico, non incide affatto sulla qualifica tassonomica in termini di appalto o concessione, essendo solamente l'allocazione del rischio fra le controparti a far assumere questa o quella dicitura.

Certo, è alquanto improbabile che il servizio venga svolto direttamente nei confronti della P.A., configurando allora una concessione o un appalto di servizi a seconda del rischio assunto, ma nulla esclude in astratto che la P.A. possa ritrovarsi a remunerare il contraente per servizi resi a terzi. A seconda che tale remunerazione annulli ogni rischio di domanda e/o di offerta per il gestore, oppure no, si avrà un appalto o una concessione, rispettivamente. Ciò dipende dal fatto che la caratteristica innata, comune a tutta la categoria concessoria *per se*, è il diritto di gestione (con annesso rischio operativo) del concessionario quale forma di compenso⁽¹²⁾.

Insomma, quando viene posta in essere una gestione esternalizzata del bene pubblico, è necessario accertare se la prestazione relativa al bene in questione sia destinata alla P.A. (e.g. una mensa interna per i propri dipendenti) o ad utenti esterni (i.e. i servizi pubblici in senso lato⁽¹³⁾).

Una volta individuate queste due alternative, e considerata l'alternativa della locazione, sembra rimanere davvero poco spazio per il *tertium genus* delle concessioni di beni di cui all'art. 133, comma 1, lett. b), c.p.a. La scissione fra servizio *pubblico* e servizio *strumentale* è comunque imprescindibile al fine di stabilire se si rientri o meno nella giurisdizione amministrativa esclusiva di cui alla successiva lett. c) del medesimo articolo.

Da tutto ciò si desume quanto la convivenza di appalti e concessioni, da un lato, nonché di servizi pubblici e strumentali, dall'altro, infici enormemente ed incontrovertibilmente la certezza del diritto non solo entro la classificazione tassonomica legale, ma anche e soprattutto dal punto di vista del riparto giurisdizionale fra l'autorità giudiziaria ordinaria e quella amministrativa.

La verità inconfutabile è che le concessioni di lavori e/o servizi hanno davvero poco a che vedere con le tradizionali concessioni amministrative conosciute dall'ordinamento nazionale, almeno nel periodo più recente⁽¹⁴⁾.

L'*imprinting* neoliberale apportato dalla disciplina di stampo sovranazionale conduce ad affermare che le concessioni di lavori e/o servizi non costituiscono né un provvedimento amministrativo né un accordo di diritto pubblico, ma piuttosto una figura contrattuale al pari degli appalti (fatte le dovute distinzioni in relazione al fatto che il corrispettivo del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestione o in tale diritto accompagnato da un prezzo).

In questi termini andava e va interpretata l'originaria definizione delle concessioni come contratti che presentano "le stesse caratteristiche di un appalto pubblico" (così è stata tradotta in italiano l'espressione inglese "*of the same type as a public contract*" di cui alle direttive quadro 2004/17/CE, 2004/18/CE e precedenti)⁽¹⁵⁾, ormai peraltro soppiantata dalla recente riforma del Codice in recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

Una simile affermazione trova piena giustificazione nelle righe che seguono, ove vengono brevemente presi in considerazione i principi di diritto enunciati nella pronuncia dell'Adunanza plenaria del Cons. Stato 27 luglio 2016, n. 22⁽¹⁶⁾.

Il merito della decisione dell'Adunanza Plenaria è sicuramente quello di aver chiarificato la confusione esistente in relazione al rito applicabile alle concessioni. A dispetto dell'apparente limpidezza del testo legislativo nel senso della onnicomprensività del rito speciale (destinato a tutte le procedure di affidamento di contratti pubblici), infatti, alcuni giudici avevano comunque sviluppato un trattamento differenziato per le concessioni, applicando il regime ordinario ed escludendole dal dimezzamento dei termini processuali.

Ciò evidenzia inequivocabilmente come nel nostro ordinamento le concessioni siano tuttora oggetto di prassi poco confacenti allo *status* delle medesime, le quali costituiscono qualcosa di diverso dalle classiche concessioni amministrative conosciute dal diritto nazionale.

La diatriba si riverbera sul riparto di giurisdizione in quanto, giova rammentarlo di nuovo, l'art. 133, comma 1, lett. b) e c), c.p.a. prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie aventi ad oggetto *atti e provvedimenti* relativi a rapporti di *concessione* di beni pubblici e per le controversie in materia di pubblici servizi relative a *concessioni* di pubblici servizi, ovvero relative a *provvedimenti* adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio.

Ancorché oggi disciplinati da due commi diversi della medesima norma - art. 133 c.p.a. -, beni e servizi pubblici condividono, quanto a giurisdizione, un percorso evolutivo comune.

La ragione di siffatta affinità, come detto, va identificata nella consueta ed anacronistica associazione di entrambe le fattispecie all'antidiluviana figura della concessione amministrativa. Per quanto riguarda i beni pubblici si rimanda a quanto esposto in precedenza (v. *supra*), mentre in riferimento al servizio pubblico può evidenziarsi quanto segue.

A fronte di una giurisprudenza favorevole alla teoria c.d. pubblicistica-estensiva che ha incluso nella giurisdizione esclusiva, e quindi nel pubblico servizio, anche le attività meramente strumentali rispetto al soddisfacimento dei bisogni dell'utenza, si è affermata la posizione di chi ritiene che costituisca servizio pubblico solo il diretto soddisfo dell'utenza⁽¹⁷⁾.

In via generale, si discute in dottrina se sia ancora attuale la permanenza della giurisdizione esclusiva sui servizi pubblici alla luce degli sviluppi recenti che hanno portato la concessione, ed il contratto di servizio in genere, a staccarsi dal provvedimento amministrativo⁽¹⁸⁾.

Analogo discorso vale con riferimento alle concessioni di beni - ammesso e non concesso che rappresentino un'entità a sé stante⁽¹⁹⁾ - ed a quelle di lavori misti a servizi.

Come detto, e qui si trova la conferma, tutte le concessioni in qualità di *genus* abbisognano di un ripensamento all'interno dell'ordinamento nazionale.

Fortunatamente, la giurisprudenza più recente, seppur minoritariamente e sporadicamente, lascia intravedere una certa presa di coscienza da parte dei giudici circa la reale essenza delle concessioni in virtù del diritto positivo. Alcune pronunce sono invero riuscite ad addivenire a un esito ragionevole, pur percorrendo delle vie alquanto traverse e sconnesse⁽²⁰⁾.

Conviene allora esaminare gli ultimi e più rilevanti arresti giudiziali per rimarcare le statuizioni più interessanti ed indicare la giusta via in vista del corretto inquadramento delle concessioni, senza trascurare le ripercussioni sul riparto di giurisdizione, ove si assiste ad un ingiustificato ed inopinato dualismo fra gli appalti e le concessioni⁽²¹⁾.

Dal riconoscimento della posizione di supremazia della P.A., in virtù dell'interesse pubblico, nelle concessioni-contratto (le convenzioni c.d. accessive a provvedimenti), si è progressivamente passati, sotto la spinta dell'Unione Europea, al principio della parità delle armi a disposizione delle parti contraenti nei contratti di concessione. Negli ultimi tempi, grazie agli sviluppi del portato europeo, la situazione ha dunque subito una radicale rivoluzione che, però, in Italia fatica a trovare cittadinanza. Deve quindi effettuarsi una seria ed accurata riflessione sulla opportunità della persistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva in relazione alle concessioni, dove sembra violarsi, tranne che per le questioni di tipo patrimoniale⁽²²⁾, il canone del giudice naturale: è infatti l'autorità giudiziaria ordinaria quella a cui, di regola, spetta e pertiene la cognizione sui diritti soggettivi⁽²³⁾.

Appalti, concessioni e giurisdizione: il dualismo

Nelle pagine introduttive che immediatamente precedono si è anticipato che nel quadro giuridico nazionale gli appalti pubblici, in veste di *arché* e *tòpos* del sistema di contrattualistica pubblica, soggiacciono alla normale scissione del sindacato giurisdizionale fra autorità giudiziaria amministrativa (a cui compete la delibazione sulle procedure ad evidenza pubblica) ed ordinaria (il cui dicastero sorge in seguito alla stipulazione di contratti e pertiene alla relativa esecuzione)⁽²⁴⁾.

Ciò deriva *de plano* dalla sostanziale bipartizione interna del procedimento propedeutico alla assegnazione di un contratto pubblico⁽²⁵⁾.

L'assunto è vero tanto per gli appalti quanto per le concessioni.

Tuttavia, mentre i primi rappresentano il "contratto pubblico" per antonomasia, le seconde vengono sovente inquadrare svariando dal "contratto ad oggetto pubblico" al "provvedimento amministrativo", passando per l'accordo ex art. 11, L. 7 agosto 1990, n. 241.

Di conseguenza, se la fase ad evidenza pubblica del procedimento di fatto coincide per ambedue le fattispecie (con correlata giurisdizione amministrativa esclusiva⁽²⁶⁾), devono viceversa riscontrarsi profonde differenze applicative in ordine alla fase conclusiva, che dovrebbe essere ispirata da un afflato negoziale (con cognizione del giudice ordinario) a prescindere dalle *species*. Ed invece ciò vale solo per gli appalti, di contro lasciando spazio a prerogative pubblicistiche nelle concessioni di beni/servizi pubblici, come si darà conto più avanti.

Il risultato che si ottiene da tali premesse è difficile da decifrare. Ma non è tutto.

Per gli appalti, e tutte le altre fattispecie ad essi riconducibili, il riparto di giurisdizione è caratterizzato dal dualismo fra fase pubblica e giurisdizione amministrativa esclusiva, da un lato, e, dall'altro lato, fase negoziale e giurisdizione ordinaria (anche nei pubblici servizi).

Per le concessioni può darsi che detto assetto si limiti alla prima parte della corrispondenza; esistono casi in cui l'esecuzione contrattuale - se così può definirsi - viene ricondotta anch'essa alla giurisdizione amministrativa esclusiva in virtù del retaggio sotteso ad una visione arcaica della concessione quale manifestazione del potere d'imperio della pubblica amministrazione (eccezion fatta per le questioni meramente patrimoniali).

Il che ingenera un dualismo nel dualismo: al riparto giurisdizionale fra autorità giudiziarie incentrato sui diversi segmenti procedurali si aggiunge, nell'ambito dell'esecuzione contrattuale, quello - fenomeno tutto interno alle concessioni di beni e servizi pubblici - che suddivide ulteriormente la cognizione fra le medesime autorità giudiziarie, estendendo il perimetro della giurisdizione amministrativa esclusiva.

Il problema non riguarda tanto la complessità del quadro che si viene a delineare (anche se, trattandosi di accesso alla tutela giurisdizionale, ci si aspetterebbe una maggiore linearità di base), quanto la circostanza che l'individuazione del giudice competente dipende dalla qualifica legale data alla fattispecie concreta.

Ebbene, dal momento che, a dispetto del magistero della Corte di Giustizia e delle direttive UE sul *public procurement*, è assai incerto determinare il reale confine fra appalti e concessioni quando si ha che fare con la prassi quotidiana, il riparto di giurisdizione finirebbe col divenire una questione interpretativa di *nomina iuris*. Cosa del tutto inaccettabile in uno Stato di diritto.

A *fortiori* se si considera l'enigma della nozione di servizio pubblico.

Un primo caso giurisprudenziale emblematico del dualismo (e del caos)

La conferma di quanto appena illustrato si ritrova nel caso precitato⁽²⁷⁾ che ha impegnato Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624, il quale ha annullato senza rinvio la sentenza del T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 11 settembre 2013, n. 903, e che chiama in causa pure il giudice ordinario (in seguito alla declaratoria della sua giurisdizione).

La controversia *de qua* è emblematica di come non dovrebbe svolgersi un'azione giudiziaria.

La peculiarità non sta tanto nell'intreccio con un'altra vicenda parallela⁽²⁸⁾ che ha interessato il medesimo servizio (gestione del servizio della nautica da diporto presso un porto turistico)⁽²⁹⁾ e che ha provocato l'illegittimità derivata dell'affidamento oggetto della decisione in parola⁽³⁰⁾, quanto nell'ineffabile ed inopinato sviluppo dell'intrico che ha invero prodotto interpretazioni diversissime in relazione ai medesimi concetti.

Il nocciolo della questione concerne in primo luogo la distinzione fra appalti e concessioni, senza dimenticare il servizio pubblico.

Il riconoscimento di un appalto, anziché di una concessione, ha comportato, come anticipato, la dichiarazione del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo (alla fine).

A dire il vero, infatti, il giudice amministrativo di primo grado, aveva ravvisato la propria giurisdizione sul presupposto della presenza di un servizio pubblico⁽³¹⁾.

Dunque, il riferimento è all'"affidamento di un pubblico servizio" di cui all'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., nonostante la pronuncia faccia espresso riferimento all'appalto invece che alla concessione.

In appello la statuizione sulla giurisdizione è stata ribaltata.

Il Supremo consesso amministrativo ha fondato il proprio convincimento essenzialmente su tre argomentazioni principali:

1) l'affidamento all'origine dei fatti di gara non ha avuto ad oggetto una concessione di servizi ma - al contrario - un appalto di servizi erogato dalla società affidataria nei confronti del solo Comune affidante, senza assunzione da parte della prima del rischio economico afferente alla gestione (pt. 2 della motivazione);

2) quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto, allora si ha concessione, ragione per cui può affermarsi che la modalità della remunerazione è il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi (pt. 3 della motivazione);

3) ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e) c.p.a., la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo resta limitata alle sole procedure di affidamento - ivi incluse quelle risarcitorie - e alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, nonché alle sanzioni alternative (pt. 4 della motivazione).

"Conseguentemente, la controversia in questione resterebbe devoluta alla giurisdizione del Giudice ordinario, avendo essa ad oggetto l'impugnativa dell'atto con cui l'amministrazione ha provveduto unilateralmente alla risoluzione di un rapporto contrattuale. Ciò, in quanto il provvedimento solutorio incide su posizioni soggettive di carattere paritetico (quali quelle tipicamente afferenti la fase della gestione del rapporto contrattuale), in quanto tali demandate alla *cognitio* dell'A.G.O"⁽³²⁾.

La conclusione maturata dal Consiglio di Stato è stata profondamente condizionata dal fatto che lo stesso ha optato per la classificazione del rapporto in termini di appalto, non concessione (riformando sul punto la decisione di primo grado).

Il profilo dirimente ai fini qualificatori è stato la modalità di remunerazione del servizio: secondo il Consiglio di Stato la controparte della p.a. non sopportava il rischio della gestione economica del servizio espletato (non potendo, in particolare, trarre fonti di remunerazione attraverso fonti di tariffazione a carico dell'utenza) e non rivestiva la qualifica di concessionario della realizzazione e gestione delle opere e dell'area in cui avrebbe espletato il servizio (l'affidamento aveva infatti ad oggetto: i) il servizio di sorveglianza, controlli, etc.; ii) il servizio di prevenzione e pronto intervento in caso di incendi; iii) il servizio di accoglienza ed assistenza).

Per riassumere in breve, l'affidamento non costituiva una concessione di servizio pubblico, bensì un appalto di servizio strumentale.

Come ricordato⁽³³⁾, la dicotomia, che poggia sulla morfologia del rapporto (bilaterale o trilaterale), se condiziona la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non influisce *per se* sulla distinzione fra appalti e concessioni.

È il peculiare rischio operativo del concessionario a contrapporlo all'appaltatore.

La pronuncia d'appello riesce a mantenere separati gli aspetti duali della materia e perviene così ad una ponderata interpretazione dei fatti di causa, capovolgendo quanto deciso in primo grado e declinando la propria giurisdizione in favore del giudice ordinario.

L'esposizione appena terminata dimostra chiaramente l'incertezza del diritto che regna sul riparto di giurisdizione, nel diritto positivo ancor prima che nella giurisprudenza.

La permanenza della giurisdizione esclusiva solamente per le concessioni di servizio pubblico⁽³⁴⁾, e non per gli appalti - siano essi di servizio pubblico ovvero strumentale alla P.A. -, eccettuato il loro affidamento, così come quella insistente sulle (ormai destituite di fondamento) concessioni di beni pubblici, impongono una serie di riflessioni sull'odierno (ma anacronistico) riparto giurisdizionale.

Anche ammettendo che una medesima fattispecie possa risultare oggetto di interpretazioni assolutamente divergenti, non appare ragionevole che in base alla legge il riparto giurisdizionale, al mutare di una singola variabile, finisca col divenire una sorta di incognita.

De jure condendo, perciò l'auspicio è che, appurata la natura contrattuale della concessione (al pari dell'appalto) e reciso il legame che la legava al potere amministrativo, andrà sicuramente riformulata la giurisdizione esclusiva sui beni e servizi pubblici: o includendovi anche gli appalti e i lavori, nonché i servizi strumentali, oppure eliminandola del tutto.

Concessioni e giurisdizione: il dualismo nel dualismo

Da quanto sinora esposto deve desumersi che, ogniquale volta si riscontri una concessione - anziché un appalto -, sorge l'esigenza d'indagare la tipologia di servizio (pubblico o strumentale) al fine di addivenire alla corretta individuazione del giudice competente.

Solo nel caso di servizio pubblico (a cui si associa spesso la presenza di beni pubblici) permane la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁽³⁵⁾.

Negli altri casi torna a valere la regola di riparto già osservata con riferimento agli appalti, ossia che pertiene alla giurisdizione esclusiva solo la fase preliminare ad evidenza pubblica (inclusi gli effetti di quest'ultima sul contratto), mentre il sindacato sull'esecuzione contrattuale spetta normalmente al giudice ordinario (ad eccezione di alcuni casi *ex lege*⁽³⁶⁾).

Ne deriva, come evidenziato, un dualismo nel dualismo.

Non soltanto tra la fase dell'evidenza pubblica (giudice amministrativo) e la fase contrattuale (giudice ordinario), ma, con riguardo alla seconda fase, si assiste altresì alla differenziazione fra la giurisdizione esclusiva sulle concessioni di beni e servizi pubblici (ma non per i lavori⁽³⁷⁾) e quella ordinaria sulle questioni meramente patrimoniali.

Di conseguenza, si ottiene l'asimmetria fra gli appalti di pubblico servizio o meno (a cui vanno aggiunte le concessioni di lavori e/o di servizi qualora non riguardino il pubblico servizio), da un lato⁽³⁸⁾, e le concessioni di beni/servizi pubblici, dall'altro⁽³⁹⁾, con i primi contratti sottoposti al normale criterio della *causa petendi* e le seconde alla giurisdizione esclusiva⁽⁴⁰⁾.

Tale diversità di trattamento, incentrata su un falso presupposto - *scilicet* la trilateralità o meno del rapporto (ormai del tutto slegato dall'attività d'imperio) -, impone quindi un netto ripensamento della giurisdizione sui pubblici servizi in ossequio al diritto sovranazionale⁽⁴¹⁾. Viene pertanto da chiedersi se tale assetto, parecchio cervellotico e frutto di una concezione superata (essendo oramai caduta la matrice pubblicistica della concessione), sia tuttora valido.

Cenni storici ed evolutivi sul dualismo di giurisdizione

Da sempre la giurisdizione sui servizi e beni pubblici è oggetto di un tira e molla fra giudici amministrativi e giudici civili - con tanto di svariati ricorsi alla Corte costituzionale - che vede entrambe le fazioni poco disposte ad arretrare la propria sfera d'autorità⁽⁴²⁾.

Più per una questione di principio - e di prestigio, se si vuole - che per ragioni concrete.

Tant'è vero che all'atto pratico, come si vedrà a breve, non si perde occasione per ricorrere ad *escamotage* finalizzati a dichiarare il difetto di giurisdizione, rimandando le questioni dall'altra parte della barricata⁽⁴³⁾.

La responsabilità di aver generato una simile situazione va equamente ripartita - del resto, trattasi del riparto di giurisdizione (sia consentito il gioco di parole) - fra Corte costituzionale e nomopoieta nazionale.

La legislazione nazionale sul dualismo giurisdizionale

È stata proprio la legge a stabilire un forte legame fra la concessione ed il servizio pubblico⁽⁴⁴⁾.

In particolare, l'art. 22 della L. 8 giugno 1990, n. 142, poi confluito negli artt. 112 e 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, disponeva che erano da intendersi servizi pubblici locali quelli aventi "per oggetto produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali" (comma 1) e prevedeva, al comma 3, lett. b), che gli enti locali potevano gestire tali servizi dandoli in concessione a terzi, quando sussistessero ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale⁽⁴⁵⁾.

Detta normativa, com'è noto, è stata poi abrogata e superata dall'applicazione dei principi generali di derivazione europea, con l'avallo della giurisprudenza.

Dall'assenza di disposizioni specifiche nell'ordinamento italiano⁽⁴⁶⁾ consegue l'applicazione della disciplina unionale relativa alle regole concorrenziali minime in tema di evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica.

Il che significa rimuovere il binomio concessione-pubblico servizio, a vantaggio dell'appalto, il quale può assurgere a modalità di espletamento dei servizi pubblici⁽⁴⁷⁾.

Se, da un lato, il diritto nazionale ha sicuramente effettuato un passo evolutivo, ampliando la facoltà di scelta a disposizione della p.a. nel perseguimento dell'interesse pubblico, dall'altro, deve all'opposto constatarsi l'arretratezza della codificazione relativa al riparto di giurisdizione, che non ha fatto altrettanto ed è rimasta ferma su posizioni del tutto anacronistiche.

Ciò avviene perché il diritto sovranazionale, mentre incide pesantemente sulla disciplina sostanziale (armonizzandone i contenuti a livello continentale), fatica viceversa ad influenzare quella processuale (roccaforte molto più difficile da penetrare).

Cosicché nel terzo millennio ci si ritrova a commentare un sistema di riparto giurisdizionale che, nonostante alcune variazioni sul tema, ha mantenuto nel tempo i caratteri originari risalenti al secolo scorso.

Il riferimento è ovviamente alla [L. 6 dicembre 1971, n. 1034](#), la quale sanciva all'art. 5 che "Sono devoluti alla competenza dei tribunali amministrativi regionali i ricorsi contro atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni o di servizi pubblici" (comma 1) e che "Resta salva la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria per le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle dei tribunali delle acque pubbliche e del tribunale superiore delle acque pubbliche, nelle materie indicate negli articoli 140-144 del testo unico 11 dicembre 1933, n. 1775" (comma 2).

Detta norma è stata successivamente riscritta dall'art. 33 del [D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80](#)⁽⁴⁸⁾.

Articolo dapprima sostituito dall'art. 7, [comma 1, lett. a\)](#), [L. 21 luglio 2000, n. 205](#), (giacché la Corte Costituzionale, con la sent. 17 luglio 2000, n. 292, ne aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale 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 consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno); ed in seguito abrogato dall'art. 4, [comma 1, punto 20\)](#), dell'Allegato 4 al [D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104](#) (c.p.a.).

Nel mezzo è intervenuta nuovamente la Corte cost., con la sent. 6 luglio 2004, n. 204⁽⁴⁹⁾, dichiarandone l'illegittimità nella parte in cui prevedeva che fossero 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 pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla [legge 7 agosto 1990, n. 241](#), ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché", per contrasto con gli [artt. 3, 24, 25, 100, 102, 103, 111 e 113 della Costituzione](#).

[La giurisprudenza nazionale sul dualismo: Corte costituzionale, sentenza n. 204/2004](#)

La controversia, che ha condotto alla celeberrima pronuncia della Consulta summenzionata, rientrava tra quelle devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quanto il rapporto tra le case di cura e le strutture private (ambulatori, centri di diagnostica strumentale, etc.) e la USL è sempre stato qualificato di concessione di pubblico servizio.

La giurisdizione amministrativa è tradizionalmente contrassegnata della circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo⁽⁵⁰⁾.

Nondimeno, in particolari materie il sindacato del giudice amministrativo, oltre che agli interessi legittimi, viene esteso alla sfera dei diritti soggettivi.

La Corte ha ritenuto che la formulazione dell'art. 33 del [D.Lgs. n. 80 del 1998](#), quale recata dall'art. 7, [comma 1, lett. a\)](#), [L. n. 205 del 2000](#), confliggesse con i criteri ai quali deve ispirarsi la legge ordinaria quando voglia riservare una "particolare materia" alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁽⁵¹⁾.

E, pertanto, nell'errata convinzione che la concessione costituisse ancora l'emblema della manifestazione del potere pubblico nell'ambito dei servizi e beni pubblici⁽⁵²⁾, essa ha in sostanza ripristinato il dettato dell'art. 5 della [L. 6 dicembre 1971, n. 1034](#).

Da qui discende l'attuale formulazione dell'art. 133, [comma 1, c.p.a.](#)

Lo stato dell'arte sul caotico riparto di giurisdizione duale

Ed ecco che il legislatore interno, per un verso, e la Consulta, per l'altro, hanno egualmente contribuito a creare il deficitario stato attuale del riparto di giurisdizione in relazione ai contratti pubblici, e segnatamente alle concessioni, per le quali vale un regime diverso rispetto agli appalti.

La ragione di siffatto divario, che si materializza in un vero e proprio dualismo nel dualismo (già di per sé caratterizzato dal modello duale del riparto giurisdizionale e viepiù dalla presenza di beni e servizi pubblici, che integrano una ulteriore diramazione nell'intricato discernimento di appalti e concessioni), è l'anacronistica associazione fra concessione e bene/servizio pubblico, che tuttavia lascia inspiegabilmente posto a differenti considerazioni allorché si tratti di affidare lavori e opere pubbliche.

Da tutto ciò emerge una impostazione a dir poco confusa e, dunque, non deve affatto stupire che gli operatori del diritto, *in primis* i giudici, abbiano dato voce a orientamenti contrastanti⁽⁵³⁾. Com'è assolutamente evidente, è innegabile che le speciose ripartizioni fra giudice ordinario ed amministrativo, fra fase ad evidenza pubblica ed esecuzione contrattuale, fra appalti e concessioni, fra servizio pubblico e strumentale, fra beni e servizi pubblici (oltre ai lavori), provocano un intricato florilegio di elementi tutti compartecipi della scelta del foro competente. Con buona pace della semplificazione, della giustizia e della certezza del diritto.

La giurisprudenza recente con riferimento al riparto di giurisdizione sulle concessioni di beni e servizi pubblici: commistione e sincretismo fra giurisdizioni "ripartite"

A riprova di quanto si è venuti dicendo fin qui, può essere utile fornire una panoramica sulla giurisprudenza più recente con riferimento al riparto di giurisdizione in ambito concessorio.

La finalità precipua è dimostrare non soltanto la distonia della giurisdizione esclusiva sulle concessioni di beni e servizi pubblici, con esclusione di quelle di lavori ed opere pubbliche, ma anche - e soprattutto - la necessità di porre mano al riparto per assicurare una maggior coerenza. Le pronunce che verranno analizzate sono: Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3380; Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia, Sez. giur., 12 agosto 2016, n. 269; Cons. Stato, Sez. IV, 28 ottobre 2016, n. 4539.

In ognuna è presente una serie, più o meno consistente, di rinvii alla giurisprudenza della Corte di Cassazione (a dimostrazione della fluidità nella commistione di giudicati).

a) Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3380: giurisdizione esclusiva del G.A. su una piscina comunale (riforma T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 13 maggio 2015, n. 697). La natura contrattuale delle concessioni e il flebile confine fra beni/servizi pubblici sconfiggono l'assetto doppiamente dualistico del riparto di giurisdizione

"Gli impianti sportivi di proprietà comunale (nella specie, piscina comunale) appartengono al patrimonio indisponibile del Comune, ai sensi dell'art. 826, ult. comma, c.c., essendo destinati al soddisfacimento dell'interesse della collettività allo svolgimento delle attività sportive, sicché, qualora tali beni siano dati in concessione a privati, restano devolute al giudice amministrativo le controversie sul rapporto concessorio, inclusa quella sull'inadempimento degli obblighi concessori e la decadenza del concessionario (cfr. Cass. n. 7959/2015 e Cass., SS.UU., n. 10013/2001)⁽⁵⁴⁾.

Come è noto, appartengono alla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi ex art. 133, lett. b), c.p.a.

Pertanto, anche configurando il rapporto in esame come concessione di servizi, la controversia apparterrebbe alla giurisdizione esclusiva del G.A. ai sensi della successiva norma ex art. 133, lett. c) c.p.a., sostanzialmente sovrapponibile quanto a disciplina".

La sentenza in esame, che riforma T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 13 maggio 2015, n. 697, decide il ricorso con cui era stato impugnato un provvedimento dirigenziale che, a distanza di circa quattro anni dalla stipula del contratto, revocava la determinazione con la quale era stata disposta l'aggiudicazione della gara⁽⁵⁵⁾.

In primo grado il ricorso era stato dichiarato inammissibile per carenza di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo, collocandosi a chiare note nella fase esecutiva del contratto stipulato fra le parti del giudizio e posto che "la giurisprudenza ha costantemente

ribadito l'appartenenza alla giurisdizione del Giudice Ordinario delle controversie in tema di appalto pubblico aventi ad oggetto la risoluzione o la cessazione del contratto con l'appaltatore, anche quando la decisione della Stazione Appaltante di recedere o di risolverlo sia adottata con la forma dell'atto amministrativo".

Secondo il T.A.R., le scelte effettuate dall'amministrazione nella fase di esecuzione del contratto d'appalto, quale quella di risolvere il contratto in caso di ritenuto inadempimento, avevano ad oggetto posizioni di diritto soggettivo inerenti a rapporti contrattuali di natura privatistica, nelle quali non hanno alcuna incidenza i poteri discrezionali ed autoritativi della pubblica amministrazione: ridurre il complesso schema di affidamento di strutture sportive e servizi alla mera concessione di beni pubblici facenti parte del patrimonio indisponibile del Comune non risultava corrispondere alla realtà negoziale dell'operazione posta in essere⁽⁵⁶⁾.

Come nel caso di Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624⁽⁵⁷⁾, anche qui la vicenda ha assunto sembianze completamente diverse in appello, passando da un appalto ad una concessione, con il conseguente riconoscimento della giurisdizione esclusiva.

L'appellante contestava la sentenza del T.A.R., deducendo la violazione e falsa applicazione dell'art. 133, lett. b), c.p.a.

Anzitutto, i giudici di Palazzo Spada hanno rinvenuto una concessione, non un appalto⁽⁵⁸⁾.

In secondo luogo, gli stessi hanno ritenuto che, a fronte della natura concessoria di un bene pubblico destinato a pubblico servizio (i.e. piscina comunale), la corrispondente controversia circa lo scioglimento unilaterale del contratto spetti al giudice amministrativo.

Come visto, la motivazione si limita a riprodurre alcuni precedenti della Corte di cassazione (che, essendo stati emessi a Sezioni Unite, sono vincolanti sulla giurisdizione, ma non nel merito) e si rivela piuttosto ambigua nell'ancorare la giurisdizione all'art. 133, comma 1, lett. b) e c), c.p.a., così suscitando perplessità sia sulla pertinenza dei precedenti richiamati (ormai superati) sia sull'inquadramento legale della fattispecie (a sottolineare l'obsolescenza della distinzione fra concessione di beni e servizi pubblici).

Ora, è chiaro che il *thema disputandum* riguardasse la risoluzione di un rapporto negoziale, espressione di diritti soggettivi, e che di riflesso fosse da attendersi la giurisdizione ordinaria.

La diversa soluzione raggiunta dalla decisione, che rispecchia il quadro nazionale, è dovuta in parte all'erroneità delle premesse (per l'influenza dei precedenti della Corte di cassazione) ed in parte all'arretratezza del sistema legale di riparto (per la permanenza dell'anacronistico nesso fra le concessioni ed i beni/servizi pubblici in vista della giurisdizione esclusiva amministrativa).

Non resta allora che concludere per la correttezza della qualificazione in termini concessori, essendo il rischio operativo posto in carico al concessionario, ma al contempo per la inconsulta differenza di trattamento nei confronti degli appalti (che pare aver indotto il giudice di prime cure ad escogitare un espediente per assegnare la cognizione al giudice ordinario) e dei lavori rispetto ai beni/servizi.

Due sono in definitiva i punti da tenere a mente: la natura contrattuale delle concessioni impone di modificare l'assetto del riparto di giurisdizione, da un lato, ed il flebile confine fra beni e servizi pubblici merita anch'esso di essere rivisitato alla luce di quanto esposto.

b) C.G.A. Sicilia, Sez. giur., 12 agosto 2016, n. 269: [giurisdizione ordinaria sulla gestione di un parcheggio multiuso \(riforma T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 30 luglio 2015, n. 2104\)](#). [L'assimilazione fra concessione di lavori pubblici ed appalti di lavori pubblici rende evidente la necessità di uniformare la disciplina delle concessioni](#)

"La Corte regolatrice (Cass. civ., SS.UU., 20 maggio 2014 n. 11023) ha affermato, invero, che le controversie relative a 'concessione di gestione o di costruzione e gestione di opera pubblica', non diversamente da quelle relative a 'concessione di costruzione di opera pubblica', quando riguardino la fase successiva all'aggiudicazione e alla stipulazione delle relative convenzioni competono alla giurisdizione ordinaria, ai sensi della [L. n. 109 del 1994](#), art. 31 *bis*, e dell'art. 133, c.p.a., comma 1, lett. e), n. 1 (orientamento che le SS.UU. avevano già assunto con le decisioni 27 dicembre 2011, n. 28804, e 9 novembre 2012, n. 19391, e hanno più di recente confermato con la pronuncia 6 luglio 2015 n. 13864). La S.C. ha espresso, difatti, la "esigenza di prendere atto (traendone le necessarie conseguenze in tema di riparto di giurisdizioni) dell'avvenuta affermazione, nell'ambito dell'ordinamento comunitario (ove l'art. 1, *sub* 3, Direttiva 04/18/Ce recita: 'La concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse



caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo') e dal suo recepimento nell'ordinamento nazionale (esplicitato, sul piano sostanziale, dal [D.Lgs. n. 163 del 2006](#), art. 143 e, con specifico riferimento al tema del riparto di giurisdizioni, dall'art. 244 del medesimo testo normativo poi trasfuso nell'art. 133 c.p.a.) di una nozione di 'concessione dei lavori pubblici', riducente ad unità la dicotomia, tralaticciamente tramandata con riferimento all'ordinamento nazionale, tra 'concessione di costruzione di opera pubblica' e 'concessione di gestione o di costruzione e gestione di opera pubblica'. Tale nozione - cui sono estranei profili di autoritarietà del potere pubblico nella fase di gestione ed esecuzione del rapporto - include infatti, in unitaria categoria (a sua volta ricompresa insieme con quella degli appalti pubblici nella più generale categoria dell'affidamento di lavori pubblici), non solo i contratti attinenti alla progettazione ed esecuzione dell'opera pubblica, ma, altresì, quelli concernenti anche la relativa gestione funzionale ed economica, che, presentando tutte le caratteristiche dell'appalto pubblico di lavori, sono pienamente assimilabili ai primi, giacché l'affidamento al concessionario della gestione funzionale ed economica dell'opera, non altera l'essenziale natura del rapporto, inserendosi nel relativo sinallagma quale controprestazione principale e tipica a favore del concessionario (cfr. artt. 1 *sub* 3 Dir. 04/18/Ce e [D.Lgs. n. 163 del 2006](#), art. 143)" (sent. n. 11023/2014 cit.). La stessa S.C., ha altresì puntualizzato (SS.UU., 20 maggio 2014, n. 11022) che la nozione normativa di "concessione di lavori", la quale impone il riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative alla fase successiva all'aggiudicazione anche per le concessioni "di gestione" o "di costruzione e di gestione" congiunte, costituisce, in realtà, una nozione da tempo vigente nell'ordinamento (cfr. infatti già la decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 16 gennaio 2013 n. 236). Le decisioni in oggetto (v., in particolare, Cass., SS.UU., ord. 19391/12, 4 s.) rimarcano infatti, in modo del tutto convincente (...) che detta nozione non è stata innovativamente introdotta, bensì semplicemente ripresa e confermata dalla Direttiva comunitaria di codificazione n. 2004/18/Ce, poi recepita dal Codice dei contratti pubblici di cui al [D.Lgs. n. 163 del 2006](#), trovando essa, in realtà, precedente, nella [Direttiva comunitaria 93/37/Cee](#) e, la sua fonte originaria, nella [Direttiva comunitaria 89/440/Cee](#).

A tale conclusione conduce univocamente la previsione dell'art. 1, lett. d, di tale ultima Direttiva, che recita "la concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di quelle contemplate alla lettera a (appalti di lavori pubblici: n.d.c.), ad eccezione del fatto che la controprestazione di lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo", e che, in sede di recepimento, trova rispondenza nella [L. n. 109 del 1994](#), art. 19, comma 2, che alla nozione di "contratto di appalto di lavori pubblici", contrappone quella di "concessione di lavori pubblici", concepita quale categoria unitaria comprendente tutti i "contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore e una amministrazione aggiudicatrice, aventi a oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica" (sent. n. 11022/2014 cit.).

Com'è evidente, la ricostruzione offerta dalla decisione - sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Cassazione - è completamente opposta rispetto a quella appena esaminata nel caso precedente, relativo allo scioglimento della concessione di una piscina comunale.

La sentenza - che riforma T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 30 luglio 2015, n. 2104 - concerne l'inadempimento agli obblighi di una concessione della progettazione esecutiva, costruzione e gestione di un parcheggio multipiano realizzato in *project financing*⁽⁵⁹⁾.

All'esito del giudizio di primo grado il Tribunale adito, ritenuta la propria giurisdizione rispetto al ricorso principale, accoglieva le domande della società, condannando il Comune ad adottare ogni provvedimento necessario; il ricorso incidentale dell'ente veniva invece dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario.

Il primo giudice ha quindi ravvisato l'esistenza della giurisdizione amministrativa sul ricorso principale, ritenendo che la sua cognizione rientrasse nella giurisdizione esclusiva prevista dall'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a., nella parte concernente l'esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti amministrativi⁽⁶⁰⁾.

Oltre a dover rimarcare la consueta schizofrenia bipolare che immancabilmente caratterizza le concessioni nell'ordinamento giuridico nazionale⁽⁶¹⁾, deve altresì essere messo in rilievo che, se le concessioni non sono accordi amministrativi ai sensi dell'art. 11, L. n. 241/1990⁽⁶²⁾, meno che mai possono esserlo alcune sue porzioni. Non è possibile immaginare che all'interno di una concessione si trovi una sorta di appendice di differente natura, che alla veste contrattuale contrappone quella amministrativa.

Ciò discende da una cattiva interpretazione della concessione, ancora associata all'esercizio del potere d'imperio e all'idea di "contratto ad oggetto pubblico".

Sicuramente non ha giovato la denominazione della concessione sotto l'ambigua dicitura di "Atto di convenzione per la concessione della progettazione esecutiva, costruzione e gestione del parcheggio multipiano denominato Europa".

Relativamente, invece, al ricorso incidentale proposto dall'amministrazione comunale, volto ad accertare il grave inadempimento della società ricorrente ad un accordo bonario stipulato tra le parti ai sensi dell'art. 240 dell'abrogato D.Lgs. n. 163/2006, il T.A. R. catanese ha ritenuto che esso non rientrasse nella giurisdizione del giudice amministrativo, considerando tale pattuizione - in linea con la ricostruzione operata dal Comune - "una vera e propria transazione di diritto privato" intervenuta nella fase privatistica di esecuzione della convenzione originaria e, dunque, afferente al momento funzionale del rapporto concessorio, con conseguente ascrivibilità alla giurisdizione del giudice ordinario⁽⁶³⁾.

Dunque, l'eterogeneità del giudizio espresso sulla giurisdizione è dovuta alla diversità degli atti che hanno originato le domande delle parti. Ciò non toglie che la ricostruzione offerta dal giudice di prime cure pecchi comunque di incoerenza e illogicità nell'identificare - in un articolo della convenzione (*rectius*: concessione) - un accordo ex art. 11, L. n. 241/1990, a fronte della corretta interpretazione fornita in relazione al successivo accordo bonario.

Sia l'amministrazione appellante sia il Consiglio di Giustizia Amministrativa - sent. 12 agosto 2016, n. 269 - hanno rettamente dedotto che il principio dal quale occorre partire è quello dell'appartenenza alla giurisdizione ordinaria, e non a quella amministrativa, delle controversie relative all'esecuzione delle concessioni riguardanti la costruzione e gestione di opere pubbliche.

Le ragioni sottese ad un simile convincimento sono state le seguenti:

- le clausole di cui la società promotrice lamentava l'inadempimento appartengono alla convenzione di concessione della progettazione, costruzione e gestione del parcheggio;
- l'interpretazione del T.A.R. si è sostanziata in una forzata scissione delle clausole anzidette dal contesto al quale appartengono, essendo stato sezionato "quasi anatomicamente un unico regolamento contrattuale"⁽⁶⁴⁾;
- *last but not least*, la copiosa giurisprudenza della Corte di cassazione sulle concessioni di lavori e opere pubbliche tra il diritto nazionale e sovranazionale.

Pertanto il Consiglio di Giustizia Amministrativa ha concluso che "alla giurisdizione amministrativa adita sfugge non solo la cognizione del ricorso incidentale, come è stato già ritenuto dal T.A.R., ma anche quella del ricorso principale".

Il che impone una serie di considerazioni e riflessioni.

In primis, come detto, si ottiene un differente trattamento fra le concessioni di lavori e quelle di beni/servizi pubblici sotto il profilo della giurisdizione.

In secundis, si ha per vero la sensazione che tale disparità di trattamento nell'ambito di un istituto unitario (anche se il *genus* è contraddistinto da varie *species*) derivi più dalla promiscuità della regolazione - in parte legata ai retaggi passati ed in parte aggiornata agli sviluppi recenti - che dalla effettiva diversità delle fattispecie.

In tertiis, non si può soprassedere alla necessità di uniformare la disciplina per fattispecie analoghe (piscina comunale e parcheggio multiuso) che finiscono col divenire assoggettate a giudici differenti sulla base di un falso presupposto (concessione di beni/servizi pubblici e concessione per la costruzione e gestione di opere pubbliche), quando invece è piuttosto naturale che una concessione di lavori pubblici inerisca ad una concessione di beni/servizi pubblici.

c) Cons. Stato, Sez. IV, 28 ottobre 2016, n. 4539: giurisdizione del giudice ordinario sulla gestione di una struttura sportiva polifunzionale (riforma T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 8 marzo 2016, n. 1261). Il caos e l'estrema incoerenza

"Emerge, nel caso di specie, la natura negoziale dell'atto impugnato, di modo che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, in conformità a quanto statuito dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, secondo la quale:

appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa ad una convenzione avente ad oggetto l'integrale ristrutturazione ed ampliamento di un impianto sportivo comunale (come è, sostanzialmente, nel caso di specie), nonché la sua successiva gestione pluriennale, ove, nella comparazione tra le prestazioni a carico del concessionario, risulti preminente e tale da identificare il vero oggetto del contratto, la realizzazione delle opere rispetto alla gestione degli impianti, che, per il canone richiesto, assume rilievo solo quale mezzo per conseguire, dal lato dell'impresa, la remunerazione necessaria, restando al contempo soddisfatto l'interesse dell'amministrazione al funzionamento dei servizi sportivi (Cass., SS.UU., 6 luglio 2015 n. 13864).

appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa alla fase di esecuzione di una convenzione avente ad oggetto la costruzione e la ristrutturazione di un complesso immobiliare destinato ad area termale, nonché l'affidamento in gestione al concessionario dell'offerta al pubblico degli impianti e servizi relativi, previa corresponsione al comune di un canone annuo, non avendo rilievo la precedente distinzione tra concessione di sola costruzione e concessione di gestione dell'opera (o di costruzione e gestione congiunti), sussistendo piuttosto l'unica categoria della concessione di lavori pubblici, nella quale la gestione funzionale ed economica dell'opera non costituisce più un accessorio eventuale della concessione di costruzione, ma la controprestazione principale e tipica a favore del concessionario (Cass., SS.UU., 9 novembre 2012 n. 19391)".

Come le altre due già viste, anche la presente decisione - che riforma T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 8 marzo 2016, n. 1261 - fa ampio riferimento alla previa giurisprudenza della Corte di Cassazione e ne trae la propria motivazione *per relationem*.

Inoltre, anche in questo caso si ha il ribaltamento in appello della sentenza di primo grado, che aveva ritenuto sussistere la giurisdizione amministrativa.

La vertenza, sulla quale sono state emesse altre tre sentenze da parte del T.A.R. Campania⁽⁶⁵⁾, ha riguardato una concessione per la progettazione definitiva ed esecutiva, la costruzione e la gestione di una struttura sportiva polifunzionale.

La paradossalità della situazione è che, delle quattro sentenze emesse dal T.A.R. Campania, solamente una è stata impugnata e riformata, cosicché la giurisdizione civile si è costituita solo su una delle vicissitudini occorse durante l'esecuzione della concessione.

E già qui può constatarsi l'estrema incoerenza sussistente in materia, con il Consiglio di Stato che dichiara il difetto di giurisdizione amministrativa a dispetto di ben tre pronunciamenti del T.A.R. aventi valore di giudicato.

Ad ogni modo, nonostante quanto appena messo in evidenza, secondo il Consiglio di Stato le controversie relative a una convenzione per la ristrutturazione di un impianto sportivo comunale, nonché alla sua successiva gestione, ricadono nella giurisdizione del giudice ordinario poiché attengono alla fase contrattuale e non a quella dell'evidenza pubblica⁽⁶⁶⁾.

Il principio in sé e per sé considerato non si espone a critiche; sennonché occorre considerare il contesto di riferimento. In queste pagine si è mostrato come fattispecie sostanzialmente analoghe (piscina comunale e parcheggio multiuso, a cui si aggiungono ora gli impianti sportivi comunali) siano soggette a diversi regimi in relazione al riparto di giurisdizione per via del fatto che la codificazione include ancora la tradizionale distinzione fra le concessioni di beni e servizi pubblici, da un lato, e quelle di lavori (senza dimenticare gli appalti), dall'altro.

Distinzione speciosa, s'è ricordato, in quanto poggiante sull'oramai superata concezione amministrativa della concessione - per di più limitata ai soli beni e servizi pubblici, e non estesa ai lavori - che, sotto l'influsso del diritto europeo, ha lasciato il posto alla matrice contrattuale, provocando l'illogica dicotomia fra i contratti sottoposti all'esame del giudice amministrativo ed i contratti sottoposti all'esame del giudice ordinario.

Da tutto ciò deriva un susseguirsi di decisioni che, anche per l'eccessivo appiattimento sulla giurisprudenza della Corte di cassazione, coinvolge non solo differenti giurisdizioni ma anche

differenti modalità di giudizio, con la conseguenziale e pernicioso incertezza del diritto che ne discende ineluttabilmente per gli operatori e gli interpreti.

Osservazioni conclusive: il paradosso del dualismo nel dualismo

Al termine di questo lungo - e, si auspica, interessante- *excursus* sullo stato del riparto giurisdizionale relativo all'esecuzione dei contratti pubblici, conviene tirare le fila del discorso, consegnando al lettore alcune considerazioni finali.

La presente trattazione si era aperta portando all'attenzione la questione del riparto dualistico fra giurisdizione amministrativa (sulle procedure d'affidamento dei contratti pubblici) e ordinaria (sull'esecuzione contrattuale) - che accomuna in linea di principio gli appalti e le concessioni -, entro il quale è però previsto l'ulteriore dualismo non solo fra gli appalti e le concessioni, ma anche fra le concessioni di lavori (e/o servizi strumentali) e quelle di beni/servizi pubblici.

Ciò che ingenera *ictu oculi* il paradosso di un dualismo nel dualismo. Con la conseguenza che alcune concessioni che, una volta escluse dalla giurisdizione amministrativa esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a., tornano a rientrarvi per effetto dell'art. 133, comma 1, lett. b) e c), c.p.a. All'assai problematico dualismo fra le procedure di affidamento e l'esecuzione dei contratti, in relazione a quest'ultima fase contrattuale, si è così aggiunto l'anacronistico dualismo fra appalti e concessioni di beni/servizi pubblici (con quelle di lavori e/o di servizi strumentali trattate invece alla stregua degli appalti).

Per le concessioni, dunque, il dualismo nel dualismo si arricchisce di un ulteriore elemento: beni e servizi pubblici, a dispetto della vaghezza definitoria e delle difficoltà d'inquadramento, sono destinatari di un trattamento diversificato rispetto alle altre concessioni (e agli appalti).

Le concessioni di beni e servizi pubblici finiscono col rientrare nella giurisdizione esclusiva (salvo che per le mere questioni patrimoniali).

Storicamente, la *ratio* sottesa è coincisa con l'antica ed intima connessione fra concessione e interesse pubblico, ma - come dimostra la vicenda delle concessioni di lavori - tale suggestione, implicante una concessione amministrativa quale autentica manifestazione del potere pubblico, ha progressivamente perso dignità giuridica ad appannaggio della moderna natura contrattuale della concessione, il cui *discrimen* nei confronti degli appalti è dato dal maggior rischio operativo del concessionario (che rende la concessione una forma ancor più "privatizzata" dell'appalto)⁽⁶⁷⁾. Delle due l'una: o si destina il medesimo trattamento ad appalti e concessioni, apportando le dovute modifiche alle disposizioni regolanti la giurisdizione - eliminando ogni riferimento alle concessioni o, all'opposto, includendo anche gli appalti ed i lavori e i servizi strumentali -, oppure si compromette inevitabilmente la certezza del diritto, e prim'ancora la sua coerenza, dando adito a notevoli conflitti interpretativi come quelli illustrati nel presente studio.

In aggiunta, deve rilevarsi un eccessivo influsso dei precedenti della Corte di cassazione, soprattutto nei riguardi dei giudici d'appello.

È vero che, quando la Cassazione si esprime a Sezioni Unite, la sua funzione nomofilattica diviene di fatto vincolante sulla giurisdizione⁽⁶⁸⁾, ma lo smodato ricorso alla giurisprudenza della Cassazione - talvolta attraverso il richiamo di principi di diritto datati e rispecchianti una realtà giuridica non più aderente al diritto vivente - ha prodotto un aggravamento della situazione, importando valutazioni nel merito rivelatesi molto distanti dal pensiero corrente e dal diritto vivente.

In proposito si sono riportati vari casi di integrali stravolgimenti fra primo e secondo grado, che sottolineano l'estrema fluidità della materia (ove, alla grande complessità del diritto positivo tra diritto nazionale e sovranazionale, si accompagna la problematicità interpretativa a cavallo fra due differenti giurisdizioni).

Ciò che disvela un caos dove si afferma tutto e il contrario di tutto.

Ecco perché il buon senso imporrebbe una netta semplificazione.

La soluzione auspicabile non può che essere la cancellazione della giurisdizione esclusiva sulle concessioni di beni e servizi pubblici, con la giurisdizione ordinaria che, dalle questioni patrimoniali, verrebbe estesa all'intera esecuzione contrattuale (salvo per la revisione dei prezzi e il rinnovo tacito dei contratti, ancora assoggettati alla giurisdizione amministrativa esclusiva; anche qui probabilmente occorrerebbe svolgere una riflessione sull'opportunità di mantenere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo).

Ad onor del vero, alla luce dell'evoluzione conosciuta dal diritto interno che, sotto l'egida della Corte Costituzionale, quanto a cognizione sui diritti soggettivi, ha segnato l'estensione della giurisdizione esclusiva alle sole pretese risarcitorie inerenti all'attività autoritativa della P.A.⁽⁶⁹⁾, appare indubbiamente una stonatura la previsione di tale ipotesi di giurisdizione esclusiva, dato che le concessioni di beni e servizi pubblici sono ormai contratti a tutti gli effetti.

L'incessante declino della giurisdizione esclusiva, per cui il giudice amministrativo non solo non è il "giudice dell'amministrazione", ma non è nemmeno chiamato a decidere ogni volta che si dibatta sull'interesse pubblico, comporta inevitabilmente l'estromissione delle ipotesi che non abbiano a che fare con l'esercizio della potestà d'imperio.

Analogamente agli appalti pubblici - e alle concessioni di lavori - ogni fattispecie che attiene alla fase esecutiva delle concessioni dev'essere devoluta alla giurisdizione ordinaria⁽⁷⁰⁾.

Non sono ammissibili discrasie per contratti che condividono un'identica natura negoziale, seppure diversamente configurata nell'ambito delle singole figure appartenenti a ciascuna tipologia. Del resto, oltre all'analisi logica, depone in favore di un simile argomento anche l'impianto della giustizia amministrativa⁽⁷¹⁾.

Se, ai sensi dell'art. 1 c.p.a., la giurisdizione amministrativa deve assicurare una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo, l'art. 2 c.p.a. - in vista del giusto processo previsto dall'art. 111, comma 1, Cost.- riafferma che il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo. Per quanto riguarda la giurisdizione amministrativa, in particolare, l'art. 7, comma 7, sancisce che il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi. In virtù di quanto sopra illustrato, deve concludersi che si tratta di una mera dichiarazione programmatica, svuotata di contenuto dalla giurisprudenza della Consulta, la quale ha unificato la giurisdizione amministrativa intorno alle "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", come recita il medesimo art. 7 c.p.a. al primo comma.

Dal testo della norma *de qua* emerge che la giurisdizione amministrativa - sebbene articolata in generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito - consiste essenzialmente nella giurisdizione generale di legittimità, con la competenza del giudice amministrativo in ordine alle controversie relative ad atti, provvedimenti od omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma.

Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'art. 133 c.p.a., il giudice amministrativo dovrebbe conoscere, pure ai fini risarcitori, delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi - secondo l'art. 7, comma 5, c.p.a. -, ma, come visto, giacché la Corte Costituzionale ha ridotto la portata di un simile assunto, ricollegando la giurisdizione amministrativa al potere pubblico, detta disposizione è rimasta sostanzialmente solo sulla carta.

Di conseguenza, se non può affatto dirsi attuata l'effettività del processo amministrativo voluta dal c.p.a., viene altresì a mancare il possibile fondamento della giurisdizione esclusiva sulle concessioni di beni e servizi pubblici, da considerarsi contratti veri e propri. In particolare, scandagliando sia la legislazione interna, sia la giurisprudenza, sia i contributi menzionati, si nota agevolmente - e piuttosto angosciosamente, quasi in modo kafkiano - che il termine concessione viene utilizzato in diverse e molteplici accezioni. Detta anfibologia provoca importanti aporie nell'attuale sistema di riparto giurisdizionale fra giudici amministrativi, da un lato, ed ordinari, dall'altro. La principale di esse è che la giurisdizione amministrativa esclusiva è fondata su un falso presupposto. La concessione, che un tempo era un provvedimento amministrativo, ora è un contratto. Ciò impone un serio ripensamento della codificazione italiana sul riparto di giurisdizione.

È la stessa giurisprudenza a rinnegare il paradosso della doppia dualità nel riparto dualistico attraverso rinvii incrociati fra giudici amministrativi e ordinari, con i secondi che finiscono col

decidere - inconsapevolmente - al posto dei primi. Tale circostanza dimostra la naturale spettanza alla giurisdizione ordinaria della fase esecutiva delle concessioni, di tutte le concessioni (non solo di quelle di lavori e di servizi strumentali).

Appalti e concessioni, entrambi fattispecie contrattuali, dovrebbero rientrare ugualmente nella giurisdizione ordinaria, una volta che sia terminata la fase pubblicistica dell'affidamento sulla quale la cognizione compete alla giustizia amministrativa.

Diversamente opinando, a distanza di oltre un decennio, occorrerà di nuovo concludere - come già faceva Volpe⁽⁷²⁾ nell'attesa della riforma costituzionale che modifichi il criterio di riparto di giurisdizione basato sulle situazioni giuridiche soggettive e nella speranza, quale operatore del diritto, di potere assistere e partecipare all'evento- che *"si sa come il sistema italiano di riparto di giurisdizione si basa su un meccanismo complesso, oltre che inidoneo a perseguire lo scopo per il quale è stato creato; che, si ripete, è quello di individuare, una volta e per sempre, il giudice al quale portare l'esame della controversia. La controversia sulla risoluzione del rapporto instauratosi con l'amministrazione è quasi l'emblema di questa situazione. Solo nell'ipotesi di concessione di pubblici servizi essa dovrebbe essere conosciuta dal giudice amministrativo, in nome di una sorta di feticcio storico costituito dalla concessione. Mentre, invece, si è nell'ambito di un rapporto contrattuale, di diritti e obblighi reciproci, disciplinato da un vero e proprio contratto; dato che quel che si risolve è il contratto e non il provvedimento a seguito del quale esso è stato stipulato"*.

Citando lo stesso autore: *"Intanto, non resta che aspettare"* (non un altro decennio, si spera).

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Sia consentito rinviare a *Le modalità d'aggiudicazione delle concessioni tra vecchio e nuovo ordinamento: riflessioni a margine della recente giurisprudenza nazionale sui servizi*, in *Appalti&contratti*, 4, 2017, 31-47.

(2) F. Saitta, *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giudice amministrativo: la (persistente) specialità della giurisdizione esclusiva alla ricerca di un'identità smarrita*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2004, 29 ss., sottolinea come "Osservava con la consueta acutezza Massimo Severo Giannini che, nel nostro ordinamento, 'la materia dei contratti ad evidenza pubblica è oggi una delle più discusse e tormentate, ma anche afflitta da singolari confusioni d'idee' e che 'la particolare complicazione della materia riceve un effetto di moltiplicatore per il sistema di giustizia amministrativa fondata sul riparto di giurisdizione'". Dello stesso autore si veda anche *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: problemi aperti*, in *Riv. trim. app.*, 2, 2016, 323-339.

(3) Art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, **D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104** - c.d. "Codice del processo amministrativo" ("c.p.a.").

(4) Cfr. Cass., SS.UU., 28 novembre 2013, n. 26586, e 29 luglio 2013, n. 18190. In dottrina, di recente, vedasi M. Tiberi, *La ricerca del fondamento dell'inefficacia dei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. TAR*, 11, 2010, 3729; P. Carpentieri, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2011, 664; Simonetti H., *Riparare agli errori commessi...Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 12, 2015, 1252 e bibliografia ivi indicata.

(5) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624, che annulla senza rinvio T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 11 settembre 2013, n. 903, richiamando Cass., SS.UU., 5 aprile 2012, n. 5446, e ord. 5 maggio 2011, n. 9843 (v. *infra*).

(6) Sia consentito rinviare al mio *La schizofrenia ermeneutica relativa alle concessioni nell'ordinamento giuridico nazionale: problemi di definizione, di disciplina e di prassi*, in *Appalti&Contratti*, 6, 2016, 51-62.

(7) Sulla scorta della **Dir. 2014/23/UE** e del **D.Lgs. n. 50/2016** non è più possibile inquadrare le concessioni quali provvedimenti o accordi amministrativi: mi sia consentito rinviare a *Le*

concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo, in questa *Rivista*, 6, 2016, 637-648.

(8) Sui beni pubblici - *rectius*: a destinazione pubblica - si rinvia a M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, ed a B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008.

Come per la concessione in genere, anche per quella di beni, sembra esservi un certo anacronismo di fondo.

Sul punto può essere utile riportare quanto statuito da Cass., SS.UU., 16 settembre 2015, n. 18133 che - facendo eco a Cass., SS.UU., 28 giugno 2006, n. 14865 - ha riprodotto il seguente passo motivazionale: "Costituisce principio pacifico e risalente nella giurisprudenza di legittimità (*ex plurimis*: Cass., SS.UU., 26 febbraio 2003, n. 10157; Cass., SS.UU., 7 maggio 2003, n. 6898; Cass., SS.UU., 16 gennaio 1991, n. 377) che solo l'attribuzione a privati dell'utilizzazione di beni del demanio o del patrimonio indisponibile dello Stato o dei Comuni, quale che sia la terminologia adottata nella convenzione ed ancorché essa presenti elementi privatistici, è sempre riconducibile, ove non risulti diversamente, alla figura della concessione-contratto, atteso che il godimento dei beni pubblici, stante la loro destinazione alla diretta realizzazione di interessi pubblici, può essere legittimamente attribuito ad un soggetto diverso dall'ente titolare del bene - entro certi limiti e per alcune utilità - solo mediante concessione amministrativa, con la conseguenza che le controversie attinenti al suddetto godimento sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi della [L. 6 dicembre 1971, n. 1034](#), art. 5, quando non abbiano ad oggetto indennità, canoni ed altri corrispettivi. Nella figura della concessione-contratto, infatti, la Pubblica Amministrazione è titolare di una posizione particolare e privilegiata rispetto all'altra parte, in quanto dispone, oltre che dei diritti e della facoltà che nascono comunemente dal contratto, di pubblici poteri che derivano direttamente dalla necessità di assicurare il pubblico interesse in quel particolare settore, in cui la concessione è diretta a produrre i suoi effetti. Qualora, invece, si tratti di beni del patrimonio disponibile dello Stato o dei Comuni, il cui godimento sia stato concesso a terzi dietro corrispettivo, al di là del *nomen iuris* che le parti contraenti abbiano dato al rapporto, viene a realizzarsi lo schema privatistico della locazione e le controversie da esso insorgenti sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario" (3.1.1; enfasi aggiunta).

(9) Cfr. considerando 15 della [Dir. 2014/23/UE](#): "Inoltre, taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva. Ciò vale di norma per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore". Ad un esame più attento, si intuisce che l'esclusione delle mere concessioni di beni dalla [direttiva 2014/23/UE](#) è legata a doppio filo alla regola generale dell'appartenenza delle stesse alle concessioni di servizi e/o lavori, per cui solo eccezionalmente esse possono sottrarsi alla disciplina delle concessioni e confluire nel più ampio concetto di autorizzazioni, ai sensi della [direttiva 2006/123/CE](#) relativa alla libera circolazione dei servizi nel mercato interno, oppure in quello di contratti di locazione. Sia consentito rinviare al mio *La procedura negoziata competitiva nel campo dei beni demaniali: problemi di definizione, disciplina e prassi nell'ordinamento giuridico nazionale*, in pubblicazione su *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* n. 1/2018.

(10) Ad avvalorare tale assunto può essere riportata Cass., SS.UU., 1° luglio 2009, n. 15381, secondo cui la gestione di un servizio pubblico, affidato da una pubblica amministrazione ad un privato, può trovare titolo solo in un atto concessorio, indipendentemente dal *nomen iuris* - nella specie "contratto di locazione" - che le parti hanno attribuito all'atto col quale è avvenuto l'affidamento: "È consolidato, nella giurisprudenza di legittimità, il principio secondo cui



nell'ipotesi in cui la ASL abbia affidato ad un privato la gestione del servizio di bar all'interno di un ospedale pubblico, il rapporto tra la pubblica amministrazione ed il privato, avendo ad oggetto un'attività da svolgersi all'interno di locali facenti parte della struttura immobiliare ospedaliera (come tale destinata a pubblico servizio e perciò rientrando tra i beni patrimoniali indisponibili ai sensi dell'art. 830 cod. proc. civ.) può trovare titolo solo in un atto concessorio, potendo tali beni essere trasferiti nella disponibilità di privati, per usi determinati, solo mediante concessioni amministrative, con la conseguenza che le relative controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (Cass. SS.UU. 14 novembre 2003, n. 17295; 12 giugno 1999, n. 327; 21 luglio 1998, n. 7131; 29 marzo 1994, n. 3075)". A parte il refuso circa l'art. 830 c.c., detta pronuncia sulla giurisdizione pare "provare troppo" attribuendo natura concessoria a tutte le fattispecie che comportano il trasferimento di diritti su beni demaniali o patrimoniali indisponibili: infatti, quando l'oggetto prevalente dell'affidamento al contraente è costituito dal servizio, non certo dal bene *ex se*, occorre dare attuazione alla disciplina europea sulla concorrenza (in tal senso è il considerando 15 della nuova [Direttiva 2014/23/UE](#) sulle concessioni: v. nota precedente). Giova inoltre rammentare che, sempre in linea col summenzionato considerando 15 della [Dir. 2014/23/UE](#), per i contratti di locazione non valgono le disposizioni dettate in materia concessoria (a cui peraltro deve aggiungersi la giurisdizione in capo al giudice ordinario: v. nt. n. 8 *supra*).

(11) In tal senso è la Deliberazione ANAC 5/10/2016, n. 1086, relativa all'affidamento in concessione dei servizi connessi alla balneazione sulle spiagge libere del litorale di Roma Capitale nel Municipio Roma X - Lido di Ostia.

(12) Si rinvia, per esempio, alla recente Deliberazione ANAC 23/11/2016, n. 1197, in ordine alla procedura aperta per l'affidamento in concessione - *rectius*: appalto - a terzi di n. 7 nidi comunali indetta da Roma Capitale, dove per l'appunto la fattispecie è stata ricondotta al modello dell'appalto, anziché a quello concessorio.

(13) La dicotomia, che poggia sulla morfologia del rapporto (bilaterale o trilaterale), condiziona la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ma non influisce sulla distinzione fra appalti e concessioni: sia consentito rinviare al mio *L'anacronismo della simbiosi tra concessioni e servizi pubblici: trilateralità e altre aporie nell'ordinamento giuridico italiano*, in attesa di pubblicazione.

(14) Sia consentito rinviare al mio *Le concessioni riscoprono le proprie origini nel rischio operativo: riflessioni su presente, passato e futuro dell'istituto*, in *Appalti&Contratti*, 11, 2016, 22-32.

(15) Cfr. art. 3, commi 11-12, [D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163](#).

(16) La conclusione principale a cui perviene la sentenza citata è che gli artt. 119 e 120 c.p.a. sono applicabili alle procedure di affidamento di servizi in concessione. Ne deriva che alle procedure aventi ad oggetto le concessioni si applica il rito speciale previsto per gli appalti pubblici, con correlato dimezzamento dei termini ordinari di decadenza. Sia consentito rinviare al mio *Alle procedure aventi ad oggetto le concessioni di servizi si applica il rito speciale previsto per gli appalti pubblici* (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 22), in www.studiocataldi.it/articoli/28169-concessioni-di-servizi-si-applica-il-rito-previsto-per-gli-appalti-pubblici.asp.

(17) Da ultimo è intervenuta Cass., SS.UU., 3 agosto 2006, n. 17573, con nota di R. Giovagnoli, *È servizio pubblico solo l'attività rivolta direttamente a soddisfare le esigenze dell'utenza*, in questa *Rivista*, 12, 2006, 1393, il quale fa notare che la tesi cd. privatistica-restrittiva circa la nozione di pubblico servizio - elaborata dalla Cass., SS.UU. nelle precedenti decisioni nn. 71 e 72 del 2000 - "come prestazione diretta a soddisfare i bisogni della collettività, resa da parte di un soggetto, anche privato, che sia inserito nel sistema dei pubblici poteri o sia a questo collegato, e che sia sottoposto ad un regime giuridico derogatorio dal diritto comune, è stata condivisa anche dalla giurisprudenza successiva, sia ordinaria che amministrativa, e rappresenta ormai *ius receptum*".

(18) In tal senso si veda A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 4, 2012, 567, il quale osserva che "Il processo di contrattualizzazione della concessione di servizi ad opera del diritto comunitario ha condotto, infatti, ad un avvicinamento dei criteri di riparto di giurisdizione del contratto di concessione a



quelli tradizionali in materia di appalto pubblico". Secondo l'autore molte delle tradizionali tendenze a pubblicizzare le concessioni (inquadrate dapprima come provvedimenti, poi come accordi amministrativi) e la relativa sfera applicativa (tramite l'inclusione di poteri d'imperio della p.a.) troverebbero spiegazione nella "particolare tipologia del riparto vigente nel nostro ordinamento, saldamente ancorata alla natura degli atti e delle situazioni giuridiche", che ha determinato "alcune forzature nell'interpretazione delle stesse categorie concettuali di diritto sostanziale". In questa prospettiva, l'attuale formulazione dell'art. 133 c.p.a. - unita all'incertezza della ricostruzione sostanziale dello stesso istituto della concessione di servizio pubblico (nonché del concetto di servizio pubblico) - pone alcuni problemi interpretativi che vengono direttamente ad incidere sull'effettività e sulla coerenza del sistema di tutela giurisdizionale in materia di rapporti concessori: in primo luogo, la tradizionale distinzione tra i profili indennitari e gli altri profili concernenti l'esecuzione del rapporto rischia di determinare una pericolosa (e artificiale) segmentazione delle vicende che contraddistinguono, in maniera unitaria, la fase esecutiva del rapporto concessorio e la fase di adempimento delle relative obbligazioni; in secondo luogo, l'esistenza di un duplice criterio di riparto di giurisdizione allorché si configuri un rapporto come appalto di servizio pubblico o come concessione di servizi (regolati dall'art. 120 c.p.a.), ovvero allorché si riconosca la presenza di una concessione di servizio pubblico (regolata dall'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a.), accentua la problematicità della mancanza (o dell'instabilità) sul piano sostanziale, di chiari e univoci criteri di distinzione tra gli istituti della concessione di servizio pubblico, della concessione di servizi e dell'appalto di servizio pubblico. L'autore conclude che "sarebbe quindi auspicabile, in una prospettiva *de iure condito*, una più attenta ricostruzione in chiave paritetica della maggior parte delle potestà che vengono ad incidere sulla fase esecutiva del rapporto" e, in una prospettiva *de iure condendo*, che "la giurisdizione su tali rapporti andrebbe invece impostata seguendo la distinzione tra "procedura di affidamento" e "fase di esecuzione", in maniera non dissimile da quanto previsto per tutti i contratti pubblici disciplinati dal [D.Lgs. n. 163/2006](#). Il concetto di esecuzione, infatti, meglio si concilia con la struttura bilaterale e obbligatoria del rapporto concessorio. Rispetto alla fase esecutiva potrebbero permanere nell'ambito della giurisdizione esclusiva solo quei poteri effettivamente ricostruibili come poteri autoritativi: e quindi, principalmente, la revoca della "scelta organizzatoria" di procedere all'affidamento della concessione. Tutte le altre vicende esecutive del rapporto convenzionale, poiché afferenti sostanzialmente ad un giudizio sul corretto adempimento di obbligazioni, dovrebbero essere espressamente attribuite al giudice ordinario. Il recesso, la decadenza, la risoluzione per inadempimento, l'applicazione di una penale, l'atto di disdetta riguarderanno sempre - sia negli appalti che nei contratti di concessione - diritti soggettivi nell'esecuzione di un rapporto di diritto comune e giammai, invece, lesione di interessi legittimi, correlati all'esercizio di un potere. Peraltro, la centralità rivestita dal momento dell'esecuzione trova conferma nel fatto che, proprio al fine di superare le ambiguità insite nella tradizionale formula di riparto in materia di concessioni, il giudice senta talvolta la necessità di richiamare la norma concernente la giurisdizione sugli accordi che attribuisce l'intera fase di "esecuzione" del rapporto al giudice amministrativo. A prescindere, quindi, dal dibattito teorico sulla natura giuridica - autoritativa, negoziale o contrattual-pubblicistica - dello strumento utilizzato, nel momento in cui sorge un'obbligazione si viene a creare uno iato con l'esercizio del pubblico potere che rende assai problematica la stessa previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Rispetto a tale fase, si pone infatti principalmente un problema di adempimento delle obbligazioni, ed è proprio tale elemento che dovrebbe giustificare il naturale radicamento della giurisdizione ordinaria". Un ulteriore elemento da tenere in considerazione, ma che l'autore tralascia, è sicuramente il rischio operativo. In qualità di criterio distintivo delle concessioni dagli appalti, esso pare indirizzare le concessioni medesime verso la giurisdizione civile che, almeno in teoria, sembra più adatta a giudicare su vicende negoziali.

(19) Al riguardo può leggersi, ad esempio, T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 25 novembre 2016, n. 1172.

Emblematica di quanto anzidetto, in ogni caso, è la c.d. "concessione di valorizzazione", sulla quale si rinvia a L. Mercati, *"La valorizzazione del patrimonio pubblico"*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 494 ss.



(20) Mi sia consentito rinviare al mio *Concessioni pubbliche e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta* (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653), in *Riv. trim. app.*, 1, 2017, 109-132.

(21) Specialmente nella materia dell'esecuzione contrattuale, ma anche quella dell'affidamento ha richiesto degli aggiustamenti da parte dell'Adunanza Plenaria: v. [nota n. 16 supra](#).

(22) Ma anche qui occorre prestare molta cautela: vedasi Cass., SS.UU., 13 marzo 2015, n. 5074, dove è stata affermata la giurisdizione del giudice amministrativo dal momento che "Secondo la giurisprudenza di questa Corte, "in materia di concessioni amministrative, tanto l'art. 113, comma 1, lett. b) del codice del processo amministrativo (approvato con [D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104](#)) che la [L. 21 luglio 2000, n. 205](#), art. 5 (applicabile *'ratione temporis'*), nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia relativa ai rapporti di concessione di beni e servizi pubblici, fatte salve quelle aventi ad oggetto indennità, canoni o altri corrispettivi, non implicano affatto, in queste ultime ipotesi, un regime di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario. Spettano, infatti, in base ai criteri generali del riparto di giurisdizione, alla giurisdizione ordinaria solo quelle controversie sui profili in esame che abbiano contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere di intervento della P.A. a tutela di ipotesi generali, mentre restano nella giurisdizione amministrativa quelle che coinvolgano l'esercizio di poteri discrezionali inerenti alla determinazione del canone, dell'indennità o di altri corrispettivi" (Cass. 12 ottobre 2011, n. 20939). Pertanto, poiché l'adozione di un provvedimento di revoca da parte della p.a. è possibile quando il precedente provvedimento risulta inficiato da vizi di merito (per originaria o sopravvenuta inopportunità) e sussiste un interesse pubblico concreto ed attuale, prevalente rispetto al configgente interesse privato, all'eliminazione dell'atto inopportuno, è evidente che nel caso in esame non si controverte semplicemente del diritto ad un corrispettivo, ma della legittimità dell'esercizio del potere discrezionale di revoca che ha caducato il diritto al corrispettivo. Inoltre, l'esame della legittimità del provvedimento di revoca, imponendo al giudice la cognizione delle vicende del rapporto concessorio e, segnatamente, l'esatto contenuto di esso al fine di valutare la legittimità dei poteri discrezionali previsti dalla legge ed esercitati dal Comune sia al momento del riscatto degli impianti sia al momento della revoca di tale riscatto, comporta, anche sotto tale profilo, la giurisdizione del giudice amministrativo (Cass. ord. s.u. 18 novembre 2008, n. 27336); ciò tanto più che la convenzione di affidamento alla Cerbaie del servizio idrico ha natura di accordo integrativo del contenuto amministrativo di un provvedimento di natura concessoria ed è perciò essa stessa espressione di un potere discrezionale della p.a., con conseguente assoggettamento al sindacato del giudice cui appartiene la cognizione sull'esercizio di tale potere (v. Cass. s.u. ord. 14 gennaio 2014, n. 584)". Nella specie, oltre a doversi ravvisare la solita riproposizione della concessione *d'antan* - come detto, ora non è più possibile perpetuarla - sotto le sembianze di un accordo amministrativo ex art. 11, [L. 7 agosto 1990, n. 241](#) (che già di per sé avrebbe giustificato la giurisdizione esclusiva), sembra che la giurisdizione amministrativa discenda dalla determinazione e corresponsione dell'indennizzo dovuto in caso di revoca del provvedimento amministrativo, non dalla presenza di una concessione di beni/servizi pubblici.

(23) Di contrario avviso è A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4, 2010, 865, la quale sostiene la tesi della giurisdizione unica sul "contratto amministrativo" a tutela delle esigenze del mercato: rifacendosi alla tutela giurisdizionale apprestata dall'ordinamento francese in materia di contratti amministrativi - dove il giudice amministrativo è "giudice del contratto di diritto pubblico e della sua esecuzione" -, propugna la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella fase della gestione contrattuale per l'attuazione del principio di effettività.

(24) Cfr. T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 4 agosto 2016, n. 940: "Come noto, secondo consolidato orientamento - dal quale non vi è ragione per discostarsi -, nel settore dell'attività negoziale della pubblica amministrazione e, in particolare, in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, la cognizione dei comportamenti e degli atti assunti prima dell'aggiudicazione della gara e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria. La

Pubblica Amministrazione è, infatti, soggetta a regole dettate nell'interesse pubblico per la scelta dell'altro contraente, con applicazione però delle norme di diritto privato dopo l'instaurazione del rapporto negoziale, fonte di diritti soggettivi e di correlativi obblighi fra le parti. A tale differente linea concettuale corrisponde il riparto di giurisdizione, che assegna al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva per le controversie "relative a procedura di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, svolti 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 (...)" (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.), mentre spetta al giudice ordinario la cognizione su controversie, attinenti alla fase esecutiva del contratto (*ex multis*: Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14; Id., Sez. V, 25 novembre 2015, n. 5356; Id., 31 dicembre 2014, n. 6455; Id., 27 ottobre 2014, n. 5290; Id., Sez. VI, 17 marzo 2014, n. 1312; Id., Sez. V, 14 maggio 2010, n. 2959; Id., 10 febbraio 2010, n. 691; Id., Sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 469; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 30 dicembre 2015, n. 1066; T.A.R. Basilicata, Sez. I, 8 novembre 2013, n. 704; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 7 dicembre 2011, n. 2932; T.A.R. Liguria, Sez. II, 22 marzo 2010, n. 1213; Cass., SS.UU., 14 maggio 2015, n. 9861, ord.; Id., SS.UU., 23 luglio 2013, n. 17858; Id., SS.UU., 24 maggio 2013, n. 12901; Id., SS.UU., 3 maggio 2013, n. 10298; Id., SS.UU., 23 novembre 2012, n. 20729). Nel caso in esame, peraltro, l'effetto del provvedimento impugnato e di cui è chiesto l'annullamento, è analogo al recesso dal contratto in conseguenza della mancata volontà della parte contrattuale (le società ricorrenti) di accettare le condizioni contrattuali poste in contratto e il cui rispetto è stato chiesto dall'Amministrazione intimata" (corsivo originale). Detta interpretazione è stata estesa dagli appalti ai contratti pubblici in generale (v. note nn. 4-5 *supra*). Ma per le concessioni, ancora oggetto di suggestioni pubblicistiche, sembrano valere regole diverse.

(25) Cfr. Corte cost. 19 giugno 1998, n. 226, pt. 4 dir. e, soprattutto, 23 novembre 2007, n. 401, ptt. 6.7-6.8 dir., ove la Consulta rileva "che l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, essendo funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, si caratterizza per la esistenza di una struttura bifasica: al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue un momento negoziale. Nella prima fase di scelta del contraente l'amministrazione agisce, come si è già sottolineato, secondo predefiniti moduli procedimentali di garanzia per la tutela dell'interesse pubblico, ancorché siano contestualmente presenti momenti di rilevanza negoziale, dovendo la pubblica amministrazione tenere, in ogni caso, comportamenti improntati al rispetto, tra l'altro, delle regole della buona fede. Nella seconda fase - che ha inizio con la stipulazione del contratto (si veda art. 11, comma 7, del Codice) - l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale".

(26) Tanto da prevedere l'inammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 dicembre 2013, n. 6008, e Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, Sezioni riunite, par. 22 novembre 2016, n. 1223.

(27) V. nota n. 5 *supra*.

(28) Si tratta della sentenza di Cons. Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6488 (con cui è stato accolto l'appello proposto avverso la sentenza del T.A.R. Calabria, Catanzaro, 24 novembre 2011, n. 1422).

(29) Il Consiglio di Stato ha sancito l'illegittimità sia della revoca del precedente affidamento a società mista sia della successiva "autoconcessione", da parte dell'ente comunale, della gestione del porto turistico. In detta delibera si affermava che "il porto rappresenta un'attività di servizio pubblico volta a promuovere lo sviluppo economico e civile". Secondo il Comune la gestione diretta dei servizi pubblici locali sarebbe sempre consentita agli enti locali, perché nessuna norma imporrebbe di affidarli all'esterno. Il T.A.R., pur negando la natura di pubblico servizio, ha accolto in parte il ricorso, ritenendo, da un lato, legittima la revoca della concessione alla società mista e il diniego di rinnovo della concessione demaniale marittima, e, dall'altro lato, illegittima l'internalizzazione del servizio e l'auto-affidamento della concessione al Comune. Il Consiglio di Stato, ritenendo prioritario risolvere la questione se il servizio di gestione dei porti turistici possa essere o meno qualificato un servizio pubblico locale, e, in caso affermativo, un

servizio di rilevanza economica, ha deciso che la risposta debba essere affermativa e che pertanto fosse errata la premessa di fondo su cui si basava la sentenza appellata, che qualificava la gestione dei porti come un servizio non pubblico, di tipo imprenditoriale.

(30) Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624, fornisce una ricostruzione diversa dal precedente sopracitato alla [nota n. 26](#): "Il punto è che l'affidamento che costituiva oggetto del ricorso definito da questo Consiglio con la richiamata sentenza n. 6488/2012 non coincide con quello all'origine della presente decisione, né la qualificazione operata con tale decisione inficia la - diversa - qualificazione come contratto di appalto di servizi dell'affidamento a suo tempo disposto in favore della società Mercatore. Ed infatti: - nel caso deciso con la sentenza n. 6488, cit., venivano in rilievo gli atti con cui il Comune aveva deciso di internalizzare il servizio, superando il pregresso modello di affidamento a una società mista (la Porto di Tropea S.p.a.) alla quale sarebbe stata conferita la realizzazione e la gestione del porto attraverso il ricorso al modello concessorio; - al contrario, nel caso che qui ricorre, vengono in rilievo gli atti con cui il Comune ha dapprima deciso di internalizzare la gestione del porto (rilasciando a sé stesso la concessione e affidando temporaneamente i servizi di nautica da diporto a un soggetto esterno individuato con procedura negoziata - la Mercatore s.r.l., appunto) e, in seguito, è tornato sui propri passi, determinando 'la cessazione del servizio espletato in appalto dalla Mercatore s.r.l.' (atto di appello, pag. 7)".

(31) Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 11 settembre 2013, n. 903: "Il Collegio, in via preliminare, ritiene di soffermarsi sull'eccezione di giurisdizione sollevata dal Comune di Tropea. Il Comune di Tropea richiama l'art. 133 co.1 lett. e) c.p.a. che, riproducendo sostanzialmente quanto previsto dall'art. 33 comma 2 lett. d) D.Lgs. n. 80/1998, limita la giurisdizione esclusiva alle controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, con esclusione, dunque, delle controversie attinenti alla fase dell'esecuzione di natura tipicamente privatistica. L'eccezione è infondata. In primo luogo l'art. 133, comma 1, lett. e) richiamato dalla ricorrente, trova applicazione per l'affidamento di un appalto di pubblico servizio mentre, nel caso di specie, viene in rilievo l'affidamento di un pubblico servizio e, specificamente, la gestione del porto turistico e dei servizi connessi. Sulla natura di pubblico servizio della gestione del porto turistico si è pronunciato, nel caso in esame, il Consiglio di Stato, Sez. VI, che, con sentenza n.6448/2012, condivisa da questo Collegio, in riforma della sentenza T.A.R. n. 1422/2011, ha qualificato il servizio da nautica di porto quale servizio pubblico locale di rilevanza economica. In tale senso depone, infatti, l'articolo unico del [D.M. 31 dicembre 1983](#) che, al n. 14, elenca tra i servizi pubblici locali i 'servizi turistici diversi: stabilimenti balneari, approdi turistici e simili', così confermando che la gestione del porto turistico ben può essere considerato un servizio pubblico locale. La natura di servizio pubblico, peraltro, non è esclusa dal fatto che il porto turistico non è utilizzato da una collettività indifferenziata, ma da una fascia ristretta di utenti, atteso che si tratta comunque di un servizio rivolto ad un numero indeterminato di soggetti, verso corrispettivo. Nel caso in esame, la giurisdizione del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., si radica per il fatto che l'amministrazione resistente con il provvedimento impugnato ha esercitato un potere unilaterale di chiaro stampo autoritativo in quanto non previsto in alcuna fonte negoziale intercorsa tra le parti. L'eccezione pertanto deve essere respinta".

(32) Cfr. pt. 2 della motivazione di Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624, che al pt. 4.2 prosegue: "Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno altresì affermato che con la sottoscrizione del contratto si instaura tra le parti un vincolo negoziale *iure privatorum* comportante che tutte le controversie attinenti alla sua esecuzione devono ascriversi alla giurisdizione ordinaria - configurabile quando si discuta sia della esistenza giuridica delle obbligazioni gravanti su ciascuno dei contraenti sia del come il contratto vada eseguito tra le parti -; appartengono, invece, al G.A. tutte quelle controversie che attengono alla fase preliminare - antecedente e prodromica al contratto - inerente alla formazione della volontà di contrarre da parte dell'amministrazione (o del concessionario) ed alla scelta del contraente privato in base alle regole cd. dell'evidenza pubblica (id., ord. 5 maggio 2011, n. 9843). Si tratta di statuizioni certamente applicabili alla vicenda di causa atteso che (a prescindere dal carattere non perspicuo dei *nomina iuris* utilizzati dal Comune appellante) gli atti impugnati in primo grado sono intervenuti con valenza sostanzialmente risolutiva sugli esiti negoziali dell'aggiudicazione

disposta in favore della Mercatore s.r.l. nel novembre del 2011 e hanno, quindi, inciso su una fattispecie caratterizzata da rapporti paritetici".

(33) V. [nota n. 13 supra](#).

(34) A differenza di quelle di mero servizio alla p.a., pur ammissibili, che ne rimarrebbero escluse.

(35) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421 - con nota di Moliterni A., *Il giudice dei servizi pubblici e l'"araba fenice" del criterio dell'interesse pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2014, 148 -, laddove si statuisce che relativamente al riparto di giurisdizione sulle concessioni "non è invocabile alcun parallelismo con i contratti di appalto, né tanto meno giova ricordare quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella più volte ricordata pronuncia n. 204/2004, visto che la giurisdizione esclusiva sulle concessioni amministrative è rispettosa dell'esigenza di concentrare presso un'unica giurisdizione tutte le controversie afferenti il rapporto concessorio, in considerazione degli interessi pubblici che tale strumento è tipicamente destinato a realizzare, ancorché accanto al profilo autoritativo si affianchi un aspetto strettamente privatistico, relativo ai rapporti patrimoniali tra amministrazione concedente e privato concessionario. Dalle pronunce sopra citate delle Sezioni Unite si coglie infatti l'essenza dell'istituto concessorio, il quale costituisce in ogni caso uno strumento volto al perseguimento delle finalità di carattere generale demandate alla pubblica amministrazione. In particolare, nei servizi pubblici esso costituisce una delle forme di organizzazione cui l'amministrazione può ricorrere per lo svolgimento di attività di interesse generale, in alternativa alla gestione diretta, interponendo il concessionario privato tra sé e la collettività. In passato questo profilo era particolarmente valorizzato ponendo in rilievo l'effetto traslativo di pubblici poteri che si determinava (in particolare cfr. Cass., SS.UU., 8 agosto 1990, n. 8058; 3 dicembre 1991, n. 12966; ord. 9 maggio 2002, n. 6687). Attualmente, invece, per la decisiva spinta del diritto comunitario, i profili di stampo pubblicistico risultano fortemente attenuati, tantoché l'art. 3, comma 12, cod. contratti pubblici assimila le concessioni di servizi agli appalti di servizi, salvo che per la remunerazione del prezzo (in quanto non proveniente dall'amministrazione ma attraverso la gestione economica del servizio medesimo e dunque dall'utenza privata). Non vi è tuttavia dubbio sul fatto che il rapporto trilaterale che nelle concessioni si instaura rende l'interesse pubblico comunque predominante anche nel corso dell'esecuzione del rapporto scaturente dalla concessione. A differenza dell'appalto, l'amministrazione concedente conserva un indubbio interesse circa le modalità con le quali il servizio viene gestito dal concessionario in propria sostituzione, poiché esso, anche quando affidato a privati, non perde la caratteristica fondamentale della sua finalizzazione a bisogni collettivi. È proprio alla luce di questo ineliminabile connotato che si giustifica dal punto di vista logico, oltre che costituzionale, l'ampiezza della giurisdizione esclusiva, mentre, per contro, quest'ultima viene esclusa quando la controversia tra autorità concedente e privato concessionario verta su questioni puramente civilistiche, attinenti gli aspetti patrimoniali scaturenti dal rapporto. Ed è per queste ragioni che deve essere affermata la giurisdizione amministrativa anche nella presente controversia, visto che l'atto di decadenza/risoluzione dal quale essa scaturisce attiene a supposti inadempimenti nello svolgimento del servizio idrico integrato i cui effetti non sono circoscritti al suddetto rapporto, ma si riflettono anche sulla collettività" (pt. 2.7 dir.).

(36) Cfr. art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a.

(37) Per Cass., SS.UU., 28 novembre 2013, n. 26586, "la gestione funzionale ed economica dell'opera, infatti, non costituisce più un accessorio eventuale della concessione di costruzione, ma, come previsto nella specie, riveste il ruolo della controprestazione principale e tipica a favore del concessionario, sì che le controversie relative alla fase di esecuzione appartengono pienamente alla giurisdizione ordinaria". Sul punto vedasi F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: problemi aperti* cit., 329-330 e P. Fimiani, *Giurisdizione e concessione di lavori pubblici*, nota a Cass., SS.UU., 14 febbraio 2008 n. 3518, in questa *Rivista*, 6, 2008, 732 (la S.C. ha affermato che l'equiparazione, rispetto alla giurisdizione, delle concessioni di opere pubbliche agli appalti, con conseguente assoggettamento alla regola generale di riparto tra diritti soggettivi e interessi legittimi, effettuata dall'art. 31 bis della L. n. 109/1994, concerne solo le concessioni di costruzioni e non anche le concessioni di costruzione e gestione, da cui deriva un rapporto non assimilabile all'appalto, sostanziandosi la gestione in un'attività



autonoma che presuppone la costruzione dell'opera e trovando il concessionario compenso alla propria attività nella successiva gestione). Osserva il Trib. Monza, Sez. I, 20 gennaio 2015, n. 197, pt. 2.1 dir., che "il criterio di radicamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia di duplice natura, essendo connesso ad un profilo oggettivo (le procedure di affidamento" di lavori, servizi e forniture) e ad uno soggettivo (la procedura deve essere svolta da un soggetto tenuto all'applicazione delle norme comunitarie ovvero al rispetto delle norme statali e regionali in materia di evidenza pubblica): può, quindi, ragionevolmente sostenersi che, sotto un profilo soggettivo, l'art. 244 si applichi non solo alle amministrazioni pubbliche tradizionalmente intese ma anche ai soggetti privati obbligati a seguire le regole di evidenza pubblica nella scelta del contraente come nel caso dei privati che fruiscono di pubblici finanziamenti, delle società a partecipazione pubblica, delle imprese pubbliche e degli organismi di diritto pubblico mentre, sotto il profilo oggettivo, il riferimento alle "procedure di affidamento" porta a ricomprendere nell'ambito di applicazione della norma, accanto agli appalti tradizionalmente intesi, anche le concessioni, il cottimo fiduciario e la trattativa privata procedimentalizzata ex art. 56 del [D.Lgs. n. 163/2006](#), il dialogo competitivo, l'accordo quadro, le aste elettroniche, il *project financing* (oggetto della presente analisi) ed i sistemi dinamici di acquisizione. Non di meno, *la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende a tutte - ma allo stesso tempo solo a quelle - le controversie legate alla fase pubblicistica dell'appalto, tale da intendersi come quella fase intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e l'aggiudicazione definitiva, laddove restano attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative alla fase meramente esecutiva...* l'orientamento che esclude che la cognizione esclusiva del giudice amministrativo possa estendersi anche alla fase successiva all'espletamento della procedura pubblica di individuazione del contraente, oltre che pienamente logico e coerente in sé in quanto demanda al giudice normalmente investito dell'esame e della tutela dei diritti soggettivi la cognizione dei vizi di un rapporto negoziale regolamentato da norme esclusivamente privatistiche, è stato recentemente rafforzato dalla giurisprudenza di legittimità che, con la pronuncia n. 11023/2014 emanata in data 20 maggio 2014, ha nuovamente ribadito che "la nozione normativa di concessione di lavori pubblici, che impone il riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative alla fase successiva all'aggiudicazione anche per le concessioni di gestione o di costruzione e di gestione, si rinviene - prima ancora che nella direttiva comunitaria di codificazione del 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE (poi recepita dall'art. 3, comma 11, [D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163](#)) e nella [Direttiva 14 giugno 1993 n. 93/37/CEE](#) - nell'art. 1, lett. d), della [direttiva 18 luglio 1989 n. 89/440/CEE](#), sicché non può invocarsi la violazione del principio della *perpetuatio iurisdictionis* per affermare la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione a controversie di tale natura che risultino instaurate anteriormente alla citata direttiva di codificazione e al suddetto [D.Lgs. n. 163 del 2006](#)". In una tale situazione sarebbe irragionevole estendere anche alla fase esecutiva, che si esplica a valle dell'avvenuta stipulazione di un rapporto obbligatorio regolamentato da regole e principi di natura privatistica, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la cui sede propria è rappresentata dalla fase "preparatoria" e propedeutica alla stipulazione del contratto in quanto finalizzata alla scelta del "miglior contraente" possibile. E la decisione in argomento ha tenuto a precisare che in senso contrario non poteva richiamarsi quanto *in illo tempore* statuito dall'art. 23-bis della [L. n. 1034/1971](#), come introdotto dall'art. 4 della [L. n. 205/2000](#) (ora v. artt. 119 e 120 del [D.Lgs. n. 104/2010](#): cfr. [nota n. 16supra](#)), "in quanto idoneo a disciplinare solo il rito applicabile dinanzi al giudice amministrativo e non già ad introdurre una modifica sul riparto della giurisdizione in materia, presupponendo, e non certamente fondando, la giurisdizione del giudice amministrativo".

(38) Difforme è il Lodo arbitrale CRIES C. Com. Cagliari, 7 luglio 1994, in *Riv. giur. Sarda*, 1996, 698.

(39) V. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 20 maggio 2003, n. 299, in *Foro amm. TAR*, 2003, 1707.

(40) V. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 28 novembre 2001, n. 1501 (conf.: Cons. Stato, Sez. V, 4 maggio 2001, n. 2518). Relativamente al servizio di pubblica illuminazione è stata esclusa la presenza di un servizio pubblico sulla base dell'onerosità del contratto per il Comune, sul quale ricadeva l'onere di pagare il corrispettivo del servizio. Pertanto, secondo il giudice, si configurava



un appalto - non una concessione - di servizio strumentale, e, a conferma della simbiosi tutta italiana fra concessione e servizio pubblico, ha desunto che la controversia relativa alla risoluzione del rapporto esulasse dall'ipotesi della risoluzione di un rapporto di affidamento di pubblico servizio, con la conseguenza che non spettava alla giurisdizione del giudice amministrativo. In dottrina vedasi C. Volpe, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione: certezze e incertezze del sistema*, in questa *Rivista*, 2005, 563.

(41) Si pensi che in tema di riserve, secondo la giurisprudenza, le controversie devono essere devolute alla cognizione del giudice ordinario trattandosi di contestazioni insorte nella fase di esecuzione del contratto (*ex multis*, Cass., SS.UU., 6 maggio 2005, n. 9391; cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 236; Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2007, n. 3318; T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 3 giugno 2003, n. 3130 e T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 2 ottobre 2001, n. 583). Ma che cosa accade se si rientra nel pubblico servizio? Sono questioni meramente patrimoniali (giudice ordinario) o radicano la propria *ratio* altrove (giurisdizione esclusiva)?

(42) Di "lotta per il riparto" parla G. De Giorgi Cezzi, *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2000, 696. F. Fracchia, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, in *Servizi pubblici e appalti*, 4, 2004, 799 ss., osserva come "l'argomentare volto a salvare o a censurare l'allargamento della giurisdizione esclusiva sotto il profilo della sua compatibilità con la Costituzione sia spesso risultato strettamente intrecciato con l'analisi dei confini della materia forse più importante devoluta alla giurisdizione esclusiva dalle recenti riforme e, cioè, quella dei servizi pubblici. In particolare, il Consiglio di Stato aveva avallato (Ad. plen. n. 1/2000, cit., peraltro occupandosi del d.lg. n. 80/1998) la tesi della compatibilità con la Costituzione dell'allargamento della giurisdizione esclusiva proponendo una lettura estensiva della nozione di servizio pubblico, da intendere nel suo "significato potenzialmente più vasto", tale da ricomprendervi tutto quanto "attiene allo svolgimento dell'attività amministrativa, per ogni suo aspetto". La S.C., invece, aveva giudicato [l'art. 103 Cost.](#) come norma che impedisce una "indiscriminata estensione" della giurisdizione esclusiva (Cass., SS.UU., 30 marzo 2000, n. 72), mostrando di aderire all'interpretazione secondo cui il servizio "è caratterizzato da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto di bisogni di interesse sociale) che non si rinviene nell'attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali" (v. altresì Cass., SS.UU., 2 novembre 2001, n. 14032). Va tra l'altro osservato che tale specificità del servizio pubblico è stata di recente riproposta dalla Cassazione che, occupandosi dei "rapporti individuali di utenza" cui faceva riferimento [l'art. 33, D.Lgs. n. 80/1998](#) censurato dalla Corte costituzionale, ha avuto modo di osservare che il servizio pubblico "è la complessa relazione che si instaura tra il soggetto che organizza un'offerta pubblica di prestazioni predefinite nei suoi caratteri attraverso un vero e proprio programma di servizio, il quale la rende doverosa per gli utenti" (Cass., SS.UU., 16 aprile 2004, n. 7265)".

Per una rassegna sulla giurisprudenza in parola si rinvia a G. Montedoro, *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2005, 75, e V. Palmieri, *Giurisdizione ed esecuzione dei contratti stipulati dalla p.a.*, in *Foro amm. CDS*, 9, 2006, 2476.

Interessanti annotazioni, con particolare riferimento alla distinzione fra appalti e concessioni, si trovano in G. Caputi, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici nella recente giurisprudenza amministrativa. Riflessioni a margine delle sentenze Consiglio di Stato n. 2461 del 2005 e T.A.R. Campania n. 19740 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2006, 212.

(43) Secondo T.R.G.A. Trento 16 gennaio 2017, n. 15, esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo *ex art. 133*, comma 1, lett. c, c.p.a., per rientrare in quella del giudice ordinario, la controversia avente ad oggetto l'affidamento, da parte della Autostrada del Brennero S.p.a., della sub-concessione della gestione del servizio di ristoro e di attività commerciali connesse presso un'area di servizio autostradale, ossia una fattispecie che non è qualificabile come un servizio pubblico.



(44) Al tema è stato dedicato un volume collettaneo che ha cercato di illustrare le questioni dogmatiche apertesi *in subiecta materia*: si tratta di G. Pericu - A. Romano - V. Spagnuolo Vigorita, *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995.

(45) Non è possibile elencare in questa sede tutte le fonti del diritto che hanno interessato la materia, anche perché le concessioni amministrative sono un istituto plurisecolare che affonda le proprie radici addirittura nel diritto romano (cfr. P. Lepore, "A proposito del fenomeno delle "concessioni amministrative" nell'esperienza romana", in M. Cafagno - A. Botto - G. Fidone - G. Bottino, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 90 ss.): si rinvia alla lettura di G. Palliggiano, *L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo unico degli enti locali* (disponibile on line all'indirizzo: http://www.tuttocamere.it/files/studi/Palliggiano_Giugno_2009.pdf).

(46) Salvo che per le discipline settoriali relative alla distribuzione di gas naturale, alla distribuzione di energia elettrica, alla gestione delle farmacie comunali ed al trasporto ferroviario regionale.

(47) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2537: "l'elemento della allocazione del rischio di impresa in capo al gestore del servizio è funzionale alla distinzione tra contratto di appalto di servizi e concessione di servizi, ai fini dell'individuazione delle norme applicabili ai due istituti, ma risulta ininfluyente quanto alla configurazione dell'appalto di servizi in contrapposizione al servizio pubblico locale". "In conclusione, si può affermare che non tutti i servizi pubblici locali devono o possono essere affidati tramite concessione, ch      possibile siano prestati nelle forme di appalto (si pensi alle gare per il servizio di trasporto con remunerazione c.d. *net cost*), e non tutte le concessioni di servizi sono servizi pubblici locali (per esempio, la distribuzione di bevande e alimenti negli istituti scolastici, Cons. Stato, Sez. VI, sent. 20 maggio 2011, n. 3019)": cos   il parere dell'AVCP - ora ANAC - 20 giugno 2012 (AG 5/12) In dottrina si veda C. Calvieri, *Concessione e appalto di servizio pubblico come contratti pubblici nei c.d. settori speciali ex esclusi. Il caso del trasporto pubblico locale, in federalismi.it*, n. 17/2007.

(48) Il testo della riforma - per effetto della delega contenuta nella [L. 15 marzo 1997, n. 59](#) -    stato il seguente: "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 societ   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 attivit   e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito 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 invalidit  . 3. All'articolo 5, [primo comma](#), della [legge 6 dicembre 1971, n. 1034](#), sono soppresse le parole: 'o di servizi'."

(49) Con note di F. Fracchia, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo* cit. - ove si legge che "L   dove manca il potere non c'   giurisdizione (non solo esclusiva, ma anche di legittimit  ) del giudice amministrativo" - e C. Delle Donne, *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della Consulta n. 204 del 2004: il ritorno al "nodo gordiano" diritti-interessi*, in *Giust. civ.*, 10, 2004, 2237, nonch   a P. Lotti, *Giurisdizione amministrativa e servizi pubblici nella sentenza 204/2004*, in questa *Rivista*, 11, 2004, 1276; Travi A., *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 10, 2004, 2598; F. Satta, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amm. CDS.*, 7/8, 2004, 1908; C.E. Gallo, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti, ibidem*, 1903; C. Medici - M.



Rossetti, *Riparto di giurisdizione, due passi avanti ed uno indietro*, in *Dir. e giust.*, 2004, 29, 22; R. Villata, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2004, 832; L. Torchia, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale*, in www.giustiziaamministrativa.it.

(50) Riprendendo alcune indicazioni del Cons. Stato (Sez. V, n. 2440 del 1999) e della Cass. (SS.UU., 18 aprile 2002, n. 5640), il giudice *a quo* osservava come sia proprio la "costituzione del vincolo obbligatorio" a segnare lo spartiacque tra la giurisdizione del giudice amministrativo e quella dell'autorità giudiziaria ordinaria sul presupposto della tendenziale uguaglianza tra le parti nella fase successiva alla costituzione del vincolo, regolata dalle norme del diritto privato. Conseguentemente, a suo avviso, l'assegnazione indiscriminata alla cognizione del giudice amministrativo di diritti soggettivi, oltre alla progressiva creazione di un diritto civile speciale, avrebbe violato anche l'[art. 3 Cost.](#), sotto il profilo della lesione del principio di uguaglianza - per la creazione di una posizione di privilegio della pubblica amministrazione - nonché del principio di ragionevolezza, venendo a creare un "inutile doppione" del giudice ordinario e insieme a disperdere il patrimonio di esperienze ed attitudini di questi, per giunta in un momento storico caratterizzato dalla regressione del momento autoritativo nel rapporto tra apparato pubblico e società civile.

(51) "Ed infatti, non soltanto (e non tanto) il riferimento ad una materia (i pubblici servizi) dai confini non compiutamente delimitati (se non in relazione all'ipotesi di concessione prevista fin dall'[art. 5 della legge n. 1034 del 1971](#)), quanto, e soprattutto, quello a 'tutte le controversie' ricadenti in tale settore rende evidente che la 'materia' così individuata prescinde del tutto dalla natura delle situazioni soggettive in essa coinvolte: sicché, inammissibilmente, 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. Ma, in tal modo, viene a mancare il necessario rapporto di *species a genus* che l'[art. 103 Cost.](#) esige allorché contempla, come 'particolari', rispetto a quelle nelle quali la pubblica amministrazione agisce quale autorità, le materie devolvibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Tale conclusione è avvalorata dalla circostanza che il comma 2 della norma individua esemplificativamente ('in particolare') controversie, quale quella incardinata davanti al giudice *a quo*, nelle quali può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione-autorità: e certamente le ipotesi specificamente censurate (lettere b ed e) sono tali da non resistere al vaglio di costituzionalità in quanto non soltanto (come le altre contemplate dal comma 2) travolte dalla censura che investe la previsione di 'tutte le controversie in materia di pubblici servizi', ma anche perché, *ex se*, integrano ipotesi nelle quali tali controversie non vedono, normalmente, coinvolta la pubblica amministrazione-autorità. La materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciutale dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo: [art. 11 della legge n. 241 del 1990](#)): sicché, conclusivamente, va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'[art. 33, comma 1](#), nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo 'tutte le controversie in materia di pubblici servizi' anziché le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi (così come era previsto fin dall'[art. 5 della legge n. 1034 del 1971](#)), ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla [legge 7 agosto 1990, n. 241](#) ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore (così come era previsto dall'[art. 33, comma 2](#), lettere c e d). Va altresì dichiarata l'illegittimità costituzionale del comma 2 della norma in esame" (pt. 3.4.2 in diritto).

(52) La sentenza in esame è del luglio 2004, quindi successiva alla [Dir. 2004/17/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordinava le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (OJ L 134, 30 aprile 2004, 1-113) e alla [Dir. 2004/18/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione

degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (OJ L 134, 30 aprile 2004, 114-240), le quali cristallizzavano la definizione della concessione di lavoro e/o servizi in termini contrattuali, come quel contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori/servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di lavori/servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori/servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Definizione recepita dapprima dall'art. 3, comma 1, nn. 11-12 del [D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163](#), ed oggi contenuta nell'art. 3, lett. uu) e vv), [D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50](#).

(53) In aggiunta a tutti gli esempi già illustrati e a quelli che si esporranno a breve, si segnalano i seguenti due.

Per Cons. Stato, Sez. V, 18 luglio 2005, n. 3672 - con nota di T. Bonetti, *La concessione di pubblici servizi tra influenza comunitaria e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2006, 291 - l'accertamento, la riscossione e la liquidazione di tributi locali svolti da società a capitale pubblico maggioritario, ai sensi degli artt. 52 e 53 del [D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446](#), non costituiscono appalto di servizi, ma distinte e disgiunte attività, cui è applicabile il regime dei servizi pubblici locali per espresso rinvio normativo. E, trattandosi di fattispecie che si presenta "sostanzialmente unitaria", appartiene al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, la potestà di conoscere una azione intesa ad ottenere la declaratoria di nullità della concessione-convenzione, regolante il servizio pubblico *sui generis* di elaborazione e gestione dell'anagrafe tributaria comunale, anche a seguito della pronuncia della Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204. Secondo Cass., SS.UU., 5 dicembre 2011, n. 25927, ord. - con nota di G.F. Nicodemo, *Concessione di beni pubblici e giurisdizione: il g.a. conosce solo degli interessi legittimi*, in questa *Rivista*, 4, 2012, 401, ai sensi dell'art. 5 della [L. 6 dicembre 1971, n. 1034](#) (v. ora l'art. 133, lett. b, c.p.a.), la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di concessioni pubbliche sussiste solo nel caso in cui la controversia, promossa per il rifiuto dell'autorità amministrativa di riconoscere il diritto preteso dal concessionario, coinvolga anche il contenuto dell'atto concessorio e cioè i diritti e gli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, residuando invece la giurisdizione ordinaria per i diritti soggettivi slegati dall'esercizio del potere amministrativo.

(54) Cass., SS.UU., 20 aprile 2015, n. 7959, dichiarando la giurisdizione del giudice amministrativo, ribadisce il principio (già in SS.UU., 23 luglio 2001, n. 10013) secondo cui "gli impianti sportivi di proprietà comunale appartengono al patrimonio indisponibile del Comune ai sensi [dell'art. 826 c.c.](#), u.c., essendo destinati al soddisfacimento dell'interesse proprio dell'intera collettività allo svolgimento delle attività sportive che in essi hanno luogo. Ne consegue che, qualora tali beni siano trasferiti nella disponibilità di privati *perché ne facciano determinati usi mediante concessione amministrativa (che costituisce il solo strumento con cui tale trasferimento può essere realizzato)*, restano devolute al giudice amministrativo le controversie connesse al rapporto concessorio, per tali dovendosi intendere anche quelle nelle quali siano in contestazione i limiti delle facoltà da riconoscersi alle parti in base all'atto di concessione" (corsivo originale). Per Cass., SS.UU., 23 luglio 2001, n. 10013, "in tema di concessione in uso esclusivo a privati di beni demaniali, il giudice ordinario (ferma la sua competenza giurisdizionale limitatamente alla materia delle indennità, dei canoni e degli altri corrispettivi afferenti al rapporto di concessione amministrativa di beni e servizi pubblici a norma dell'art. 5, [secondo comma, legge 6 dicembre 1971 n. 1034](#)) conosce di ogni controversia relativa agli obblighi derivanti da rapporti di natura privatistica, che accedono a quello di concessione - come il rapporto di appalto o di sub-concessione costituitosi fra il concessionario ed il terzo per l'esercizio del pubblico servizio o l'utilizzazione del bene pubblico - quando l'Amministrazione concedente resti totalmente estranea a detto rapporto derivato e non possa quindi ravvisarsi alcun collegamento tra l'atto autoritativo concessorio e il rapporto medesimo. Quando, invece, l'Amministrazione è in qualche modo partecipe del rapporto di sub-concessione, per averlo espressamente previsto ed autorizzato nello schema del rapporto concessorio, opera la regola generale che prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie relative a concessioni amministrative, di cui all'art. 5, [primo comma, legge n. 1034 del 1971](#) (SS.UU. 19 febbraio 1992 n. 2056; in senso conforme 8 novembre 1997 n. 11028 e 6 agosto 1998 n. 7710)"

.Questi rinvii "a cascata" dimostrano inequivocabilmente come un principio di diritto - per di più inesatto - relativo ad una fattispecie, per mezzo di progressivi adattamenti, finisca a regolare un diverso caso di specie a distanza di quindici anni (con la concessione che nel frattempo ha subito una metamorfosi).

Peraltro non convince nemmeno il principio in sé, secondo cui solo il rapporto diretto fra p.a. e concessionario costituisce concessione di pubblico servizio, spettante alla giurisdizione amministrativa esclusiva, mentre tutto ciò che ne fuoriesce, non costituendo né concessione né pubblico servizio, apparterebbe al giudice ordinario. Come ripetuto a più riprese, non sussiste alcun binomio concessione-pubblico servizio e questo dato è pacifico sin dal pionieristico studio di U. Pototschnig, *Concessione ed appalto nell'esercizio dei pubblici servizi*, in *Jus*, 1955, 393-425, in *Scritti scelti*, Padova, 1999, 591 ss.

(55) Si richiedeva l'annullamento della Determinazione del Dirigente del Settore Servizi Sociali del Comune, avente ad oggetto "Esercizio del potere di autotutela esecutiva ex [art. 823, secondo comma del codice civile](#). Dichiarazione di nullità e/o inefficacia sopravvenuta del contratto del 24 agosto 2010 rep. n. 1437 e contestuale ordine di rilascio delle strutture sportive comunali e di assistenza delle forze di polizia municipale".

La determinazione comunale di revoca dell'aggiudicazione della gara era stata emessa in esito alla nota con la quale l'amministrazione comunale aveva diffidato la società ad adempiere puntualmente gli impegni assunti con il contratto del 24 agosto 2010, con l'avvertimento che il mancato adempimento avrebbe comportato la risoluzione di diritto ai sensi [dell'art. 1454 c.c.](#), con il correlato obbligo a restituire tutti gli impianti sportivi affidati in gestione. Il presunto inadempimento da parte della società sarebbe stato cagionato dal mutamento della composizione soggettiva del raggruppamento temporaneo per effetto di alcuni recessi all'interno dell'ATI.

(56) Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 13 maggio 2015, n. 697: "In proposito, peraltro, non coglie nel segno il tentativo di parte ricorrente di inquadrare la questione controversa sotto lo schema qualificatorio della mera concessione di beni pubblici facenti parte del patrimonio indisponibile del Comune (...). Invero, l'intero assetto dell'operazione negoziale posta in essere fra le parti aveva ad oggetto un articolato appalto per l'attribuzione in gestione delle strutture sportive comunali, da realizzarsi, però, unitamente alla esecuzione di un articolato programma organizzativo di servizi, recante la previsione, *inter alia*, di specifiche assunzioni di impegni contrattuali per l'apertura giornaliera delle menzionate strutture, la garanzia della presenza di istruttori sportivi iscritti alle relative federazioni, la custodia attiva degli impianti. Ridurre tale complesso schema di affidamento di strutture sportive e servizi alla mera concessione di beni pubblici facenti parte del patrimonio indisponibile del Comune non risulta corrispondere alla realtà negoziale dell'operazione posta in essere, costituendo, in ultima analisi, una qualificazione priva di fondamento della fattispecie in esame, proposta a meri fini di supporto della scelta del giudice adito sul piano della sua giurisdizione, così come ritenuta. Alla luce delle considerazioni sopra esposte, venendo in rilievo, in estrema sintesi, una controversia sulla risoluzione di un contratto di appalto per inadempimento dell'appaltatore, relativa a posizioni di diritto soggettivo tanto nel *petitum* che nella *causa petendi*, deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione dell'adito Giudice Amministrativo in favore della sussistenza, nel caso di specie, della giurisdizione del Giudice Ordinario".

(57) V. par. n. 1 *supra*.

(58) Cfr. pt. 1 dir.: "l'oggetto del contratto è incentrato esclusivamente sulla gestione delle strutture sportive e l'emolumento previsto a carico del Comune è qualificato come contributo annuo di gestione, non rappresentando, dunque, il prezzo di un servizio, ma il concorso alle spese di gestione della struttura medesima.

Alla luce di tali dati, ricavabili dalla semplice lettura degli atti di affidamento, si deve ritenere che l'affidamento in esame ricada nell'ambito dell'affidamento di concessione di beni pubblici, pur connotato da obblighi da espletarsi a carico dell'affidatario a favore della collettività, afferenti alla diversa figura giuridica della concessione di servizi".

(59) In breve, la società ricorrente si doleva dell'inadempimento comunale agli obblighi di inibire in maniera assoluta il parcheggio lungo le vie prospicienti il parcheggio e di promuovere tutte le

iniziative opportune per consentire la regolamentazione della sosta superficiale (e.g. interventi di rimozione dei veicoli in sosta vietata).

Il Comune proponeva, invece, un autonomo ricorso incidentale volto ad accertare il grave inadempimento della società ricorrente per non avere essa realizzato tutti gli stalli interni al parcheggio previsti.

(60) A detta del T.A.R. catanese, "non venendo qui in considerazione una valutazione della concessione quanto una pattuizione ad essa aggiuntiva, complementare ed accessoria, idonea di per sé ad integrare un accordo procedimentale ai sensi dell'art. 11 della l. n. 241/1990", si sarebbe trattato di "un vero e proprio accordo negoziale, stipulato nel perseguimento del pubblico interesse, volto a determinare il contenuto discrezionale di provvedimenti amministrativi che il Comune - nell'esercizio dei propri poteri di regolamentazione della circolazione nei centri abitati, di cui all'art. 7 del Codice della strada (D.Lgs. n. 285/1992) - si è impegnato ad adottare ex art. 11 della l. n. 241/1990" (enfasi aggiunta).

(61) V. nota n. 6 *supra*.

(62) V. nota n. 7 *supra*.

(63) Cfr. pt. 5 della motivazione: "L'art. 133, comma 1, lett. e), punto 1), del cod. proc. amm., infatti, nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo '*le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture*', si riferisce al solo segmento pubblicistico di scelta del concessionario (comprendente tutta quella serie di atti e attività prodromiche alla stipulazione del relativo contratto) e non anche alla successiva fase di esecuzione del discendente rapporto contrattuale - nell'ambito della quale il soggetto pubblico agisce (almeno di norma) alla stregua di un privato committente - dove resta, invece, operante la competenza giurisdizionale del giudice ordinario, quale giudice dei diritti al quale spetta di verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative" (corsivo originale).

(64) Cfr. pt. 8b della motivazione: "Le dette clausole non integrano, difatti, un accordo a sé (fosse pure una pattuizione solo '*aggiuntiva, complementare e accessoria*', come si è espresso il T.A.R.), giustificato da una propria causa, bensì costituiscono nulla più che un elemento della concreta causa giuridica propria della concessione di costruzione e gestione dell'opera, causa al di fuori della quale gli obblighi di cui si lamenta l'inadempimento non presenterebbero alcun senso compiuto".

(65) Ossia: T.A.R. Napoli, Sez. II, 16 marzo 2009, n. 1475, 25 marzo 2010, n. 1627, e 24 aprile 2015, n. 2385

.La società ricorrente, risultata concessionaria dopo gara pubblica svolta nel 2006, infatti, ha presentato diverse diffide ed azioni giudiziarie per censurare il comportamento inerte del Comune dopo la stipulazione del contratto.

Il commissario *ad acta* nominato dal T.A.R. provvedeva a riavviare l'intera procedura espropriativa sin dalla dichiarazione di pubblica utilità; tuttavia essendo passati oltre nove anni dall'avvio del procedimento e ben sette dalla prima concessione-contratto, l'originaria convenzione era ormai da rivedere sia sulla durata che sui prezzi (essendo mutato tutto il quadro economico-finanziario) ed inoltre il Comune avrebbe anche dovuto rilasciare la garanzia fideiussoria per permettere la stipula del mutuo con il Credito Sportivo.

(66) "Considerato che il Comune appellante, con il primo motivo proposto, ha prospettato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo (violazione artt. 3, 142 e 143 cod. appalti; art. 133 c.p.a.), in quanto con il ricorso instaurativo del giudizio di I grado si lamenta la non disposta modifica delle condizioni economiche contrattuali, in punto di rideterminazione del costo di costruzione e di prolungamento della durata della concessione, richiedendosi un riequilibrio del sinallagma contrattuale; di modo che, nella prospettazione dell'appellante, la presente controversia attiene pienamente al rapporto contrattuale 'a valle dell'aggiudicazione', il Consiglio di Stato ha ritenuto "la fondatezza del motivo proposto, posto che le controversie afferenti alla fase di esecuzione di un contratto sono devolute, salvo tassative eccezioni - non ricorrenti nel caso di specie - stabilite dall'art. 133, comma 1, lett. e), nn. 1 e 2, alla giurisdizione del giudice ordinario (Cass., SS.UU., nn. 17858/2013 e 12901/2013; Cons. Stato, Ad. Plen., n. 14/2014; Sez. V, n. 5356/2015)".



(67) Sono lontani i tempi della ricostruzione della concessione in termini pubblicistici fatta da U. Pototschnig, *Concessione ed appalto nell'esercizio dei pubblici servizi* cit. (soprattutto perché alla [nota n. 24](#) rifiutava l'idea che il criterio distintivo fra appalti e concessioni fosse il rischio assunto dalla controparte privata della p.a., salvo poi rifiutare alla [nota n. 29](#) il rimedio della eccessiva onerosità delle concessioni in contrapposizione al dogma dell'equilibrio delle prestazioni all'interno degli appalti).

(68) Sul punto R. De Nictolis, *La tecnica di redazione delle decisioni del giudice amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](#), tiene a precisare che "Sono di fatto vincolanti le statuizioni della Cassazione a sezioni unite in tema di giurisdizione, atteso che le sentenze del Consiglio di Stato possono essere cassate dalle sezioni unite per motivi di giurisdizione".

(69) Si veda, da ultimo, T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 22 novembre 2016, n. 951: "Il risarcimento del danno non è una materia di giurisdizione esclusiva ma solo uno strumento di tutela ulteriore e di completamento rispetto a quello demolitorio; tale principio, già enunciato dalla Cassazione nella vigenza dell'art. 34 del [d.lgs. n. 80/1998](#), è ritenuto ancora valido pur dopo l'emanazione del c.p.a., negandosi dalle SS.UU. (ord. n. 6595/2011; *Idem*, n. 1162/2015) che in detto codice la tutela risarcitoria sia configurata come un'autonoma ipotesi di giurisdizione esclusiva. Poco conta che le fattispecie tenute presenti dalla Corte riguardassero altre materie, in quanto il principio enunciato ha chiaramente carattere generale e può essere applicato anche al di fuori dei casi contemplati. Non può quindi farsi applicazione del comma sesto dell'art. 30 c.p.a., secondo il quale "*Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo*". Nel caso in esame non vi è lesione di interessi legittimi, vertendosi in fattispecie che attiene alla fase esecutiva (nonostante i tentativi della ricorrente di inquadrarla come fattispecie che in qualche modo attiene alla fase anteriore all'aggiudicazione), né in relazione a tale fase è possibile invocare la nozione di giurisdizione esclusiva, che riguarda le sole "procedure di affidamento" degli appalti (art. 133, comma primo, lett. e, punto 1)".

(70) F. Saitta, *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giudice amministrativo: la (persistente) specialità della giurisdizione esclusiva alla ricerca di un'identità smarrita*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2004, 29 ss., osserva che "Tanto per restare ai contratti ad evidenza pubblica, infatti, ci sembra ancor oggi innegabile che, una volta determinatasi la volontà amministrativa nella scelta del contraente, questa si riversa nel negozio, che, così come resta soggetto alle regole del codice civile sul versante sostanziale, deve restare tale anche su quello della tutela, nel senso che l'esecuzione del contratto, consistendo nell'adempimento delle reciproche prestazioni ivi previste secondo le regole privatistiche, non può che restare assoggettata alla cognizione del giudice ordinario.

Affermare che il giudice amministrativo è il giudice della funzione amministrativa non vuol dire, quindi, estendere la sua giurisdizione, in modo del tutto generalizzato, a controversie che con tale funzione "hanno un nesso solo indiretto", non essendovi alcuna valida ragione per sottoporre ad un giudice particolare un'amministrazione pubblica che faccia fondamentalmente uso della propria capacità di diritto comune".

(71) P. Malanetto, *La disciplina speciale dei contratti pubblici: procedure di affidamento, contratto ed esecuzione del rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo. Problematiche attuali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](#) (18/4/2018).

(72) C. Volpe, *Servizi pubblici*, *Corriere Giur.*, 2001, 4, 489 (nota a sentenza)

Appalto - Concessione di servizi

LE CONCESSIONI DI PUBBLICO SERVIZIO TRA DIRITTO COMUNITARIO E DIRITTO INTERNO

di Maria Vittoria Ferroni

Corte giustizia comunita' Europee Sez. VI, 07 dicembre 2000, n. 324

Sommario: Premessa - Breve riepilogo del problema in fatto ed in diritto - Il contratto di concessione di servizi pubblici nel diritto comunitario - Pubblico servizio: crisi della «concessione» e recupero del «contratto» - Rilevanza esclusiva nell'ambito dei contratti relativi ai settori esclusi della direttiva 93/38/CEE e non della direttiva 92/50/CEE - Sulla possibilità di ricondurre una determinata fattispecie agli appalti pubblici di servizi, anche se nella legislazione di uno Stato membro venga definita come concessione - Rilevanza del riferimento alle concessioni di lavori pubblici di cui alla direttiva 89/440 in quanto fornisce un criterio interpretativo per delimitare il reciproco campo di applicazione - Collegamento tra la Comunicazione della Commissione sulle concessione e la sentenza 7 dicembre 2000: principi generali del diritto comunitario - Conclusioni

Premessa

La sentenza della Corte di giustizia del 7 dicembre 2000 affronta problemi di difficile inquadramento a livello comunitario ed oggetto di attento studio da parte della dottrina nel nostro ordinamento quali:

la qualificazione della concessione di pubblico servizio; la possibilità o meno di ricondurre tale fattispecie - che la Corte di Giustizia definisce contratto - nell'ambito di applicazione delle direttive 92/50 e 93/38; la ricerca di un criterio interpretativo per delimitare il reciproco campo di applicazione tra concessione di lavori pubblici di cui all' *art. 1 della direttiva 18 luglio 1989, 89/440/CEE* e le concessioni di servizi pubblici; l'individuazione dei principi del diritto comunitario applicabili alle fattispecie delle concessioni di servizi pubblici.

Tale interessantissima sentenza, peraltro, - vedi *infra* - sembra muoversi all'interno di linee indicative già tracciate dalla Comunicazione interpretativa della Commissione ⁽¹⁾ sulle concessioni di diritto comunitario del 29 aprile 2000, individuando i principi e le norme del Trattato applicabili anche laddove si tratti di concessione e non di appalto.

Breve riepilogo del problema in fatto ed in diritto

Alla Corte di giustizia sono state sottoposte sette questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione delle direttive del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e 14 giugno 1993, 93/38/CEE.

Esse sono sorte nell'ambito di una controversia tra la TeleAustria Verlags GmbH e la Telefonadress GmbH, contro la Telekom Austria AG, con riguardo alla stipulazione da parte di quest'ultima di un contratto di concessione con la Herold Business Data AG, per la produzione e pubblicazione degli elenchi degli abbonati al telefono, stampati ed utilizzabili elettronicamente (elenchi telefonici).

La causa principale deriva dal subentro della Telekom Austria - società per azioni partecipata per la sua totalità dalla Repubblica d'Austria - alla ex Post & Telegraphenverwaltung (amministrazione delle Poste e Telegrafi).

In particolare la Telekom Austria ha assunto i compiti di quest'ultima, tra i quali l'obbligo di garantire che sia disponibile un elenco comprendente tutti gli abbonati ai servizi pubblici di telefonia vocale.

La Telekom Austria ha pubblicato il 15 maggio 1997 un invito ad indirizzarle offerte al fine di ottenere l'aggiudicazione di una concessione di pubblici servizi per la produzione e la pubblicazione di elenchi di abbonati al telefono, stampati ed utilizzabili elettronicamente a partire dalla pubblicanda edizione 1998/1999, e successivamente a tempo indeterminato.

La Teleaustria e la Telefonadress hanno contestato tale procedura ritenendo che, al contratto da stipulare in seguito all'invito a presentare le summenzionate offerte, si sarebbero dovute applicare le procedure di aggiudicazione stabilite dal diritto comunitario e nazionale in materia di appalti pubblici.

Nonostante tale contestazione, la Telekom Austria ha proseguito nelle trattative in corso con la Herold, sostenendo che il contratto da concludere esulasse dalla sfera di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi, in quanto, a suo dire, da un lato il contratto non era a titolo oneroso, e, dall'altro, nella fattispecie si trattava di una

«concessione di pubblico servizio», esclusa dalla sfera di applicazione delle direttive 92/50 e 93/38.

Il contratto con la Herold è stato stipulato il 15 dicembre 1997.

Il Bundesvergabebamt ha sottoposto talune questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia avendo dubbi in ordine all'interpretazione delle direttive 92/50 e 93/38, in quanto dall'insieme degli elementi del contratto e soprattutto dal modo di retribuzione del prestatore di servizi (la Herold non viene remunerata direttamente per le sue prestazioni di servizi, ma può sfruttarle commercialmente), ha ritenuto che il contratto fosse da qualificare come «concessione di servizi».

Il contratto di concessione di servizi pubblici nel diritto comunitario

La Corte di giustizia è pervenuta alla conclusione secondo cui la fattispecie in esame è un contratto di concessione di servizi pubblici sia in considerazione dei profili soggettivi (impresa pubblica cui la legislazione di uno Stato membro affida il compito di gestire un servizio di telecomunicazioni, ed il cui capitale è interamente detenuto dallo Stato da un lato, impresa privata dall'altro, laddove la prima affida alla seconda la produzione e pubblicazione per la diffusione al pubblico di elenchi degli abbonati al telefono, stampati ed utilizzabili elettronicamente), sia in considerazione dei profili di remunerazione del prestatore di servizi (il contraente non viene direttamente remunerato per le sue prestazioni di servizi, ma può sfruttarle commercialmente).

Come è noto, la concessione di servizio pubblico non viene definita dal Trattato, anche se l'espressione «nozione di servizio pubblico» compare già nell'originario Trattato di Roma, art. 77 (ora art. 73 del Trattato di Amsterdam ⁽²⁾). L'unica definizione rinvenibile nel diritto comunitario derivato è quella della direttiva lavori, che prevede un regime specifico per le concessioni di lavori. Secondo l' *art. 1 lett. d) della direttiva 14 giugno 1993, n. 93/37/CEE* «la concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di cui alla lettera a), ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

Nonostante la mancanza di una disciplina specifica nelle direttive 92/50/CEE e 93/38/CEE, come si legge nella Comunicazione interpretativa della Commissione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee serie C/121 del 29 aprile 2000 «ciò non significa, comunque, che le concessioni sfuggano alle norme e ai principi del Trattato».

«Infatti, nella misura in cui si configurino come atti dello Stato aventi per oggetto prestazioni di attività economiche o forniture di beni, le concessioni sono soggette alle norme conferenti del Trattato CE ed ai principi sanciti in materia della giurisprudenza della Corte».

Se è vero, quindi, che non esiste nel diritto comunitario una definizione di concessione di servizio pubblico, in via generale la dottrina ⁽³⁾ ha fatto riferimento all'ex art. 90 paragrafo 1 (ora 86.1) sui diritti speciali ed esclusivi e paragrafo 2 sui servizi di interesse economico generale ⁽⁴⁾.

Comunque il profilo che appare più saliente per il diritto comunitario, non è tanto la forma giuridico-economica di gestione di un servizio, sia essa pubblica o privata, bensì l'assenza o la presenza di posizioni di monopolio che si pongono in contrasto con il principio comunitario dell'apertura dei singoli mercati alla concorrenza ⁽⁵⁾.

Infatti quando un'impresa pubblica o privata agisca per il fine di lucro e sia esposta «naturalmente» alla concorrenza, la Comunità europea la considera come una «società» ai sensi dell'art. 48 (ex 58) del Trattato.

Viceversa, quando l'impresa pubblica o privata non è in posizione di concorrenza, perché titolare almeno di diritti speciali od esclusivi, il diritto comunitario interviene con apposite misure quale l'ex art. 90.1 del Trattato di Maastricht ora art. 86.1 ⁽⁶⁾ Trattato di Amsterdam, secondo cui le imprese pubbliche e quelle cui gli Stati membri riconoscono diritti speciali ed esclusivi sono pienamente sottoposte alla disciplina comunitaria.

Una deroga all'applicazione del Trattato è infatti prevista esclusivamente a favore dei soggetti che si occupano di «servizi di interesse economico generale», qualora il perseguimento dei particolari compiti affidati agli Stati non sia altrimenti perseguibile (ex art. 90.2, ora 86.2) e purché la deroga al diritto comunitario non pregiudichi lo sviluppo degli scambi in misura tale da compromettere gli interessi della Comunità.

Il problema di fondo, peraltro, sembra quello di stabilire se in tali casi si debba applicare anche se con alcune limitazioni, la nozione fondamentale di «servizi» (ex art. 59-60, ora 49-50) o altro. Come sostenuto da una parte della dottrina ⁽⁷⁾ con riferimento alla concessione di pubblico servizio, la nozione fondamentale è quella di servizio *tout court*, contenuta negli artt. 59 e 60 del Trattato di Roma ⁽⁸⁾. Ciò in quanto alla base dell'ordinamento comunitario vi è una forte considerazione del principio di sussidiarietà orizzontale. Va quindi recuperata la nozione di servizio propria del diritto privato ⁽⁹⁾. Tuttavia, per un certo periodo di tempo, la Corte di giustizia è stata molto «rispettosa» dei regimi costituzionali ed amministrativi interni sul pubblico servizio.

Ma, già a partire dalla fine degli anni ottanta ⁽¹⁰⁾ ha sostenuto che questi ultimi debbano costituire un'eccezione alla regola generale del mercato e della concorrenza: ed ha quindi riservato a se stessa il ruolo di «controllore» di ultimo grado, accanto a quello che istituzionalmente spetta alla Commissione, ai sensi dell'art. 90.3 del Trattato (ora art. 86.3 Trattato di Amsterdam). In altri termini, forzando un'interpretazione letterale dell'art. 90.1. del Trattato, la Corte di giustizia ritiene che non necessariamente si debbano salvaguardare diritti speciali ed esclusivi, quali «diritti quesiti»; ma che la loro permanenza vada commisurata al reale processo di liberalizzazione dei servizi nei singoli settori ⁽¹¹⁾.

Il momento di svolta globale, come è stato osservato in dottrina ⁽¹²⁾, è costituito dalla Comunicazione della Commissione dell'11 settembre 1996 sui servizi di interesse generale in Europa ⁽¹³⁾; mentre le nozioni di servizio universale sono già contenute nelle direttive sulle telecomunicazioni e nel regolamento comunitario sui trasporti 1191 del 1969, come modificato dal regolamento 1893 del 1991 (soprattutto in ordine alle nozioni di contratto di servizio pubblico e di obbligo di servizio pubblico).

Pertanto, dall'interpretazione generale dell'art. 86 (ex art. 90) del Trattato ⁽¹⁴⁾ si è passati ad enucleare per successivi gradi di approssimazione: a) la nozione di servizio di interesse generale ⁽¹⁵⁾; b) la nozione di servizio di interesse economico generale ⁽¹⁶⁾; c) la nozione di servizio universale ⁽¹⁷⁾; d) la nozione di contratto di servizio e di obblighi di servizio pubblico ⁽¹⁸⁾.

Questa «apertura» è stata peraltro bilanciata con il riconoscimento a livello «costituzionale» europeo dell'importanza dei servizi di interesse economico generale. Infatti è stata inserita nel Trattato C.E. (come modificato dal Trattato di Amsterdam) un'apposita disposizione sui servizi d'interesse economico generale. Come osservato ⁽¹⁹⁾ l'art. 7D, ora 16, in considerazione dell'importanza di tali servizi «nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, impone alla Comunità e agli Stati membri, per la parte di rispettiva competenza, di provvedere affinché quei servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere ai compiti istituzionali».

La dottrina ⁽²⁰⁾, ha sottolineato il collegamento tra l'art. 16 del Trattato sulla comunità Europea e l'articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea, paragrafo 3, secondo cui «l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri». Ciò comporta tra l'altro la possibilità per l'ordinamento giuridico italiano di attenersi ancora [all'articolo 43 e 41, comma 3 della Costituzione](#), per i settori non liberalizzati da regolamenti e direttive della Comunità Europea.

Pubblico servizio: crisi della «concessione» e recupero del «contratto»

Ciò che preme evidenziare, è la qualificazione della concessione di servizio pubblico quale contratto sinallagmatico, il che sembra spostare la problematica delle concessioni di pubblico servizio ⁽²¹⁾ verso una dimensione privatistica, in parte contro corrente rispetto alla qualificazione di natura pubblicistica del medesimo nella maggior parte degli Stati membri.

È noto peraltro che, in seguito all'influenza del diritto comunitario, nel nostro ordinamento, la stessa nozione di concessione amministrativa è in profonda crisi al punto che la terza legge Bassanini, [legge 16 giugno 1998, n. 191](#), all'art. 1 (che modifica l'art. 20 comma 5 lett. g *quater* della l. 15 marzo 1997, n. 59) dispone la sostituzione del sostantivo concessione con autorizzazione in tutti i regolamenti di semplificazione, ai sensi dell'[art. 20 della legge 59/97](#) aventi tale oggetto: cfr. infatti l'art. 20 comma 5 lett. g. *quater* che dispone tra i principi e criteri direttivi «l'adeguamento della disciplina sostanziale e procedimentale dell'attività e degli atti amministrativi ai principi della normativa comunitaria, anche sostituendo al regime concessorio quello autorizzatorio».

Tale crisi comporta problemi anche sulla possibilità di attuale applicazione della teoria ritenuta più moderna ed aderente al fenomeno della concessione di pubblici servizi; e cioè la teoria di M.S. Giannini sulla concessione di pubblico servizio come procedimento organizzativo della p.a.⁽²²⁾.

Del resto, come si può notare dalla sentenza qui commentata, ed in generale dalla giurisprudenza in materia di trasporto, la Corte di giustizia⁽²³⁾ segue un'idea contrattuale e sostanzialmente paritaria anche dei rapporti concessori.

Si ritiene sul punto interessante quanto sostenuto da una parte della dottrina⁽²⁴⁾ secondo cui l'influenza comunitaria sembra condurre ad una ricostruzione «in cui l'attribuzione della concessione dà luogo ad un vero e proprio contratto di servizio pubblico, e non più ad un disciplinare accessivo alla concessione». Di conseguenza:

- gli obblighi inerenti al servizio pubblico sono normali prestazioni contrattuali (obbligazioni) e non obblighi di natura pubblica derivanti da un rapporto di supremazia speciale;
- le parti sono titolari di diritti e doveri sinallagmatici, e non di potestà pubblicistiche e, reciprocamente, di diritti soggettivi condizionati all'interesse pubblico.

Tuttavia la crisi non investe solo il diritto amministrativo italiano, ma anche altri ordinamenti come ad esempio quello francese⁽²⁵⁾.

Occorre infine, per porre a disposizione del lettore tutti gli elementi di valutazione, ricordare brevemente la problematica giurispubblicistica sulla nozione di pubblico servizio.

Essa è infatti è una delle più tormentate sia in dottrina che in giurisprudenza e, d'altra parte, sta subendo profondi cambiamenti per opera del diritto comunitario e del processo di globalizzazione dei mercati.

L'istituto è stato oggetto di numerose proposte ricostruttive: limitandoci a ricordare quelle più importanti: la teoria soggettiva, la teoria oggettiva, e la teoria imprenditoriale.

Quanto alla prima, la trattazione della problematica inerente ai servizi pubblici risale già alla fine dell'ottocento⁽²⁶⁾. Essa tendeva ad identificare i servizi pubblici con tutti quei servizi che erano gestiti in modo diretto da enti pubblici riconducibili alle organizzazioni amministrative⁽²⁷⁾.

Un punto di critica nei confronti della teoria soggettiva è stato proprio rappresentato dalla scarsa considerazione del fenomeno della concessione di pubblico servizio, già diffuso alla fine del secolo, in cui a gestire i servizi erano i privati⁽²⁸⁾.

Successivamente, la teoria soggettiva è stata ritenuta superata in favore di quella oggettiva⁽²⁹⁾, comprensiva delle attività *lato sensu* economiche, sottoposte ad un particolare regime per la rilevanza sociale degli interessi perseguiti, indipendentemente dall'imputazione soggettiva a pubblici poteri.

Anche la teoria oggettiva è stata però oggetto di critiche sotto il profilo della difficoltà di rintracciare una reale differenza fra disciplina del servizio pubblico e disciplina dell'attività economica.

A tali due teorie, si è affiancata più di recente la tesi imprenditoriale secondo la quale il servizio pubblico è caratterizzato da tre elementi: a) attività imprenditoriale; b) offerta indifferenziata al pubblico; c) soddisfacimento di un interesse pubblico⁽³⁰⁾.

Attualmente la dottrina, anche per l'influenza del diritto comunitario, sembra muoversi su un piano più empirico, di stretta attinenza legislativa⁽³¹⁾.

Molto importante in questo contesto, la direttiva del 27 gennaio 1994 che ha definito tre aspetti: i principi di pubblico servizio; le carte di servizio ed i servizi da includere tra quelli pubblici. Ai fini della sentenza qui commentata preme rilevare come i principi stabiliti dal legislatore italiano in materia di pubblico servizio - uguaglianza, continuità, efficacia, efficienza, partecipazione, imparzialità - appaiono in sintonia con quelli individuati dalla Corte di giustizia e già evidenziati dalla Commissione nella Comunicazione interpretativa del 29 aprile 2000, per la fase di scelta del concessionario. Infine occorre ricordare che l'ordinamento comunitario ha introdotto il concetto di servizio universale, in precedenza richiamato⁽³²⁾.

Rilevanza esclusiva nell'ambito dei contratti relativi ai settori esclusi della direttiva 93/38/CEE e non della direttiva 92/50/CEE

Il primo problema risolto dalla Corte di giustizia è quello della non applicazione della direttiva 92/50 (che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi) a tale fattispecie, in quanto si tratta della gestione di un servizio di telecomunicazioni, ossia di un

servizio rientrante nei settori speciali, disciplinati dalla [direttiva 93/38/CEE](#) (che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni) ⁽³³⁾ .

La direttiva 93/38 disciplina separatamente tutti gli appalti di lavori forniture e servizi di quattro settori: acqua, energia, trasporti, telecomunicazioni.

Inoltre, a seguito delle direttive di liberalizzazione del mercato in settori prima esclusi dalla concorrenza, quali le telecomunicazioni, i trasporti, l'energia elettrica ed il gas, nonché l'inserimento con il Trattato di Maastricht, art. 129 B, ora 154-156 della Politica delle reti transeuropee, si è sviluppata una problematica che afferisce al tema generale dei servizi di interesse economico generale, ma pone particolare attenzione sui problemi della «rete», della sua gestione, della separazione contabile ed anche societaria tra società che gestiscono le reti e la gestione del servizio. ⁽³⁴⁾ Infatti tali settori si trovano al crocevia di numerose disposizioni comunitarie, per cui si devono tenere presenti, oltre al principio di libera prestazione dei servizi, almeno le regole di concorrenza tra le imprese, la disciplina degli aiuti pubblici, la tutela della concorrenza negli appalti pubblici.

Di conseguenza, trattandosi nel caso in esame di gestione di un servizio di telecomunicazioni, il criterio di specialità prevale su quello generale della [direttiva 92/50/CEE](#) che disciplina gli appalti pubblici di servizi.

In conclusione, dunque, non vi è secondo la Corte, alcuno margine di applicazione delle disposizioni dettate dalla direttiva 92/50 e successive modificazioni ed integrazioni, alla fattispecie in oggetto.

Sulla possibilità di ricondurre una determinata fattispecie agli appalti pubblici di servizi, anche se nella legislazione di uno Stato membro venga definita come concessione

Quanto al secondo problema, consistente nel tentativo di ricondurre la fattispecie della concessione dei servizi pubblici in uno Stato membro nell'ambito delle direttive sugli appalti pubblici di servizi nei settori speciali (93/38/CEE), la Corte ha assunto una posizione negativa; in particolare affermando che tali contratti non rientrano nella nozione di «contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto di cui all'art. 1, punto 4, della suddetta direttiva».

Il ragionamento seguito, muove dal superamento della necessità di considerare la definizione della concessione di pubblici servizi contenuta nella proposta di direttiva presentata dalla Commissione al Consiglio il 13 dicembre 1990 volta a coordinare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, secondo cui la concessione di servizi pubblici sarebbe «un contratto, diverso dalla concessione di lavori pubblici ai sensi dell'art. 1, lettera d) della [direttiva 71/305/CEE](#), concluso tra un'amministrazione ed un altro ente di sua scelta in forza del quale l'amministrazione demanda all'ente l'esecuzione di un servizio al pubblico di sua competenza e l'ente accetta di svolgere tale attività avendo come corrispettivo il diritto di sfruttare il servizio oppure tale diritto accompagnato da una controprestazione pecuniaria» (art. 1 lett. h).

(Tale proposta è stata poi soppressa nel passaggio alla definitiva formulazione della direttiva a causa della mancanza di un accordo politico degli Stati membri ⁽³⁵⁾).

Questa formulazione della concessione di servizi pubblici non risulta poi inclusa da parte della Commissione nella sua proposta di direttiva del 27 settembre 1991, 91/C 337/01 che modifica la direttiva 90/531, che è sfociata in seguito, nell'adozione della direttiva 93/38, presumibilmente a causa dell'opposizione di alcuni Stati membri.

Poiché i contratti di concessione di servizi pubblici non sono menzionati espressamente nella direttiva 93/38, secondo il giudice comunitario i medesimi non possono essere inclusi nell'ambito dei contratti a titolo oneroso conclusi per iscritto di cui all'art. 1, punto 4 della suddetta direttiva, come invece sostenuto nell'interpretazione fornita dalla Teleaustria. La stessa indicazione si ricava dalla Comunicazione della Commissione del 29 aprile 2000 nella parte dedicata alla «concessione nei settori speciali» ⁽³⁵⁾ .

Il criterio scriminante utilizzato dal giudice comunitario è l'espressa previsione delle concessioni nelle singole direttive comunitarie in materia di appalti. Solo laddove - come è nella [direttiva 93/37/CEE](#) in materia di lavori - esse siano inserite, la relativa direttiva sarà integralmente applicabile alla concessione. Questa argomentazione appare chiara dalla lettura della decisione:

«Tale constatazione è altresì corroborata dai cambiamenti della sfera di applicazione delle direttive in materia di appalti di lavori pubblici.

Infatti l'art. 3 n. 1, della direttiva 71/305, che è stata la prima direttiva in materia, escludeva espressamente dalla propria sfera di applicazione i contratti di concessione.

Ciononostante, la direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/440/CEE, che modifica la direttiva 71/305, ha inserito nella direttiva 71/305 l'art. 1 *ter*, che ha espressamente preso in considerazione la concessione di lavori pubblici.

Successivamente la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, la quale ha sostituito la direttiva 71/305 così come modificata, menziona espressamente la concessione di lavori pubblici tra i contratti che rientrano nella sua sfera di applicazione».

Esclusa quindi la riconduzione nell'ambito della [direttiva 93/38/CEE](#), ciò tuttavia non elimina, secondo la Corte di giustizia la necessità che gli enti aggiudicatori che stipulano contratti di concessione di servizi pubblici - anche al di fuori della [direttiva 93/37/CEE](#) - siano tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, ed il principio di non discriminazione in particolare. ⁽³⁶⁾

Rilevanza del riferimento alle concessioni di lavori pubblici di cui alla direttiva 89/440 in quanto fornisce un criterio interpretativo per delimitare il reciproco campo di applicazione

Il criterio adottato dalla Corte di giustizia, e sopra riportato, indica anche come delimitare il reciproco campo di applicazione tra concessione di lavori pubblici e concessione di pubblici servizi ⁽³⁷⁾: esso viene ricondotto allo stesso criterio per materia utilizzato dalle direttive comunitarie sugli appalti pubblici.

Sotto tale profilo, la sentenza in commento appare in sintonia con la posizione assunta dalla Commissione nella [Comunicazione del 29 aprile 2000](#), laddove viene enucleato il criterio distintivo tra la concessione di servizi e la concessione di lavori pubblici.

Esso viene infatti individuato alla stregua dei principi stabiliti in materia di appalti pubblici; per la delimitazione del campo di applicazione delle norme delle direttive lavori e dei servizi: il considerando 16 di quest'ultima precisa che se i lavori sono accessori e non sono oggetto del contratto, essi non possono giustificare la classificazione del contratto come appalto pubblico di lavori.

Tali disposizioni sono state interpretate dalla Corte di giustizia nella causa *Gestión Hotelera Internacional* secondo cui «qualora i lavori da effettuare abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dell'aggiudicazione, l'aggiudicazione nel suo insieme non può essere qualificata come appalto di lavori pubblici» ⁽³⁸⁾.

Afferma la Commissione: «benché tali principi siano stati sviluppati in materia di appalti pubblici, la Commissione ritiene opportuno un approccio analogo per stabilire se una concessione sia disciplinata o no dalla direttiva lavori. Il campo di applicazione *ratione materiae* di quest'ultima è in effetti lo stesso, sia in caso di appalti di lavori che di concessione di lavori».

Dunque sarà necessario stabilire in via preliminare se l'oggetto principale del contratto di concessione riguardi la costruzione di un'opera o l'esecuzione e realizzazione di lavori per conto del concedente oppure se, al contrario, tali lavori o la costruzione di tale opera siano meramente accessori rispetto all'oggetto principale del contratto.

Nella prima ipotesi saremo di fronte ad una concessione di lavori pubblici ed andrà applicato il regime della direttiva lavori; nel secondo ad una concessione di servizi pubblici e si dovranno applicare le norme ed i principi del Trattato ⁽³⁹⁾.

La distinzione tra concessione di lavori e concessione di pubblici servizi come sopra delineata si presta tuttavia a difficili problemi interpretativi, una volta trasposta nell'ordinamento interno.

Il problema si pone soprattutto considerata l'identificazione operata dall'[art. 19 comma 2 della legge 109/94](#), come modificata dalla [L. 18 novembre 1998, n. 415](#) (c.d. Merloni *ter*) tra concessione di lavori pubblici ex [art. 1 dir. 93/37/CEE](#) e concessione di costruzione e gestione.

Secondo l'art. 19 comma 2 ⁽⁴⁰⁾ le concessioni di lavori pubblici sono contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed un'amministrazione aggiudicatrice, in cui la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare

economicamente tutti i lavori realizzati. Tale corrispettivo è limitato al pagamento di un prezzo da parte del concedente solo laddove vi siano prezzi o tariffe amministrate.

Volendo ora confrontare la concessione di costruzione e gestione con la concessione di pubblici servizi come delineata nel nostro ordinamento ⁽⁴¹⁾, risulta abbastanza agevole tale delimitazione, laddove al concessionario di servizi non sia attribuita anche l'esecuzione di opere.

Infatti il concessionario di pubblico servizio, di solito, non solo non riceve alcun contributo dalla pubblica amministrazione, ma anzi corrisponde un canone all'amministrazione per potere continuare a gestire il servizio.

Il problema sorge però laddove il concessionario si impegni ad eseguire nell'ambito del rapporto concessorio opere pubbliche tali da bilanciare l'utilità derivante dalla gestione del servizio ⁽⁴²⁾.

In tale ipotesi non sembra agevole distinguere le due figure, anche se si utilizza il criterio discrezionale indicato dalla Corte di Giustizia e dalla Comunicazione della Commissione

Secondo una parte della dottrina ⁽⁴³⁾ i punti di differenziazione possono essere così individuati:

a) dal punto di vista soggettivo, in entrambe le ipotesi, il sinallagma contrattuale intercorre tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un appaltatore;

b) dal punto di vista oggettivo, invece, e sempre tenendo presente il sinallagma contrattuale, l'oggetto della prestazione della concessione di costruzione e gestione è essenzialmente quello di realizzare l'opera: esso costituisce l'obbligazione principale a carico dell'appaltatore, mentre il diritto di gestire l'opera è la prestazione a carico dell'amministrazione ed il corrispettivo dell'appaltatore.

Nella concessione di pubblico servizio, invece, l'oggetto della prestazione a carico del concessionario, è proprio l'obbligo di esercitare il servizio pubblico, alle condizioni dettate dalla amministrazione che ne è titolare, mentre la controprestazione a carico della medesima è quella di consentire al concessionario lo sfruttamento economico del servizio.

In altri termini, nella concessione di costruzione e gestione, la gestione medesima è vista come un costo, che addirittura costituisce un elemento valutabile dell'offerta di contratto, mentre nella concessione di pubblico servizio costituisce un ricavo, cioè un reddito.

Si tenga inoltre presente che, ai sensi dell'*art. 3 comma 8 della L. 18 novembre 1998, n. 415* «Alle concessioni di servizi pubblici si applicano, ove compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 19, comma 2- *bis*, della legge 109, introdotto dal comma 7 del presente articolo».

La norma ora citata potrebbe risultare peraltro incompatibile con il diritto comunitario, qualora si accedesse all'opinione secondo cui, anche le concessioni di pubblici servizi sono considerate dalla *direttiva 92/50/CEE* come appalti di servizi pubblici (es. gli appalti di rifiuti solidi urbani debbono applicare sopra la soglia di rilevanza comunitaria le norme dettate dalla direttiva stessa).

Appare quindi preferibile collegare questa norma con quella contenuta nell'*art. 2*, come modificato dalla *legge 415/98* che detta un sicuro criterio di prevalenza. In altri termini l'applicazione estensiva della legge Merloni sarà sicuramente possibile, ove nella fattispecie vi sia comunque una prevalenza economica della esecuzione di lavori e opere pubbliche rispetto alla prestazione di un servizio pubblico.

Del resto l'inciso «in quanto compatibili» obbliga l'operatore a valutare anche la compatibilità con il diritto comunitario, se è rilevante nel caso concreto.

Collegamento tra la Comunicazione della Commissione sulle concessione e la sentenza 7 dicembre 2000: principi generali del diritto comunitario

Secondo la Corte di giustizia gli enti aggiudicatori, di cui alla sentenza in commento, anche se sottratti alla sfera di applicazione della direttiva 93/38 sono comunque tenuti a «rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, ed il principio di non discriminazione in base alla nazionalità in particolare». Tale posizione della Corte recepisce la posizione espressa dalla Commissione nella Comunicazione dell'aprile 2000 sopra citata, la quale indica i principi del diritto europeo che regolano la fase di scelta del concessionario ⁽⁴⁴⁾. Principi sui quali è interessante soffermarsi perché da essi si può desumere una limitazione della validità delle discipline nazionali che hanno ad oggetto la scelta del concessionario di pubblico servizio.

Del resto, vi è una tendenza anche nell'ordinamento nazionale di ritornare ai principi generali del diritto ⁽⁴⁵⁾ .

Come rilevato dalla dottrina ⁽⁴⁶⁾ , la disciplina della concessione di servizio pubblico è stata profondamente riformata, anche grazie all'ausilio di principi sviluppati dagli studi compiuti in Italia intorno alla nozione di servizio pubblico a partire dagli anni settanta: principio di uguaglianza, di imparzialità, della trasparenza, della proporzionalità e della continuità - che sono poi principi analoghi a quelli tracciati dalla Commissione.

I principi richiamati nella sentenza in commento sono:

1. I principi fondamentali del Trattato in generale;
2. Il principio di non discriminazione in base alla nazionalità sviluppato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia;
3. Il principio di trasparenza esplicitato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Quanto ai primi si ritiene debbano essere richiamate le norme del Trattato rilevanti in materia di appalti e concessioni, che sono quelle che instaurano e garantiscono il buon funzionamento del Mercato unico: le norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità - art. 12, paragrafo 1, ex art. 6 par. 1; le norme relative alla libera circolazione delle merci - art. 28, ex 30 e ss., alla libertà di stabilimento - artt. 43, ex artt. 52 e ss. - alla libera prestazione di servizi - artt. 49 - ex 59 - e seguenti; nonché le eccezioni a tali norme previste agli artt. 30, 45 e 46 - ex artt. 36, 55 e 56; le disposizioni dell'art. 86 - ex 90 - del Trattato, che possono anche essere una guida nella determinazione della legittimità della concessione di diritti speciali ed esclusivi.

Con riferimento al principio di non discriminazione in base alla nazionalità ⁽⁴⁷⁾ , esso è fondamentalmente una applicazione del principio di uguaglianza, che è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario.

La Commissione rammenta che, secondo la giurisprudenza costante della Corte di giustizia, il principio di eguaglianza ⁽⁴⁸⁾ rileva sia nella sua definizione formale ⁽⁴⁹⁾ mirante ad eliminare le più rilevanti discriminazioni (nazionalità, cittadinanza, lingua, religione, condizioni economiche e sociali), sia in quella sostanziale ⁽⁵⁰⁾ che comunque impone di non disciplinare in modo diverso situazioni analoghe, né in modo eguale situazioni differenti.

Interessante il passaggio della Comunicazione, laddove afferma: «Il principio di parità di trattamento implica, in particolare, che le regole del gioco siano conosciute da tutti i potenziali concessionari e si applichino a tutti nello stesso modo». Tale assunto infatti si salda con il principio di trasparenza la cui finalità è proprio quella di garantire l'effetto utile del principio di uguaglianza (v. *infra*).

La Commissione ritiene inoltre che, dall'analisi della giurisprudenza della Corte sul principio di parità di trattamento, discende altresì l'obbligo di ottemperare al principio di concorrenza, aperta, nonché seria ed effettiva, tra tutte le imprese che operano o intendono operare in un certo settore e segmento del mercato.

L'estensione dei principi di concorrenza - compiuta sia nella Comunicazione che nella sentenza qui annotata - alla scelta del concessionario di pubblico servizio (pur se essa resta sottratta all'applicazione delle direttive) ha quindi lo scopo primario di garantire il rispetto di tale principio, sia dal punto di vista sostanziale che procedurale ⁽⁵¹⁾ .

Ovviamente i principi enucleati dalla Corte di giustizia in materia di appalti - considerati dalla Commissione validi anche per le concessioni - dovranno essere interpretati alla luce della diversa struttura di queste ultime.

Infatti, secondo la Commissione, il concedente ha la libertà di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata, nonché di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le diverse fasi della procedura. Però «ciò implica che la scelta del candidato, o dei candidati, deve essere operata in base a criteri obiettivi e che la procedura deve svolgersi nel rispetto delle regole procedurali e dei requisiti fondamentali così come inizialmente stabiliti» ⁽⁵²⁾ .

Naturale corollario del principio di parità di trattamento, secondo il giudice comunitario nella sentenza in commento, è quello di trasparenza ⁽⁵³⁾ , che consiste nel garantire in favore di ogni potenziale offerente un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

Lo scopo dell'obbligo di trasparenza ⁽⁵⁴⁾ che si applica mediante il principio di pubblicità è, sia la tutela della concorrenza, che il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

La Commissione lascia intendere che la modalità di esplicazione della pubblicità viene lasciata agli enti aggiudicatori, ma che la trasparenza viene comunque garantita, qualora gli avvisi contengano, come rileva la dottrina ⁽⁵⁵⁾ le informazioni necessarie sul progetto di servizio pubblico, affinché potenziali concessionari possano decidere se sono interessati a partecipare alla procedura (ad esempio, criteri di selezione, di attribuzione..), ivi compreso l'oggetto della concessione nonché la natura ed estensione delle prestazioni richieste.

Conclusioni

Come si è evidenziato già in precedenza, la Corte ha una visione essenzialmente negoziale della concessione di pubblico servizio, comune del resto anche alla definizione del contratto di appalto e perfino della concessione di lavori pubblici, contenuta in tutte le direttive sugli appalti. Pertanto la vicenda in esame conferma la crisi della tesi dei contratti delle pubbliche amministrazioni, come già evidenziato a suo tempo dalla dottrina ⁽⁵⁶⁾.

Il tema peraltro è stato ancora poco sviluppato nella dottrina italiana, pur in presenza di numerose fonti legislative che disciplinano specificatamente il contratto di servizio (v. ad esempio [d.lgs. 422/97](#) sui trasporti e tutti i provvedimenti legislativi di privatizzazione nel settore ferroviario, autostradale, aeroportuale, postale, delle telecomunicazioni) ⁽⁵⁷⁾.

Non è questa la sede per una trattazione specifica dell'argomento; tuttavia si tratta di un problema molto delicato come sottolineato dalla dottrina ⁽⁵⁸⁾ che non è certa sulla qualificazione di tale contratto come vero e proprio negozio giuridico di diritto privato comune, ovvero di diritto privato speciale, ovvero ancora come una combinazione provvedimentale-contrattuale.

Interessante appare infine la ricostruzione di una parte della dottrina secondo cui con riferimento alla concessione di servizio pubblico sarebbe dogmaticamente inconsistente la distinzione tra obblighi verso l'amministrazione ed obblighi verso gli utenti.

Infatti con l'atto di concessione di pubblico servizio l'ente aggiudicatore individua nel terzo imprenditore colui che assume la qualità di gestore del servizio pubblico (attuatore del programma di servizio) «cioè al tempo stesso trasferisce la domanda di consumatori che ad essa si rivolge e l'obbligo di soddisfare i bisogni sociali di questi nella misura definita dal programma» ⁽⁵⁹⁾.

Da ultimo la sentenza in commento rimette al giudice nazionale la competenza a valutare se gli obblighi derivanti dalla applicazione dei principi generali del diritto comunitario, sopra richiamati; - ed in particolare del principio di trasparenza e di pubblicità - siano stati osservati nella causa principale ed inoltre valutare la pertinenza degli elementi probatori addotti a tale fine. Ciò in conformità ad una tendenza consolidata della Corte, a porsi esclusivamente quale giudice del diritto comunitario e ad affidare altrettanto esclusivamente, a quello nazionale, l'accertamento in concreto, della puntuale osservanza della disciplina comunitaria nella fattispecie controversa.

Per quanto riguarda l'attuale disciplina della tutela giurisdizionale in materia di concessioni di pubblico servizio, già con l'[art. 5 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034](#) le suddette concessioni erano attratte dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Viceversa, per quanto riguarda gli appalti pubblici, la giurisprudenza amministrativa è ferma nel ritenere che la giurisdizione amministrativa esclusiva si applichi solo alla fase di formazione del contratto ad evidenza pubblica, per l'attribuzione dell'appalto di servizio pubblico; ovvero a quella per l'affidamento della concessione di pubblico servizio ⁽⁶⁰⁾; scelta confermata attualmente in via generale dagli artt 4 - 6 ⁽⁶¹⁾ e 7 della [legge 21 luglio 2000, n. 205](#); mentre essa ha chiarito che tale giurisdizione non riguarda comunque la fase di esecuzione del contratto di appalto ⁽⁶²⁾.

Occorre ora verificare se, consolidandosi anche nel nostro ordinamento la tendenza alla contrattualizzazione della concessione di pubblico servizio, attraverso le procedure concorrenziali e il contratto di servizio, tale distinta impostazione resisterà ancora a lungo: ovvero se la tutela giurisdizionale nelle controversie riguardanti i rapporti concessori successivi all'affidamento del pubblico servizio, sarà omogeneizzata con quella offerta in materia di appalti pubblici, anche di servizi.

Riepilogando quanto si è fin qui affermato, anche dalla sentenza in oggetto si nota una tendenza alla progressiva contrattualizzazione della concessione di pubblico servizio.

Infatti, anche la Corte: a) definisce come contratto la concessione di pubblico servizio; b) pretende l'applicazione dei principi generali del diritto comunitario proprie delle procedure contrattuali.

Inoltre il diritto comunitario derivato contrattualizza la materia dei pubblici servizi, attraverso: a) il contratto di servizio; b) gli obblighi di servizio; c) l'apertura alla concorrenza di quei segmenti del pubblico servizio che non appartengono al servizio universale; d) al limite, l'apertura alla concorrenza dello stesso servizio universale (es. in materia di telecomunicazioni).

Si conferma pertanto l'intuizione della dottrina ⁽⁶³⁾ secondo cui, anche l'azione di armonizzazione procedurale può avere effetti sulla disciplina sostanziale degli istituti. Inoltre emerge più nitidamente una diversa concezione dell'interesse pubblico sotteso al pubblico servizio, come «interesse del pubblico» (consumatori ed utenti: v. anche la legge quadro sui diritti dei consumatori n. 281/98); cioè una concezione oggettiva e funzionale, che scalza quella tradizionale «soggettiva», o comunque - anche se «oggettiva», riservata alla sola decisione e programmazione politico-amministrativa delle pubbliche amministrazioni centrali e locali.

(1) Si rammenta infatti che la Commissione CE è considerata la «custode» dei Trattati. Essa è l'organo esecutivo della Comunità ed è dotata di poteri di controllo, normativi, di decisione, di raccomandazione, di gestione, di negoziazione (artt. 211 e ss. del Trattato di Amsterdam ex art. 155 e ss.); per riferimenti v. Ballarino, *Lineamenti di diritto comunitario*, IV ed., Padova, 1993, 60 e ss.

(2) Art. 73 (ex art. 77): «Sono compatibili con il presente trattato gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio».

(3) Non esiste una monografia specificatamente dedicata all'evoluzione comunitaria della nozione di pubblico servizio. Ma sul punto si veda Ramajoli, *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 1993, 564; Racca, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, ivi, 1994, 201 e ss.; Kovar, *Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée*, in *Rev. Trim. de droit eur.*, 1996, 215 ss.; 493 ss.; Mameli, *Servizio pubblico e concessione*, Milano 1998; Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, IV, 181-200; Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 289 ss.; Cavallo - Perin, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 41 e ss., ma soprattutto 51 e ss.

(4) Le nozioni di impresa pubblica, impresa titolare di diritti speciali ed esclusivi e impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale, previste ai par. 1 e 2 dell'ex art. 90 ora art. 86 sono state considerate le nozioni comunitarie che più si avvicinano a quella di concessionario di pubblico servizio, pur coincidendo solo in parte con essa.

(5) Sul punto v. G.M. Racca, op. cit., 202-203, la quale precisa:

«La stessa nozione di impresa pubblica accolta dal diritto comunitario chiarisce che non è rilevante la forma giuridica pubblica o privata di un ente che eroga servizi pubblici, ma l'esistenza di una posizione di influenza dominante delle «autorità pubbliche», che possono mantenere mercati protetti anche a favore di imprese istituite in forma privata. Il trasferimento a privati di servizi la cui gestione in mano pubblica sia ritenuta inefficiente, o troppo onerosa, assume rilievo qualora questa abbia prodotto effetti che sono di ostacolo alla concorrenza tra le imprese».

(6) Vedasi l'art. 86.1: «Gli Stati membri non emanano né mantengano, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscano diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi».

(7) Picozza, *La gestione dei servizi pubblici*, Convegno CISA, 1990.

(8) Cfr. Tizzano, *Professioni e servizi nella CEE*, Padova, 1985, 47.

(9) Per tutti, v. Santini, *Commercio e servizi*, Bologna, 1988; così anche Rubino-Sanmartano, *Appalti di opere e contratti di servizi*, Padova, 1996, passim, ma soprattutto 659 ss.

(10) Corte di giustizia, sentenza 17 novembre 1992, in cause riunite C-271/90, 281/90 e 289/90; v. anche Corte di giustizia, sentenza 23 maggio 2000, n. C-58/99, *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Italiana*, in *Guida al diritto*, n. 21, p. 87 ss: «La Repubblica Italiana,



adottando gli articoli 1, n. 5 e 2 del testo coordinato del [decreto legge 31 maggio 1994 n. 332](#), convertito con modificazioni nella [legge 30 luglio 1994, n. 474](#), recante norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni, nonché i decreti relativi ai «poteri speciali» nel caso di privatizzazioni di Eni S.p.A. e di Telecom Italia S.p.A., è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza degli articoli 52 e 59 del Trattato CE (divenuti in seguito di modifica, articolo 43 e 49 CE) nonché dell'articolo 73B (divenuto articolo 56 CE)».

⁽¹¹⁾ In effetti la liberalizzazione dei mercati settoriali appare come una delle più importanti applicazioni dei principi generali del Trattato rinvenibili nell'art. 3 (ex art. 3) e 4 (ex art. 3 A), cioè la creazione di un mercato interno unico, l'adozione di una politica economica ispirata ad un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza.

⁽¹²⁾ Picozza, Diritto amministrativo e diritto comunitario, Torino, 1997, 193 ss.

⁽¹³⁾ Così Clarich, Servizio pubblico e servizio universale. Evoluzione normativa e profili ricostruttivi, in Dir. pubbl.1998, 184: «Come sottolineato nella Comunicazione della Commissione Ce dell'11 settembre 1996, la solidarietà e la parità di trattamento, nel contesto di un'economia di mercato aperto e dinamico, costituiscono obiettivi fondamentali della Comunità. A tali obiettivi concorrono i servizi di interesse generale, che molti europei considerano «veri e propri diritti sociali in quanto contribuiscono in misura considerevole alla coesione socio-economica» e che danno corpo a «un'insieme di valori comuni a tutti i nostri Stati e che fanno l'originalità dell'Europa» (p.102).

⁽¹⁴⁾ Pais Antunes, L'article 90 du Traite: obligations des Etats membres et pouvoirs de la Commission, in Riv. Trim. del Droit Eur., 1991; e precedentemente Pappalardo, Commento all'art. 90, in Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, Commentario diretto da Quadri, Monaco, Trabucchi, Milano, 1965, I, 692 ss.; AA.VV., La droit de la Communauté économique européenne, art. 90, Bruxelles, 1971, vol.III; Tesaurò, Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE, in Il diritto dell'Unione Europea, 1996, 719 ss.; Cannada - Bartoli, Nozione di impresa pubblica ai sensi dell'art. 90 del Trattato istitutivo del Mercato Comune Europeo, in Riv. dir. industriale, 1963, 162 ss..

⁽¹⁵⁾ Sottili, La liberalizzazione dei servizi pubblici: disciplina comunitaria e stato di attuazione in Italia, Angeletti (a cura di), Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario, Milano, 1996, 243 ss.

⁽¹⁶⁾ Franceschelli, La nozione di servizio di interesse economico generale di cui al paragrafo II dell'articolo 90 del Trattato istitutivo del mercato comune europeo, in Riv. dir. industriale, 1963, 66; Picozza, Diritto amministrativo e diritto comunitario, Torino, 1997, 201.

⁽¹⁷⁾ Clarich, op. cit.,181. Secondo l'Autore, la definizione più chiara di servizio universale sembra essere quella contenuta all' [art.2 comma 1, lett. g\) della direttiva 97/33/CE](#) del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 «Sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta (ONP)», laddove si definisce come servizio universale: «un insieme minimo definito di servizi di determinata qualità disponibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali, ad un prezzo abbordabile». V. anche Santi, Il servizio universale in Italia, (a cura di E.Ferrari), I servizi a rete in Europa, Milano, 2000.

⁽¹⁸⁾ Per ulteriori approfondimenti, Picozza, Diritto amministrativo e diritto comunitario, cit., passim.

⁽¹⁹⁾ Tizzano, Il Trattato di Amsterdam, Milano, 1998, 86. Osserva l'Autore: «La disposizione non appare, per la verità, un modello di chiarezza e non è difficile prevedere che l'ambiguità e le incertezze della sua formulazione offriranno il destro per molte dispute interpretative. In realtà, essa risente delle profonde divergenze emerse in materia tra gli Stati membri, specie dopo che l'azione liberalizzatrice della Comunità ha inciso a fondo sul panorama dei servizi pubblici nazionali, imponendo privatizzazioni, l'abolizione di monopoli, di diritti speciali ed esclusivi....»; v. anche Radicati di Brozolo, La nuova disciplina sui servizi di interesse economico generale, in AA.VV., Il Trattato di Amsterdam, 273 ss.; Tizzano, Profili generali del Trattato di Amsterdam, ivi, 13 ss.

⁽²⁰⁾ Picozza, Relazione al Convegno ACEA S.p.A., CISA (Centro Italiano di Studi Amministrativi), 7 aprile 2001 edito.

⁽²¹⁾ Sulla concessione di pubblico servizio, De Valles, Concessioni di pubblico servizio, in Nuovo digesto italiano, III, 580; Silvestri, Concessione amministrativa, in Enc.dir., VIII, Milano, 1961, 370 ss.; Gullo, Provvedimento e contratto nella concessione amministrativa, Padova, 1965; Silvestri, Il riscatto delle concessioni amministrative, Milano, 1956; D'Alberti, Le concessioni amministrative, Napoli, 1981; idem, Concessioni amministrative, in Enc. giur. Treccani, vol. VII, Roma, 1988, 1 e ss.; Sorace - Marzuoli, Concessioni amministrative, in Digesto disc. pubbl., Vol. III, Torino, 1989, 280 ss. Per quanto riguarda il dibattito più recente Pericu - Romano - Spagnuolo Vigorita (a cura di), La concessione di pubblici servizi, 1995; Mameli, Servizio Pubblico e concessione, Milano, 1998.

In tale contesto, appare utile ricordare la dottrina sui servizi pubblici locali e relative concessioni in quanto la tematica è rimasta fino a qualche tempo fa piuttosto estranea al tema delle liberalizzazioni e delle privatizzazioni dei grandi servizi pubblici a rete.

Tuttavia le difficili vicende del disegno di legge di riforma dei servizi pubblici locali (già 1388 ora 1042) e che presumibilmente non verrà approvato nell'attuale legislatura, dimostrano l'importanza della problematica.

Inoltre gli enti locali sono i principali committenti di appalti e concessioni di servizi pubblici e le norme contenute nel Testo Unico appaiono tuttora ispirate alla concezione oggettiva e programmatica del servizio pubblico di cui [all'articolo 41 comma 3 della Costituzione](#): Marino, Servizi pubblici e sistema autonomistico, Milano, 1986; Cavallo-Perin, Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici, Milano, 1993; Piras, Servizi pubblici e società a partecipazione comunale, Milano, 1994; AA.VV., Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione, Milano, 1997; Sorace, Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1997, 51 e ss.; Cavallo - Perin, La struttura della concessione di servizio pubblico locale, Torino, 1998; Sorace, Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità, in Dir. pubbl., 1999, 371 ss.; Di Gaspere, I servizi pubblici locali verso il mercato, in Dir. pubbl., 1999, 3, 797 ss.; Bardusco, L'assunzione dei pubblici servizi e le scelte delle forme di gestione, in I servizi pubblici locali, (a cura di Caia), Rimini, 1995, 13 ss.

È anche importante richiamare la comunicazione della Commissione della Comunità Europea del 4 giugno 1997 sulla privatizzazione delle imprese pubbliche. Per un commento Picozza, Diritto amministrativo e diritto comunitario, Torino, 1997, 262. Sul problema delle privatizzazioni dei servizi pubblici nazionali e locali v. per tutti Monelli, Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali Milano 2001, ove ampi richiami di dottrina, legislazione e giurisprudenza.

⁽²²⁾ L'illustre Autore aveva sostenuto che la concessione di pubblico servizio non era una concessione in senso proprio né di tipo costitutivo, né di tipo traslativo, ma andava viceversa inquadrata tra i procedimenti organizzativi della p.a. (Giannini, Diritto amministrativo, II, Milano, 1993, 431 ss.; 810; idem, I, 274 ss. e 371 ss). Ciò comportava, da un lato l'inserimento del concessionario in un particolare rapporto giuridico; dall'altro la natura strumentale del disciplinare di concessione, conandosi così l'efficace espressione «contratto ad oggetto pubblico». Tale concezione è stata ampiamente sviluppata dalla dottrina: Trimarchi, Profili organizzativi della concessione di pubblico servizio, Milano, 1965.

⁽²³⁾ Corte di giustizia 17 settembre 1998, n. C-412/96 sui criteri di soppressione degli obblighi di servizio pubblico: «Questa nozione - di obbligo di servizio pubblico - deve essere valutata, conformemente all' [articolo 3 del regolamento n. 1191/69](#), in funzione dell'interesse generale, delle possibilità di ricorso ad altre tecniche di trasporto e della loro idoneità a soddisfare le esigenze di trasporto considerate, nonché dei prezzi e delle condizioni di trasporto che possono essere offerte agli utenti.

Allorché più soluzioni garantiscano, in condizioni analoghe, la fornitura di sufficienti servizi di trasporto, le autorità devono scegliere quella che comporti il minimo costo per la collettività».

⁽²⁴⁾ Picozza, Diritto amministrativo e diritto comunitario, Torino, 1997, 197.

⁽²⁵⁾ AA.VV., La concession de service public face ou droit communautaire, Paris, 1992; Arnault, La privatisation de services publics locaux, Paris, 1991.

⁽²⁶⁾ Per i profili storici v., Mannori-Sordi, Storia del diritto amministrativo, Bari, 2000, 400 ss., ma in particolare 413.

⁽²⁷⁾ Limitando la bibliografia ad alcuni contributi essenziali si può ricordare quanto alla concezione soggettiva: De Valles, I servizi pubblici, in Primo trattato completo di diritto amministrativo, a



cura di V.E. Orlando, vol. VI, parte I, Milano, 1930; Miele, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in Arch. giur. 1933; Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati, teoria generale*, Milano, 1956.

⁽²⁸⁾ Per una critica nei confronti della teoria soggettiva cfr. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, 1989.

⁽²⁹⁾ Quanto alla concezione oggettiva essa è presente già in Nigro, *L'edilizia popolare come servizio pubblico (considerazioni generali)* in Riv. trim. dir. pubbl., 1957; ma viene sviluppata soprattutto da Pototsching, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; ed è stata seguita soprattutto dalla giurisprudenza penale. V. anche Merusi, *Servizio pubblico*, in Novis. dig., it., Vol. XVII, Torino, 1970.

⁽³⁰⁾ La tesi imprenditoriale è sostenuta soprattutto da Virga, *Diritto amministrativo*, vol. IV, *Attività e prestazioni*, Milano, 1996, II ed., 287. Osserva l'autore, circa il concetto di attività imprenditoriale: «l'attività esercitata da parte dei soggetti erogatori di servizi pubblici è di tipo aziendale, essendo diretta alla produzione di utilità. Qualora all'amministrazione sia riservata la privativa, il servizio può essere svolto da imprese private solo in forza di una concessione rilasciata da parte dell'amministrazione» ed ancora «la dottrina più recente è orientata nel riconoscere il carattere di imprenditorialità al servizio pubblico non avendo l'attività svolta nell'esercizio di tale servizio carattere autoritativo. Va invece respinta la tesi secondo cui il servizio pubblico sarebbe caratterizzato solo dal fatto che l'attività viene svolta da un ente o azienda pubblica». Più in generale sulla nozione di servizio pubblico, Massera, *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico*, Bologna, 1978; Zuelli, *Servizi pubblici e attività imprenditoriali*, Milano, 1983; Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 1999; Marcon, *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione*, in Riv. It. Dir. Pubbl. comun., 2000, 125 ss.; ed inoltre, Cattaneo, *Servizi pubblici*, 1942, in Enc. dir., Milano, 1990; Ciriello, *Servizi pubblici*, in Enc. giur., vol. XXVIII, Roma, 1992; Salvia, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in Dir. pubbl., 2000, 535 ss; Vasques, *Autorità Garante della concorrenza e del mercato e servizi pubblici*, in Foro it., 2000, 49 ss. Per quanto riguarda la dottrina straniera, soprattutto francese, Mescheriakoff, *Droit de services publics*, Paris, 1991; Chevalier, *Le service public*, IV ed., Paris, 1987. Per puntuali riferimenti allo stesso ordinamento francese, nonché a quello inglese, v. Mameli, *Servizio pubblico e concessione*, cit. Nella legislazione l'unica norma unificante è ancora quella della [legge 142/90, art. 22](#) e ss., ora artt. da 112 a 123 del Testo Unico, approvato con [d.lgs. 18.08.2000, n. 267](#), nonché il T.U. sulla finanza locale artt. 265 e 267.

⁽³¹⁾ Lariccia, *Diritto amministrativo*, Milano, 2000, 498, che richiama una recente sentenza del Cons. giust. Amm. Reg. Sicilia, 26.02.1998, n. 90, che ha così definito il pubblico servizio: «Nel sistema positivo, per servizio pubblico si intende un'attività economica che per legge o in base ad essa viene assunta da un ente pubblico (segnatamente un ente locale) oppure attribuito (con atto concessorio) anche ad altri soggetti, che lo esercitano in forme imprenditoriali sotto il controllo dell'amministrazione e con un determinato regime amministrativo».

⁽³²⁾ I servizi universali sono quei servizi prestati a tutti gli utenti a prezzi accessibili. Essi sono regolati dai principi di parità, continuità, universalità, adeguamento e a una rigorosa trasparenza nella gestione, nella tariffazione e nel finanziamento. Cfr. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; Clarich, op.cit..

⁽³³⁾ Si rammenta che la [direttiva 93/38/CEE](#) - che ha modificato la [dir. 90/531/CEE](#) - è stata adottata proprio per consentire un allargamento dei contenuti della precedente [dir. 90/531/CEE](#) anche alla materia dei servizi, in precedenza non disciplinati. Di conseguenza, con la direttiva 93/38 anche i contratti di servizi degli enti operanti nei settori speciali sono stati sottoposti all'osservanza di una specifica disciplina comunitaria.

⁽³⁴⁾ Picozza, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1996, 278 e ss. ove si puntualizza il concetto che la rete deve essere considerata il luogo ideale della concorrenza; Tra le più recenti pubblicazioni, Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; idem, *Le Telecomunicazioni*, in Trattato di diritto amministrativo (Diritto amministrativo speciale), a cura di Cassese, II, Milano, 2000, 1783 ss.; AA.VV., *I servizi a rete in europa*, a cura di Ferrari, Milano, 2000; ed in particolare Hermes, *Problemi dell'accesso alla rete*, 97 ss.

⁽³⁵⁾ Vedasi Comunicazione della Commissione del 29 aprile 2000, par. 3.3. «La concessione nei settori speciali», laddove si puntualizza: «La [direttiva 93/38/CEE](#), relativa alle procedure di

appalti degli enti che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti o delle telecomunicazioni, non contiene norme specifiche sulle concessioni di lavori, né sulle concessioni di servizi».

Di conseguenza possono prospettarsi più ipotesi.

«Una seconda ipotesi è quella di un ente pubblico, operante specificatamente in uno dei settori di cui alla direttiva settori speciali, che decida di attribuire una concessione. Le norme ed i principi del Trattato sono applicabili nella misura in cui il concedente è un ente pubblico. Anche nel caso di una concessione di lavori, soltanto le norme ed i principi del Trattato troveranno applicazione, non essendo applicabile la direttiva lavori all'assegnazione di concessioni da parte di un ente che operi specificatamente nei settori di cui alla [direttiva 93/38/Cee](#) .

Infine nell'ipotesi in cui il concedente sia un ente privato, quest'ultimo non è sottoposto né alle norme né ai principi sopra descritti» (Tuttavia, nella misura in cui il concessionario beneficia di diritti esclusivi o speciali per attività di cui alla direttiva settori speciali, per questi appalti pubblici esso dovrà rispettare le norme di tale direttiva).

⁽³⁶⁾ Sulla possibilità di giudicare la compatibilità della concessione di servizi pubblici a prescindere dalla previsione della fattispecie in una direttiva comunitaria con i principi del Trattato v. E. Picozza, «Gli appalti pubblici di servizi», Rimini, 1995, 57: «Occorre ribadire che la Corte di Giustizia può sindacare la compatibilità di una concessione nazionale di pubblico servizio, indipendentemente dalla [direttiva 92/50/CEE](#) . Ed infatti, tutte le volte che la Corte di Giustizia CEE ha ritenuto che una regolamentazione legislativa o amministrativa della concessione, si ponesse contro la libera prestazione dei servizi, è intervenuta con decisione, sanzionando il comportamento dello Stato membro».

⁽³⁷⁾ Viceversa, senza possibilità di approfondire nel presente commento tale tema, la distinzione tra concessione ed appalto pubblico di servizio risale molto lontano nel tempo, ben prima delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici di servizi, in quanto l'appalto costituiva un mezzo alternativo per l'affidamento dei servizi pubblici locali, soprattutto quelli di R.S.U., di trasporto e di pubblicità. Vedasi: Potosching, Concessione ed appalto nell'esercizio di pubblici servizi, in Ius, 1955, 393. Recentemente, Mastragostino (a cura di), Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico, Padova, 1998 e bibliografia ivi contenuta. Dopo l'emanazione della [direttiva 92/50/CEE](#) , la dottrina ha prodotto numerosi contributi per lo più di carattere teorico-pratico. Tra gli altri Mastragostino, Gli appalti pubblici di servizi, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1995, 1290; AA.VV., Gli appalti pubblici di servizi, a cura di Picozza, Rimini, 1996, II ed.; Greco, Gli appalti pubblici di servizi e la concessione di pubblico servizio, in Appalti pubblici di servizi e concessioni di pubblico servizio, Padova, 1998; Greco, Gli appalti pubblici di servizi, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 1992, 1285 ss.; Balestreri, Note sulla distinzione fra «appalti pubblici di servizi» e «concessioni di servizi pubblici», in Riv. trim. app., 1996, 721 ss.

⁽³⁸⁾ Corte di giustizia 19 aprile 1994, n. C-331/92 Gestion Hotelera Internacional, in Racc. I, 1329.

⁽³⁹⁾ Per completezza si segnala che la Commissione fornisce anche un criterio interpretativo nell'ipotesi di contratti misti, ma separabili, di prestazione di lavori o realizzazione di un'opera e prestazione di servizi; che coesistono, ma sono indipendenti., «per cui, a margine di una concessione di lavori, possono essere concluse delle concessioni di servizi per attività complementari ma indipendenti dalla gestione della concessione dell'opera. Ad esempio, i servizi di ristoro di un'autostrada possono essere oggetto di una concessione di servizi diversa dalla concessione di costruzione o di gestione propria dell'autostrada»

In tali ipotesi, ad avviso della Commissione, a ciascun contratto - se dissociabili per l'oggetto - si applicano le norme ad esso relative.

⁽⁴⁰⁾ Per una lettura completa dell'art. 19 comma 2 (non modificato da ultimo dalla [l. 23 dicembre 2000, n. 388](#)): «le concessioni di lavori pubblici sono contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice, aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica. La controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati. Qualora nella



gestione siano previsti prezzi o tariffe amministrati, controllati o predeterminati, il soggetto concedente assicura al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico - finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare, anche mediante un prezzo, stabilito in sede di gara, che comunque non può superare il 50 per cento dell'importo totale dei lavori».

⁽⁴¹⁾ Nella concessione di pubblico servizio il concessionario si sostituisce all'amministrazione nel prestare un servizio pubblico alla collettività, v.tra gli altri G. Pericu - A. Romano - V. Spaguolo Vigorita, *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995; per le relazioni con il diritto comunitario E. Picozza, *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi pubblici*, *Gli appalti pubblici di servizi*, II ed., Rimini, 1995, 47.

⁽⁴²⁾ Così M.Zoppolato, *Commento all'art. 3*, in *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni ter)*, secondo il quale detta ipotesi si verifica ad esempio nel caso di affidamento a privati di servizi di distribuzione dell'acqua o del gas, nei quali venga posta a carico del concessionario l'esecuzione di opere per la realizzazione, l'estensione o il potenziamento della rete.

⁽⁴³⁾ Picozza, *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi pubblici*, in *Gli appalti pubblici di servizi* (a cura di E.Picozza), op. cit. 58.

⁽⁴⁴⁾ Si rammenta che la Comunicazione della Commissione, avendo un carattere interpretativo non ha lo scopo di intervenire nelle scelte di competenza degli Stati membri con riguardo alla gestione pubblica o privata dei servizi attribuiti alle amministrazioni pubbliche. Essa mira a individuare i limiti, nella libertà di scelta delle modalità operative da parte dei singoli Stati, derivanti dal rispetto dei principi fondamentali stabiliti dal Trattato dell'Unione Europea.

Sui principi generali del diritto comunitario, v. ora Toriello, *I principi generali del diritto comunitario*, Milano, 2000; Trabucchi, *I principi generali del diritto nell'esperienza comunitaria*, *Atti Convegno dei Lincei*, 1992; ma precedentemente, Papadopoulou, *Principes generaux du droit ed droit communautaire*, Bruxelles, 1996. Sui rapporti tra principi e disciplina del pubblico servizio, Cavallo - Perin, op. cit., 41-51.

Sull'influenza più in generale di detti principi, Marinelli, *I principi generali del diritto comunitario*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1994; Adinolfi, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, ivi, 1994.

⁽⁴⁵⁾ Limitando le citazioni all'essenziale, vedi, Bobbio, *Principi generali del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, 1966, Torino, 889 ss; Bartole, *Principi generali del diritto*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1986, 494 ss.; Modugno, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur. Treccani*; AA.VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1943; AA.VV., *I principi generali del diritto*, *Atti del Convegno dei Lincei*, Roma, 1991; Alpa, *I principi generali del diritto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1996; idem, *Principi generali: aspetti e problemi*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, 1998, 35 - 70.

⁽⁴⁶⁾ Cavallo - Perin, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, Milano, 2000, 57; e bibliografia ivi citata: Ferrari, *I servizi sociali*, vol. I, Milano, 1986; Marino, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986; Corso, *La gestione dei servizi locali tra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, *Atti del XLI Convegno tenuto a Varenna, Villa Monastero* 21-23 settembre 1995, Milano, 1996; Romano Tassone, *La concessione a terzi dei servizi pubblici locali*, in *Reg. e gov. Locale*, 1992, 87.

⁽⁴⁷⁾ V.Toriello, *La condizione dello straniero*, Padova, 1997.

⁽⁴⁸⁾ Sul principio di eguaglianza nel diritto comunitario: Lenaerts, *L'egalité de traitement en droit communautaire*, in *Cahiers de droit europeenne*, 1991; Benedetelli, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico della C.E.*, Padova, 1989. Sul divieto di discriminazione diretto ed indiretto: Garrone, *La discrimination indirecte ed droit communautaire: vers une theorie generale*, in *Rev. trim. droit. eur.*, 1994.

⁽⁴⁹⁾ Corte di giustizia 8 ottobre 1980, causa n C. 810/79 Uberschar: «il principio generale di uguaglianza, di cui il divieto di discriminazione a motivo della cittadinanza è solo un'espressione specifica, è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario. Questo principio impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata».

⁽⁵⁰⁾ Corte di giustizia 13 luglio 1993, causa C-330/91, Commerzbank, secondo cui il principio di parità di trattamento «vieta non solo le discriminazioni palesi a motivo della cittadinanza, ...ma

anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze».

⁽⁵¹⁾ V. in particolare Vasques, I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza, Torino, 1999.

⁽⁵²⁾ Cfr. Comunicazione della Commissione del 29 aprile 2000: «Ad esempio, anche se il capitolato d'oneri può prevedere la possibilità per i candidati di introdurre miglioramenti tecnici rispetto alle soluzioni previste dal concedente aggiudicatore (il che si verifica sovente nei casi di progetti d'infrastruttura complessi), tali miglioramenti non possono riguardare i requisiti essenziali di un progetto e devono essere delimitati».

«Pertanto sono da considerarsi contrarie alla parità di trattamento, ad esempio: le disposizioni che riservano determinati contratti pubblici alle società a prevalente o totale partecipazione statale o pubblica, diretta o indiretta; le pratiche che permettono l'accettazione di offerte non conformi al capitolato d'oneri; la presa in considerazione di soluzioni alternative, nei casi in cui tale possibilità non sia stata prevista dal progetto iniziale».

⁽⁵³⁾ Cfr. sul principio di trasparenza, anche la sentenza della Corte di giustizia 25 aprile 1996, n. C-87/94 Commissione delle C.E. contro Regno del Belgio passim ma particolarmente punto 54 «La procedura del raffronto tra le offerte doveva pertanto rispettare, in tutte le sue fasi, tanto il principio della parità di trattamento degli offerenti, quanto quello della trasparenza, affinché tutti gli offerenti disponessero delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte».

⁽⁵⁴⁾ Per un confronto con il principio di trasparenza dell'azione amministrativa: Villata, La trasparenza dell'azione amministrativa, in AA.VV. La disciplina generale del procedimento, Atti XXXII Convegno di Scienza dell'Amministrazione, Milano, 1989; anche in Dir. proc. amm., 1987; Caramazza, Dal principio di segretezza al principio di trasparenza: profili generali di una riforma, in Riv. trim. dir. pubbl., 1995, pp. 941 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cavallo - Perin, op.cit., 70.

⁽⁵⁶⁾ V. per tutti. Greco, I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato, Milano, 1986; Benedetti, I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune, Torino, 1999; e soprattutto, Franzese, Il contratto oltre privato e pubblico (contributi della teoria generale per un ritorno ad un diritto unitario, Padova, 1998, passim, ma soprattutto 193. ss.

⁽⁵⁷⁾ V. comunque Raffaele Di Raino, Contratto e gestione indiretta di servizi pubblici, Napoli, 2000.

⁽⁵⁸⁾ Sorace, Diritto delle amministrazioni pubbliche, una introduzione, Bologna, 2000, dove limpidamente si afferma: «Per i servizi pubblici, vi sarebbe stato bisogno di una «concessione» da parte dell'amministrazione perché un'impresa privata fosse legittimata a produrre il servizio stesso, per la ragione che secondo la spiegazione più comune derivante dall'antica concezione vista più indietro, l'«assunzione» di un servizio significava non soltanto assunzione della responsabilità della sua organizzazione e regolazione ma anche della sua «gestione», cioè della sua produzione e distribuzione. Ma, come si è visto, tale concezione sembra ora da considerarsi superata: il diritto di svolgere l'attività in cui consiste la produzione e distribuzione di un servizio appartiene alle imprese al pari del diritto di svolgere qualsiasi attività economica e non è dunque l'amministrazione che trasferisce o costituisce tale diritto in testa alle imprese. Semmai l'amministrazione pubblica opera in modo da fare sorgere l'obbligo delle imprese, si intende con il loro consenso, di produrre e distribuire i servizi: ed a tal fine lo strumento idoneo che essa usa è il contratto.

Resta peraltro da vedere se i contratti possano considerarsi soggetti esclusivamente al diritto privato comune o se ad essi si applichi qualche disciplina derogatoria».

⁽⁵⁹⁾ Cavallo Perin, op.cit., 76/79.

⁽⁶⁰⁾ Fabri, L'ambito della materia dei servizi pubblici nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in Dir. proc. amm., 2000, 1007-1008.

⁽⁶¹⁾ Cfr.; Consolo, Il processo amministrativo fra snellezza e «civilizzazione», in questa Rivista,, 2000, 10, 1268; Caringella, La giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di appalti pubblici dopo la *legge 205/2000* Milano, 2000. In senso dubitativo circa la chiarezza dell'art. 6, De Giorgi-Cezzi, Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione, in Dir. proc. amm., 2000, 756.

⁽⁶²⁾ Cass., sez.un. 30 marzo 2000, n. 72, in Urbanistica e appalti 2000, 728; in questa Rivista, 2000, 5, 592; in Foro it., 2000, I, 2210, con nota di Dalfino.; Tar Puglia, Bari, sez. I, 10 novembre

2000, n. 4422, in I Tar, I, 4301; Tar Lombardia, sez.II, 13 novembre 2000, n. 6327, in I Tar, I, 4281.

⁽⁶³⁾ Picozza, Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea, Roma, 1996, 34; ed anche 40 e ss..

Urbanistica e appalti, 2005, 2, 211 (nota a sentenza)

LA CONCESSIONE DI SERVIZIO PUBBLICO E L'OBBLIGO DELLA GARA SECONDO IL DIRITTO COMUNITARIO

Leggiadro Francesco

[T.A.R. Lombardia Milano, 04 agosto 2004, n. 3242](#)

Sommario: [La fattispecie oggetto della sentenza](#) - [Il fenomeno dell'outsourcing dei servizi pubblici. Il nuovo ruolo della concessione](#) - [Il criterio distintivo tra concessione ed appalto di servizi secondo il diritto comunitario](#) - [Il persistere di un "favor armonizzante" nella dottrina e nella giurisprudenza nazionale](#) - [La concessione di servizi e la concessione di servizi pubblici](#) - [Quando l'oggetto della concessione è un servizio pubblico](#) - [Il regime normativo applicabile alle concessioni di servizi](#) - [L'inclusione degli affidamenti "sotto-soglia" nell'ambito di applicazione delle norme sull'evidenza pubblica](#) - [Conclusioni](#)

La sentenza del TAR Lombardia in esame, pur senza contenere spiccati elementi di novità nel vasto panorama giurisprudenziale in materia, fornisce validi spunti per tornare ad occuparsi, viene da dire ancora una volta, della *vexata quaestio* inerente la distinzione tra appalto di servizi e concessione di servizi pubblici. Tale questione è sempre stata intimamente connessa ad altre due problematiche di estremo interesse e di fertile produzione dottrinale: gli obblighi di concorrenzialità negli affidamenti da parte della pubblica amministrazione e gli elementi identificativi del concetto di servizio pubblico. È evidente che in questa sede non si avrà la presunzione di voler trovare la chiave di volta di un dibattito che, malgrado l'attenzione ed il prestigio accademico di coloro che l'hanno animato, non pare accennare a concludersi, né a scemare. Ciononostante, si proverà, passando in rassegna alcuni stralci del percorso argomentativo del giudice amministrativo, ad offrire una lettura della sentenza che consenta di sistematizzare il *thema disputandum*, contestualizzando lo stesso nel quadro del diritto comunitario.

La fattispecie oggetto della sentenza

La vicenda sottoposta all'attenzione del giudice amministrativo trae origine dalle censure di illegittimità che un'impresa rivolgeva avverso la determinazione con la quale il Comune di Pavia aveva affidato a trattativa privata la "concessione" - con un contratto della durata di sei anni - della fornitura, posa in opera, manutenzione e gestione di manufatti di arredo urbano (transenne parapetonali, portabiciclette, quadri turistici) dotati di impianti pubblicitari.

In particolare, la società ricorrente contestava la mancata applicazione da parte del comune delle ordinarie procedure di evidenza pubblica per il suddetto affidamento, deducendo la mancanza, nel caso di specie, dei presupposti di specificità tecnica ed urgenza previsti dalla legge per poter ricorrere all'affidamento a trattativa privata. Al riguardo, la ricorrente faceva notare che, in relazione alla durata dell'affidamento, questo doveva ritenersi soggetto alla legislazione comunitaria in materia di procedure di aggiudicazione di appalti di servizi ⁽¹⁾ e che, qualora pure il rapporto fosse configurabile come concessione, si sarebbero dovute nondimeno applicare le regole dell'evidenza pubblica, secondo le quali la scelta del contraente a trattativa privata (o a procedura negoziata senza preventiva pubblicazione di un bando) ha carattere eccezionale, derogando ai principi di trasparenza e concorrenza.

La sentenza del TAR Lombardia presenta i maggiori motivi di interesse proprio laddove si occupa di qualificare il rapporto tra il comune e l'impresa affidataria, al fine di poter stabilire se possano considerarsi corrette le modalità di scelta del contraente adottate dall'amministrazione. L' *iter* argomentativo può quindi suddividersi in due parti. Nella prima parte, il giudice si chiede se l'affidamento sia riconducibile allo schema dell'appalto o a quello della concessione di servizi pubblici, posto che, evidentemente è consapevole che l'eventuale

configurazione del rapporto come mero appalto comporterebbe "automaticamente" illegittimità dell'azione amministrativa che non ha attivato un confronto competitivo tra le imprese interessate. Una volta ricondotto il rapporto allo schema della concessione, il TAR, nella seconda parte della motivazione, si domanda se ad una concessione di servizi sia applicabile la disciplina prevista in materia di appalti e se, in caso contrario, l'amministrazione sia in ogni caso tenuta a ricorrere ad una procedura di evidenza pubblica nella scelta dell'affidatario del servizio secondo i principi generali ricavabili dal Trattato. Alla fine del suo ragionamento, il giudice perviene a quest'ultima conclusione e, conseguentemente, annulla gli atti impugnati.

Il fenomeno dell'outsourcing dei servizi pubblici. Il nuovo ruolo della concessione

Il caso oggetto della pronuncia in commento consente di poter dar conto di un fenomeno sempre più frequente e diffuso del ricorso da parte della p.a. al settore privato, attraverso prevalentemente l'istituto della concessione, per il soddisfacimento degli interessi della collettività, nonché per l'ulteriore, non meno rilevante, obiettivo di contenimento o riduzione dei costi ⁽²⁾.

Ed invero, è proprio la figura della concessione che - sul piano organizzativo - consente di attuare una vera e propria forma di partenariato con i privati nella gestione di servizi pubblici ⁽³⁾, specie per quelli di rilevanza locale. Del resto, la concessione, guardata in chiave moderna ed europea, altro non è che una forma di esternalizzazione ⁽⁴⁾, al pari dell'appalto, ove all'amministrazione residuano le funzioni di programmazione, progettazione e controllo.

Proprio quest'ultima connotazione del cd. *outsourcing* di servizi pubblici rende possibile comprendere il *revival* dell'istituto della concessione in una materia, quale quella degli appalti pubblici in cui, sulla scorta dell'influenza comunitaria, si è imposto il superamento dei regimi cd. di riserva in capo a determinati soggetti.

Si assiste, infatti, ad una rivisitazione dell'istituto della concessione. Tale istituto originariamente era utilizzato in modo "elettivo" proprio per preservare alcune attività di particolare interesse pubblico dal libero gioco della concorrenza, consentendo di attribuire, *intuitus personae*, "diritti speciali o esclusivi" ⁽⁵⁾ in capo a soggetti che avevano il compito precipuo di sostituire l'amministrazione nel compito di presidiare quella determinata attività ritenuta strategica per il benessere della collettività ⁽⁶⁾. La concessione è divenuta, nei tempi più recenti, in linea con l'accezione che ne offre il diritto comunitario, un'insostituibile mezzo di cooperazione tra pubblico e privato, finalizzato più che alla sostituzione dell'amministrazione nell'esercizio di attività intimamente pubbliche, al coinvolgimento di capitali privati e di capacità imprenditoriali nella messa a disposizione di nuovi o migliori servizi alla collettività. Così affievolito il motivo fondamentale del carattere fiduciario della scelta, vale a dire il trasferimento di compiti pubblicistici ad un *alter ego* dell'amministrazione, è divenuta sempre più pressante l'esigenza di assicurare l'apertura della concorrenza tra gli operatori economici interessati all'assentimento della concessione e la necessità di tracciare più chiaramente la distinzione tra la concessione stessa e l'altro strumento tipico di affidamento di servizi a terzi: l'appalto. L'essenza di tale distinzione è stata trovata, come si è detto, sul piano squisitamente economico. Al concessionario, infatti, a differenza che all'appaltatore, non solo viene chiesto di farsi carico - in tutto in parte - del peso dell'intervento, ma si trasferisce il rischio finanziario dell'investimento, che deriva dallo sfruttamento della gestione per un determinato periodo di tempo del *business* connesso al servizio affidato (nel caso di specie: lo sfruttamento degli impianti per fini pubblicitari). La concessione, sfrondata di tutti i profili di carattere pubblicistico, è quindi divenuta un semplice contratto nel quale il caratteristico meccanismo di remunerazione consente al concessionario privato di rientrare dell'investimento senza gravare sul bilancio dell'amministrazione.

Il criterio distintivo tra concessione ed appalto di servizi secondo il diritto comunitario

Le considerazioni del TAR Lombardia sulla natura del rapporto tra amministrazione comunale e impresa, ed in particolare sulla differenza tra l'appalto e la concessione, riprendono, pressoché *in toto*, le indicazioni fornite dalla Commissione nella "Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario" ⁽⁷⁾.

Sulla scorta di tale atto, dotato di intrinseca "forza" paragonabile ad un'autonoma fonte di diritto comunitario ⁽⁸⁾, il suddetto rapporto viene inquadrato nello schema della concessione, vale a dire in un contratto che conferisce un "diritto di gestione" del servizio affidato e che consente al concessionario di sfruttare economicamente detto servizio per un determinato periodo di tempo. Peraltro, nella concessione, come sottolinea anche il TAR nella sentenza in esame, non si trasferisce solo la gestione del servizio ma anche l'alea che è ad essa connessa. Il concessionario si deve infatti assumere il "rischio economico", nel senso che la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi che può trarre dalla fruizione del servizio stesso; al contrario, qualora tale onere economico gravasse sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice, si sarebbe in presenza di un mero appalto.

Il persistere di un "favor armonizzante" nella dottrina e nella giurisprudenza nazionale

La sentenza del TAR Lombardia in commento che, lo si è già detto, riprende e correttamente fa proprie le indicazioni della Commissione UE, nel richiamo al diritto interno e ad alcuni elementi definitori della concessione propri del nostro sistema normativo, appare rimanere l'alveo di quell'orientamento interpretativo che continua a voler coniugare, nella materia, il diritto nazionale e quello europeo.

Infatti, pur a seguito di una così chiara riconduzione della distinzione tra appalto e concessione a profili squisitamente economico-finanziari, la dottrina e la giurisprudenza nazionale non si sono limitati a prendere atto che tali istituti, e specie il secondo, hanno ora definitivamente perso ogni aggancio con la tradizionale impostazione del nostro diritto interno e che le similitudini sono da relegare a circostanze di ordine terminologico ⁽⁹⁾.

Il tentativo di "armonizzare" - *ex post* - il diritto nazionale con quello comunitario sul tema della concessione si presenta invero tra i più impegnativi perché porta con sé l'esigenza di collegare tale istituto, in modo stringente, con il trasferimento di prerogative pubblicistiche e, nel caso di prestazioni di servizi, con il concetto stesso di servizio pubblico ⁽¹⁰⁾.

Ma la concessione in ambito comunitario altro non è che una delle possibili forme di partenariato pubblico-privato ove quest'ultimo assume la veste di finanziatore e realizzatore di un'opera o di un servizio di interesse per la collettività, a fronte del diritto di gestire detta opera o servizio attraverso, di norma, la percezione dai singoli utenti fruitori di un *fee* determinato in base al piano finanziario che sorregge l'operazione ovvero in virtù di un meccanismo di gestione previsto nella convenzione con il soggetto concedente. È quindi connaturato a questo modo di intendere la concessione l'esistenza del rischio economico (inteso in senso finanziario) in capo al concessionario. Ad esempio, non potrà aversi concessione, ma solo appalto, in tutti i casi nei quali il concessionario (*rectius*: l'appaltatore) sia al riparo dagli effetti di un'errata valutazione dell'investimento e possa, senza particolari oneri, riequilibrare eventuali scostamenti con un sistema remunerativo che addossi tutti i rischi economici sulla pubblica amministrazione. In questo caso, spiega la Commissione, e forse non ce ne sarebbe stato bisogno, quello che formalmente appare come una controprestazione in forma di gestione, diviene una modalità come un'altra per saldare il corrispettivo dell'appalto. In buona sostanza, alla domanda su quale sia il decisivo tratto distintivo tra appalto e concessione, la Commissione risponde: il modello di remunerazione della prestazione basato nella concessione sul rischio economico-finanziario della gestione. Qualora la stessa domanda fosse stata rivolta ad un interprete del diritto nazionale ignaro del contesto giuridico europeo, quest'ultimo avrebbe certamente indagato la natura del servizio e, una volta accertato che questo fosse riconducibile ad un servizio pubblico, si sarebbe chiesto se l'amministrazione, intendesse con quel determinato affidamento, farsi sostituire nel compito di erogare detto servizio. Tale operazione, che pure il TAR Lombardia non risparmia di fare (sebbene in via "aggiuntiva"), è lontana e comunque superflua rispetto all'interpretazione "comunitaria" della concessione. Al riguardo, basti considerare, per comprendere tale diversità di vedute, che la Commissione, nella nota Comunicazione interpretativa, si esprime testualmente nel modo seguente: "la concessione riguarda di solito attività che, per loro natura, per l'oggetto e per le norme che la disciplinano, possono rientrare nella sfera di responsabilità dello Stato ed essere oggetto di diritti speciali ed esclusivi" ⁽¹¹⁾. Ciò rende chiaro che l'avere ad oggetto un servizio pubblico è per la concessione di servizi comunitaria un fatto seppur frequente, non necessario ai fini della configurazione dell'istituto. Si badi bene, qui non si pone tanto un

problema di contrasti tra il nostro ordinamento e quello comunitario, quanto invece di possibili errate sovrapposizioni ermeneutiche fondate, il più delle volte, sul fallace convincimento che a termini apparentemente uguali (le concessioni) corrispondano analoghi istituti.

La concessione di servizi e la concessione di servizi pubblici

Del resto, la concessione del diritto comunitario, anche dal punto di vista definitorio, non pare essere mai stata realmente assimilabile alla sopra richiamata tradizionale concezione amministrativistica interna.

Anche nella recentissima direttiva 17/2004/CE il legislatore europeo si guarda bene dal definire le concessioni di servizi "pubblici" (e neppure le concessioni di "servizi di interesse economico generale"), ma si limita a fornire, per la prima volta in una norma del diritto comunitario, la nozione di "concessione di servizi" ⁽¹²⁾.

L'istituto della concessione di servizi "comunitaria" viene configurato, analogamente a quanto già delineato per la concessioni di lavori nelle precedenti direttive in materia ⁽¹³⁾, come "un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo" (art. 1, par. 4).

Ciò è dovuto, ad avviso di chi scrive, dalla precisa volontà del predetto legislatore di non voler creare, neppure in astratto, inutili e pericolose equivocità con istituti di diritto interno dei paesi membri in un ambito, quello delle regole a presidio della concorrenza negli affidamenti, ove dette equivocità potrebbero creare incomprensioni o, peggio, tentativi di elusione ⁽¹⁴⁾. La direttiva, in piena coerenza con il quadro giuridico nel quale è collocata, sembra lanciare un preciso messaggio agli ordinamenti nazionali: non importa tanto quale sia l'effettiva natura dei servizi oggetto della concessione (siano essi pubblici, di interesse pubblico o solo appaltati da soggetti pubblici), ciò che conta ai fini dello stabilire se sia possibile applicare un regime, quello della concessione, parzialmente meno rigoroso ed incisivo quanto alle forme di celebrazione della gara comunitaria, occorre verificare se il contratto (l'appalto) preveda un meccanismo remuneratorio ove il l'affidatario si assuma il rischio della gestione del servizio affidato (nel caso dei lavori del servizio cui accede l'opera pubblica realizzata).

Ad ulteriore riprova che "la concessione di servizi" è una formula contrattuale che non è di per sé intimamente connessa con l'oggetto della prestazione da affidare (che solo eventualmente può avere carattere di servizio pubblico), è da leggersi, ad avviso di chi scrive, l'art. 18 della citata nuova [direttiva 2004/17/CE](#) ove si chiarisce che le "concessioni di servizi" (e di lavori), rilasciate da enti aggiudicatori non sono soggette alle regole della direttiva stessa solo laddove abbiano ad oggetto l'esercizio di una o più attività di cui agli artt. da 3 a 7 (attività di pubblica utilità, quali i trasporti, l'energia, l'acqua, i servizi postali). In buona sostanza, seppure in prima lettura, può giungersi alla conclusione che solo quando la concessione comunitaria ha ad oggetto la costituzione di diritti speciali o esclusivi ⁽¹⁵⁾ può realmente parlarsi di un istituto profondamente diverso dall'appalto e con forti connotazioni pubblicistiche.

Quando l'oggetto della concessione è un servizio pubblico

A questo punto può comprendersi meglio come ad essere davvero strutturalmente diversa dall'appalto è la concessione di servizi pubblici - che in ambito comunitario si atteggia a *species* rispetto al *genus* "concessioni di servizi". Mentre quest'ultimo si configura, infatti, come un rapporto bilaterale tra amministrazione e privato, la concessione di servizi pubblici riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale ⁽¹⁶⁾ che coinvolge anche gli utenti.

Naturalmente oltre alla notazione strutturale, vi è poi una sostanziale diversità in ordine all'oggetto della prestazione nelle due figure: si allude alla distinzione, ormai pacifica ⁽¹⁷⁾, tra "servizi privati" resi ad un soggetto pubblico da un operatore privato ed oggetto di appalto e, "servizi pubblici" nel senso di resi al pubblico dal prestatore, propri della concessione ⁽¹⁸⁾.

Nel primo è l'appalto ad essere pubblico, in quanto affidato da un'amministrazione aggiudicatrice, ma le attività richieste all'appaltatore non divergono da quelle che potrebbero essere svolte per conto di committenti privati ⁽¹⁹⁾; nella seconda, la connotazione pubblica dipende non solo dal soggetto concedente che affida la concessione, ma dalla natura stessa del servizio erogato dal

concessionario che soddisfa bisogni della collettività, garantiti ed organizzati dallo Stato (come quelli in favore delle cd. utenze deboli) ⁽²⁰⁾.

Mentre nell'appalto rileva il rapporto "a monte" tra terzo appaltatore e stazione appaltante, nella concessione l'attenzione si sposta sul rapporto "a valle" tra concessionario e privati utenti, in quanto afferente a servizi "naturalmente" destinati al servizio pubblico.

Al di là di ogni ricostruzione in chiave soggettiva ed oggettiva, l'elemento distintivo del servizio pubblico risiede nella valutazione della p.a. sulla "doverosità" di porre tale servizio a disposizione della collettività, che ne è diretta destinataria ⁽²¹⁾.

Da tale connotazione obbligatoria discende che il servizio pubblico deve essere erogato secondo predeterminate modalità e caratteri intrinseci, ovvero con regolarità, continuità, qualità, sicurezza, parità di trattamento ⁽²²⁾, quali insieme di regole costituenti i cd. obblighi di servizio pubblico, a cui corrispondono altrettanti diritti dell'utenza.

Siffatta impostazione è condivisa anche dalla giurisprudenza, laddove si afferma che: "non costituisce servizio pubblico, *inteso come produzione di beni o attività rivolti ai fini sociali e di promozione economica* (corsivo nostro), il servizio che non viene svolto dal comune a favore della collettività, ma viene erogato in senso inverso, cioè a favore del comune; tale erogazione è qualificabile quale pura e semplice "prestazione economica" sia pure svolta nei confronti di un soggetto pubblico. Un tale servizio non può annoverarsi nella nozione di "pubblico servizio", non solo per le suddette modalità di erogazione, ma soprattutto perché mancano quelle *connotazioni* "sociali" insite nella nozione in questione" ⁽²³⁾; ed ancora che: "il concetto di servizio pubblico locale non preesiste alla decisione di assunzione dell'ente locale, ma viene definito dalla p.a. territoriale, nel quadro della propria autonomia, in relazione agli *obiettivi volti allo sviluppo sociale ed economico della collettività*" ⁽²⁴⁾.

Il regime normativo applicabile alle concessioni di servizi

In base al tradizionale orientamento dottrinario, ad impedire l'estensione della disciplina degli appalti alle concessioni era il connotato provvedimentale ⁽²⁵⁾ della seconda a fronte della natura contrattuale del primo. Attualmente, per la ragioni sopra esposte, il tratto distintivo che impedisce la piena equiparazione tra la concessione di servizi e l'appalto di servizi risiede proprio nella configurazione della prima quale "affidamento in gestione" e nel conseguente aspetto remunerativo della stessa ⁽²⁶⁾.

L'impossibilità di ricondurre la concessione all'alveo normativo dell'appalto, tuttavia, non implica che la scelta del concessionario sia totalmente svincolata dal rispetto di determinate regole: se così fosse, si correrebbe il rischio di vedere eluse le regole procedurali poste a tutela della concorrenza.

La pronuncia del TAR in commento, facendo proprie le risultanze del lungo *iter* interpretativo sin qui esposto, in aderenza alla giurisprudenza comunitaria ⁽²⁷⁾, nonché all'indirizzo assunto dalla giurisprudenza amministrativa interna ⁽²⁸⁾, ribadisce che le concessioni di pubblici servizi, pur se non regolate da direttive specifiche o da puntuali norme interne, ricadono nell'ambito di applicazione delle norme del Trattato che instaurano e garantiscono il buon funzionamento del mercato unico, ossia: le norme relative alla libera circolazione delle merci (art. 28 - ex art. 30 - ss.), alla libertà di stabilimento (art. 43 - ex 52 - ss.), alla libera prestazione di servizi (art. 49 - ex art. 59 - ss.), nonché le eccezioni a tali norme previste agli artt. 30, 45 e 46 (ex art. 36, 55 e 56); - le disposizioni dell'art. 86 (ex 90) del Trattato.

Inoltre, alle concessioni si applicano i principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte: si tratta in particolare dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento ed i proporzionalità, in quanto dotati di una valenza immanente, che supera l'ambito degli appalti pubblici ⁽²⁹⁾.

Quale logico corollario dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione secondo la nazionalità, si impone l'obbligo dell'affidamento della concessione mediante confronto competitivo ⁽³⁰⁾, anche nell'eventualità di concessioni non assoggettate alle prescrizioni dettate da specifiche direttive o norme interne: la scelta del concessionario deve essere conseguente ad una procedura concorrenziale ispirata ai principi dettati dal Trattato istitutivo, in modo da consentire la possibilità da parte delle imprese interessate di esplicitare le proprie *chances* partecipative.

Ne consegue illegittimità del ricorso alla trattativa privata, laddove non ne ricorrano i presupposti tassativamente specificati dalla legge.

L'inclusione degli affidamenti "sotto-soglia" nell'ambito di applicazione delle norme sull'evidenza pubblica

Come più volte affermato dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea ⁽³¹⁾, e riconfermato nella sentenza in commento, gli appalti e le concessioni pubblici di valore inferiore alle soglie fissate dalla direttiva non sono esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario ⁽³²⁾.

Ne deriva, pertanto, che anche per gli appalti "sotto soglia", e più in generale per i contratti stipulati da soggetti pubblici in settori non regolamentati sul versante europeo, il diritto comunitario considera il ricorso alla scelta diretta in deroga ai principi di trasparenza e concorrenza, quale evenienza eccezionale, giustificabile solo in presenza di particolari e specifiche ragioni tecniche ed economiche, da supportare di adeguata motivazione ⁽³³⁾.

Conclusioni

Nella pronuncia in esame pur trasparendo il consolidato orientamento giurisprudenziale favorevole al più ampio ravvicinamento della legislazione nazionale con quella comunitaria ⁽³⁴⁾, tanto da far quasi sfumare sul piano applicativo la distinzione tra appalti di servizi e concessioni di servizio pubblico ⁽³⁵⁾, non si giunge al definitivo e incondizionato approdo all'evoluzione degli istituti in piena chiave europea.

Anche nella sentenza del TAR Lombardia si scorgono alcuni profili che hanno reso arduo agli interpreti il tentativo di dare una fisionomia omogenea ad istituti quali la concessione, l'appalto e la nozione di servizi pubblici. Le difficoltà paiono discendere, in buona parte, da quello che si ritiene essere una forzatura di ordine metodologico: provare a tutti i costi a voler coniugare le indicazioni normative di provenienza comunitaria e quelle tipiche e "tradizionali" del nostro ordinamento.

Si tratta di un tentativo che, per quanto meritorio e condotto con rigore scientifico, rischia di rivelarsi sterile, posto che la disciplina dei citati istituti, laddove si abbia riguardo al problema dell'apertura o meno alla concorrenza degli affidamenti effettuati dall'ente appaltante, è ormai notoriamente regolata e condizionata dalla sola normativa comunitaria. Del resto, che non vi siano validi motivi per ostinarsi a "far quadrare il cerchio" nei rapporti con la normativa comunitaria, è considerazione che si rafforza se si considera che le istituzioni comunitarie, sia quelle legislative che giurisdizionali, lungi dal voler essere permeabili alle tradizioni ed agli ordinamenti nazionali, sono sempre state orientate al più solido pragmatismo e, specie nel settore della concorrenza negli affidamenti di rilievo pubblicistico, si sono preoccupate soprattutto di assicurare la migliore apertura del mercato senza distinzioni o possibili sottigliezze di natura giuridico-formale. In altri termini, a livello comunitario interessa primariamente che le posizioni di libertà ed uguaglianza di tutti gli operatori economici siano tutelate, garantendo che le concrete attività nazionali si svolgano nel rispetto di regole che assicurino la loro compatibilità con l'assetto del mercato unico, attraverso la realizzazione di una "concorrenza efficace" ⁽³⁶⁾. Ecco perché, nel trovare nella sentenza in commento alcuni passaggi ove si cerca di calare la distinzione tra appalti e concessioni ai fini dello stabilire se vi sia o meno obbligo della gara a "elementi di diritto interno", pare a chi scrive di trovarsi di fronte a quelle ultime interpolazioni proprie di un diritto che tende a dissolversi in presenza di un nuovo sistema normativo destinato inevitabilmente a sostituirlo.

⁽¹⁾ Direttiva 92/50 del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, in G.U.C.E., 24 luglio 1992, n. L-209/1, modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 1997, 97/52, in G.U.C.E., 28 novembre 1997, n. L-328, cd. Direttiva servizi, recepita con [D.Lgs. n. 157/1995](#), in G.U. 6 maggio 1995, n. 104, recentemente modificato dal [D.Lgs. n. 65/2000](#), in G.U. 24 marzo 2000, n. 70.

⁽²⁾ Nell'introduzione della Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, del 12 aprile 2000, della Commissione delle Comunità Europee, in G.U.C.E. 29 aprile 2000, n. C-121, si legge: "1.2. Negli ultimi anni, taluni fattori, quali le restrizioni di bilancio e la volontà di limitare l'intervento dei poteri pubblici e di rendere partecipe il settore pubblico delle

esperienze e dei modi di funzionamento di quello privato hanno determinato il recupero di interesse per la concessione".

⁽³⁾ La concessione, alla luce dei chiarimenti forniti con la citata Comunicazione interpretativa 12 aprile 2000, nonché del c.d. Libro verde sul partenariato pubblico-privato e sul diritto comunitario degli appalti e delle concessioni (COMM. 2004/327) del 30 aprile 2004, viene ricondotta allo schema del project financing, quale tecnica di finanziamento di servizi ed opere pubbliche, caratterizzata dalla distribuzione dei rischi e dei rendimenti tra i diversi soggetti a vario titolo coinvolti, in relazione alla validità economico-finanziaria del progetto posto a base dell'iniziativa economica. Sia consentito rinviare, al riguardo, a F. Leggiadro, Applicabilità delle direttive comunitarie alla concessione di servizi pubblici, commento a Corte Giust. CE, sez. VI, 7 dicembre 2000, C-324/98, Teleaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG, in questa Rivista, 2001, 487 ss.

⁽⁴⁾ A. Barbiero, Evoluzione del sistema dei servizi pubblici locali, coniugazione con le strategie di esternalizzazione e analisi delle problematiche inerenti le risorse umane coinvolte nei processi di trasformazione, su www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁽⁵⁾ Il concetto di diritto speciale o esclusivo è di derivazione comunitaria e si traduce, secondo una delle più recenti definizioni che ha dato la legislazione europea, nel modo seguente: "[...] sono diritti concessi da un'autorità competente di uno Stato membro mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa, avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio di una attività di cui agli artt. da 3 a 7 (i settori delle cd., public utilities - n.d.r.) e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività", art. 2, comma 3, direttiva 2004/17/CE del 30 aprile 2004.

⁽⁶⁾ Cfr. per tutti, L. Delpino, Diritto Amministrativo, Napoli, 1993, 377 ss. Ancora nella dottrina più recente il criterio distintivo tra le fattispecie dell'appalto e la concessione viene identificato nel fatto che nel primo, l'appaltatore presta il servizio in favore della p.a., che utilizza tale prestazione ai fini dell'eventuale erogazione del servizio pubblico a vantaggio della collettività, mentre, nella concessione di pubblico servizio il concessionario sostituisce la p.a. nell'erogazione del servizio, ossia nello svolgimento dell'attività diretta al soddisfacimento dell'interesse collettivo; peraltro tale "sostituzione" non viene più concepita come esercizio da parte del concessionario di funzioni pubbliche, consentendo alla p.a. di utilizzarne la qualificazione professionale, per il soddisfacimento di esigenze di buon andamento, G. Greco, Gli appalti di pubblici servizi e le concessioni di servizio pubblico, in Appalti di servizi e concessioni di servizio pubblico, a cura di F. Mastragostino, Padova, 1998.

⁽⁷⁾ Per i riferimenti vedi nota 1. Tale comunicazione era stata preceduta dal "Progetto di comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario" 1999/C94/04 del 7 aprile 1999, nonché, più in generale, dalle "Comunicazioni" della Commissione U.E. 27 novembre 1996 (c.d. Libro verde), dell'11 marzo 1998 ("Gli appalti pubblici nell'Unione europea", cd. Libro bianco).

La Commissione, con la citata comunicazione ha invero fissato una pietra miliare nel lungo dibattito interpretativo che ha impegnato dottrina e giurisprudenza nazionale e comunitaria Oltre alla citata sentenza Teleaustria, si veda anche la sentenza della Corte di Giustizia del 26 aprile 1994, C- 272/91, Commissione/Italia (Lottomatica); conclusioni dell'Avvocato Generale La Pergola nella causa C-360/96, Arnhem; conclusioni dell'Avvocato Generale Alber nella causa C-108/98, RI. SAN srl/ Comune di Ischia. Nella sentenza del 10 novembre 1998 nella causa C-360/96, Arnhem, punto 25, la Corte ha scartato la qualifica di concessione di servizi perché la remunerazione versata consisteva unicamente in un prezzo pagato dai pubblici poteri e non nel diritto a gestire il servizio.

⁽⁸⁾ La comunicazione interpretativa infatti non è prevista dal Trattato UE. Si vedano, in proposito, le interessanti riflessioni di E. Vallania, Le innovazioni apportate dalla Comunicazione interpretativa della Commissione nel settore delle concessioni pubbliche, in Riv. Trim. App., 2000, 838 ss. Su questo punto sia consentito rinviare anche a F. Leggiadro, Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, in questa Rivista, 2000, 1061.

⁽⁹⁾ Anche per l'appalto è sufficiente leggere le definizioni contenute nelle direttive per comprendere la profonda diversità tra il contratto di appalto di interesse comunitario e quello di rilievo codicistico. Vi si ritrovano quanto all'oggetto del contratto le più svariate formule: per gli



appalti di lavori, "la realizzazione con qualsiasi mezzo"; per gli appalti di forniture, la locazione, il leasing, l'acquisto a riscatto, ecc.; mentre per gli appalti di servizi si giunge addirittura ad un semplice rinvio ad alcune attività indicate negli allegati, senza stabilire alcuna definizione, quasi a voler ancor di più sganciare il concetto di appalto da profili di ordine giuridico-formale. Vedi, per tutte, le definizioni, contenute all'art. 1, comma 3, lett. a), b) e c) della [direttiva 93/38/CEE del 14 giugno 1993](#) sulle procedure di aggiudicazione degli appalti nei settori delle pubbliche utilities, in G.U.C.E. 9 agosto 1993, n. L 199.

⁽¹⁰⁾ L'impostazione armonizzante è ancora molto diffusa sia in dottrina che in giurisprudenza. Per un'esauriente excursus sulle diverse posizioni dottrinarie in tema, si rinvia a R. Villata, *Pubblici servizi - discussioni e problemi*, Milano, 2003. In sintesi, accanto alla natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico, contrapposta al carattere negoziale dell'appalto, sono stati individuati altri criteri discretivi tra concessione di servizi e appalto, facendo riferimento in particolare ora al carattere surrogatorio dell'attività svolta dal concessionario di pubblico servizio, chiamato a realizzare i compiti istituzionali dell'ente pubblico concedente, mentre l'appaltatore compirebbe attività di mera rilevanza economica nell'interesse del committente pubblico; ora all'effetto accrescitivo della concessione, che attribuirebbe al privato concessionario una capacità estranea alla sua originaria sfera giuridica; ora al trasferimento di potestà pubbliche (autoritative o certificative) in capo al concessionario, che opererebbe quale organo indiretto dell'amministrazione, mentre l'appaltatore eserciterebbe solo prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico.

La giurisprudenza ha contribuito alla ricerca di una figura di concessione che potesse conformarsi alla nuova veste economica di partenariato pubblico-privato, delineando il graduale passaggio dalla tradizionale concezione provvedimentale-pubblicistica della concessione ad una sua "contrattualizzazione", ex plurimis, su www.giustizia-amministrativa.it, Cons. Stato, sez. VI, 1° aprile 2000, n. 1885, idem 6 settembre 2000, n. 4688, idem 22 gennaio 2001, n. 192; [Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2001, n. 1514](#); Ad. Plen., 30 marzo 2001, n. 1; sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711 e sez. V, 30 giugno 2003, n. 3864; v. anche [Cass., Sez. Un., 12 novembre 2001, n. 14032](#); nonché Corte Conti, sez. contr. Stato, 8 giugno 2000, n. 55.

⁽¹¹⁾ Vedi Comun. Interp. cit., punto 2.2.

⁽¹²⁾ La definizione di concessione di servizi, in una formula che sembrava riprendere l'istituto concessorio del nostro ordinamento, era prevista nell'originaria stesura del testo della direttiva "servizi" 92/50/CE. La concessione era infatti definita quale "contratto diverso dalla concessione di lavori pubblici (...) concluso tra un'amministrazione ed un altro ente di sua scelta in forza del quale l'amministrazione trasferisce all'ente l'esecuzione di un servizio pubblico di sua competenza e l'ente accetta di svolgere tale attività avendo come corrispettivo il diritto di sfruttare il servizio oppure tale diritto accompagnato da una controprestazione pecuniaria" (proposta 91/c250/05, presentata dalla Commissione al Consiglio in data 28 agosto 1991, in G.U.C.E. 25 settembre 1991, N.C. 250/04). Nella versione definitiva della direttiva, venne stralciata: "esplicita manifestazione di volontà diretta a non assimilare la concessione con l'appalto di servizi".

La [direttiva 2004/18/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, è relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, pubblicata in G.U.C.E. n. L 134 del 30 aprile 2004. Tale atto normativo europeo si configura come corpus unitario delle diverse discipline settoriali in materia di appalti pubblici, un'opera di chiarificazione e razionalizzazione del settore, alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, con particolare riguardo alla non discriminazione, alla parità di trattamento, alla concorrenza ed alla trasparenza. L'adeguamento alla normativa comunitaria da parte del nostro ordinamento si è realizzato tramite la circolare Ministro per le politiche comunitarie n. 3944 del 1° marzo 2002 *Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e lavori*, pubblicata in G.U. n. 102 del 3 maggio 2002, con la conseguenza che l'entrata in vigore della nuova suddetta direttiva 2004/18 non ha apportato sostanziali innovazioni rispetto al regime previgente, non sussistendo, pertanto, specifiche necessità di adeguamento della nostra legislazione, già conformata alla normativa comunitaria.

⁽¹³⁾ Si veda, per tutte, la direttiva 93/37/CE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori che, all'art. 1, comma 1 lett. d) recita testualmente: "la concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di cui alla lett. a) (appalto di lavori n.d.r.), ad



eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo".

⁽¹⁴⁾ Nello stesso senso è da leggere la volontà delle istituzioni europee di riferirsi alla categoria dei "servizi di interesse generale" e non recepire volutamente il noto concetto di servizi pubblici.

⁽¹⁵⁾ Per la definizione di diritti speciali ed esclusivi, vedi alla nota 6.

⁽¹⁶⁾ Ex plurimis, T.A.R. Lazio, sez. II-bis, 19 luglio 2004, n. 3377 in www.giustizia-amministrativa.it; ibidem, Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2249.

⁽¹⁷⁾ R. Cavallo Perin, Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici, Napoli, 1993, I, 61-66; A. Romano, Profili della concessione di pubblici servizi, in Dir. Amm., 1994, 468; A. Police, La concessione di servizi pubblici: regole di concorrenza e "privilegi" dell'amministrazione, in Riv. Trim. App., 1995, 372 ss. In giurisprudenza si veda: T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 18 settembre 1995, n. 317, in Riv. Trim. App., 1996, 720 ss.; Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 1995, n. 240, in Cons. Stato, 1995, I, 218 ss.; Corte Conti, sez. contr., 11 settembre 1996, n. 125, in Cons. Stato, 1996, II, 2191; T.A.R. Toscana, sez. II, 15 maggio 1998, n. 410, in Foro Amm., 1999, 158 ss.; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 10 giugno 1999, n. 1137, in questa Rivista, 1999, 897; T.A.R. Toscana, 4 marzo 1999, n. 242, in TAR, 1999, I, 1955; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I-bis, 30 giugno 2000, n. 5351, in TAR, 2000, I, 3096; Cons. Stato, sez. V, decr. pres., 4 novembre 2000, n. 6, in www.giust.it. Si veda, infine, la nota sentenza della [Cass. civ., Sez. Un., 30 marzo 2000, n. 71](#), in Riv. Giur. Quadrim. Pubbl. Serv., 2000, 169 ss., in part. 171 dove si precisa che "Le prestazioni rese all'amministrazione sanitaria per consentire ad essa di ottenere i beni utilizzati per gestire il servizio sanitario si collocano ``a monte" di tale servizio e non possono confondersi con le prestazioni del servizio pubblico, il quale si caratterizza per il fatto che è erogato al pubblico degli utenti".

⁽¹⁸⁾ Sia consentito rinviare, in questo senso, a F. Leggiadro, Il progetto di Comunicazione interpretativa della Commissione sulle Concessioni, in questa Rivista, 2000, 20.

⁽¹⁹⁾ L'aggettivo "pubblico" si riferisce, per un verso, al soggetto richiedente l'erogazione del servizio, per l'altro, al contratto stipulato tra il privato erogatore e la stazione appaltante consistente appunto in un appalto pubblico ovvero connotato da profili di specialità rispetto al contratto di appalto disciplinato dal c.c.; infine, alla procedura da seguirsi per la scelta del contraente. E. Sticchi Damiani, La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa, Milano, 1999; M. D'alberti, Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni, Napoli, 1981, 331 ss.; G. Morbidelli - M. Zoppolato, Appalti pubblici, in Trattato di diritto amministrativo europeo, (diretto da M. P. Chiti - G. Greco), Milano, 1997, 214 ss.; F. Lauria, Appalti pubblici comunitari. (Gli accordi internazionali in materia di), ivi, 285 ss.

⁽²⁰⁾ Nel secondo caso, il connotato della pubblicità si riferisce alla cerchia dei destinatari del servizio stesso, coincidente con il pubblico.

⁽²¹⁾ Per un approfondimento sul tema, si rinvia a L. Cesarini, Il servizio pubblico locale: evoluzione e prospettive tra principio di sussidiarietà e regime di concorrenza, su www.diritto.it.

⁽²²⁾ Cfr. D. Sorace, Servizi pubblici e (servizi economici) di pubblica utilità, in Riv. Dir. Pubbl., 1999, 393; R. Cavallo Perin, I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo, in Riv. Dir. Amm., 2000, 60 ss.

⁽²³⁾ Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 2003, n. 1289 su www.giustizia-amministrativa.it.

⁽²⁴⁾ [Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294](#) su www.giustizia-amministrativa.it.

⁽²⁵⁾ Dalla concessione quale provvedimento amministrativo con cui il soggetto pubblico, unico titolare del diritto di impresa, amplia la sfera giuridica del privato destinatario ammettendolo all'esercizio di un diritto, di cui quest'ultimo non ha la titolarità, è derivato il riconoscimento in capo alla p.a. di un'ampia discrezionalità nella scelta del terzo concessionario, con conseguente sottrazione dall'ambito di applicazione del regime dell'evidenza pubblica.

⁽²⁶⁾ Ex plurimis, Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634: "Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sull'utente mediante la riscossione di un canone o tariffa, allora si ha concessione: è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi".

⁽²⁷⁾ Corte Giust. CE, 7 dicembre 2000, C-324/98, Tele Austria Verlag GmbH e a. c. Telekom Austria AG; la Corte di giustizia ha affermato che ancorché le concessioni di servizi non rientrino nell'ambito di applicazione delle [direttiva 93/38/CEE](#), gli enti aggiudicatori che stipulano i relativi

contratti sono ciò nondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del trattato in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare. Il che implica un obbligo di trasparenza consistente nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, che consenta l'apertura dei pubblici servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

⁽²⁸⁾ Cons. stato, sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 253; [Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294](#) su www.dirittodeiservizipubblici.it; idem, 11 settembre 2000, n. 4795, in I contratti dello Stato e degli enti pubblici, 1, 2001; T.A.R. Lazio, sez. II-bis, ord., 11 gennaio 2001, n. 179, ibidem, 2, 2001.

⁽²⁹⁾ La posizione della Commissione, espressa in linea generale con la comunicazione 26 aprile 2000 si è concretizzata con le costituzioni in mora della Repubblica Italiana rispettivamente in data 8 novembre 2000, avente ad oggetto l' art. [22 L. 142/1990](#), e 26 febbraio 2002, avente ad oggetto l' art. [35 L. 448/2001](#), che ha riformato lo stesso articolo, nel frattempo trasfuso nell' art. 113 [D.Lgs. 267/2000](#).

In particolare la Commissione, al paragrafo n. 16 dell'atto di infrazione in data 26 settembre 2002 rileva: "Come chiarito dalla commissione nella sua Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario del 27 aprile 2000, in G.U.C.E. C121 del 29 aprile 2000, e come confermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 7 dicembre 2000, Teleaustria, cit., in mancanza di una normativa dettagliata di diritto comunitario secondario, l'affidamento delle concessioni di servizi deve comunque avvenire nel rispetto delle norme e dei principi contenuti nel Trattato CE, ed in particolare degli artt. 43 e 49 del Trattato summenzionati. Ciò implica che i già ricordati obblighi di trasparenza e di rispetto di una pubblicità adeguata nelle procedure di affidamento si impongono alle amministrazioni anche nell'aggiudicazione, da parte delle stesse, di contratti di concessioni di servizi".

⁽³⁰⁾ La necessità di garantire l'esperimento di una gara è sostenuta da una parte della dottrina sulla base di diverse argomentazioni cfr.: E. Palmieri, La scelta del concessionario nella concessione di pubblici servizi: evidenza pubblica o discrezionalità?, in Riv. Trim. App., 1988, 1044 ss.; G. Turco Liveri, Appalto e concessione dei servizi pubblici, in Comuni d'Italia, 1993, 1180; F. Fracchia, Servizi pubblici e scelta del concessionario, in Riv. Dir. Amm., 1994, 408; C. Malinconico, Le concessioni e le convenzioni, in Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione, Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 21-23 settembre 1995, Milano, 1997, 119-120; F. Giglioni, Osservazioni sulla evoluzione della nozione di "servizio pubblico", in Foro Amm., 1998, 2282-2284. Si veda da ultimo R. Cavallo Perin, I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo, in Riv. Dir. Amm., 2000, 60-61 e 70; G. Greco, Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di pubblico servizio, op. cit., 27-29; Id., Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara, in Riv. It. Dir. Pubb. Com., 2000, 1464-1466.

⁽³¹⁾ Ex plurimis, Corte Giust. CE, ord., 3 dicembre 2001, C-59/00, punto 19; Corte Giust. CE, sentenza Teleaustria cit.

⁽³²⁾ Cfr. la circolare del Ministro per le politiche comunitarie n. 8756 del 6 giugno 2002, pubblicata nella G.U. n. 178 del 31 luglio 2002, la quale invitava tutte le pubbliche amministrazioni a consentire la partecipazione di tutte le imprese richiedenti alle procedure di affidamento degli appalti di servizi sotto la soglia comunitaria; il Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, su www.giustizia-amministrativa.it ha ritenuto la giurisdizione anche per gare di importo inferiore alla soglia comunitaria, sostenendo che, a prescindere dalla diretta applicazione della normativa comunitaria sugli appalti di servizi, vadano comunque rispettati i principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza. È interessante notare come in una recentissima sentenza del Con. Stato, 18 novembre 2004, n. 7554, si è invece affermato che "per radicare la giurisdizione amministrativa non è sufficiente che una stazione appaltante sia tenuta, anche per gli affidamenti sotto soglia, a osservare i principi fondamentali del Trattato CE [...] occorrendo invece la necessità di osservare le specifiche procedure a evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria". Vedi l'articolo "Niente TAR se c'è evidenza pubblica", su ItaliaOggi del 1° dicembre 2004, 45.

⁽³³⁾ "In caso di trattativa privata c.d. "pura", in mancanza di una idonea motivazione, vengono violati i principi di buon andamento e imparzialità, sanciti [dall'art. 97 Cost.](#), atteso che

L'Amministrazione si preclude la possibilità di valutare una pluralità di offerte, e, conseguentemente, di affidare l'appalto all'impresa che offre, sul piano tecnico-economico, le migliori condizioni presenti sul mercato" T.A.R. Lazio, sez. II-ter, 18 agosto 2004, n. 7763 su www.giustizia-amministrativa.it.

⁽³⁴⁾ Tendenza che non deve essere data per scontata, posto che non sono remote le posizioni dottrinali che, nell'ordinamento nazionale, ritenevano sussistente uno "scollamento", un'"incomprensione" tra ordinamento interno e comunitario, contrapponendo la difesa comunitaria del mercato concorrenziale e della parità di posizioni tra i diversi operatori economici alla presenza pubblica nel mercato quale elemento di distorsione dello stesso. Tra gli altri, Marzona, Pubblica amministrazione e integrazione diritto interno - diritto comunitario, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 1991, 436 e dello stesso A., Struttura giuridica dell'amministrazione nel confronto tra diritto comunitario e diritto interno, in Angiolini, Diritto comunitario diritto interno: effetti costituzionali ed amministrativi, Padova, 1990, 101. Recentemente parte della dottrina vede nella concessione una sorta di "riparo dal vento della concorrenza": G. Di Gaspare, Tra stato e mercato: l'insostenibile leggerezza della concessione amministrativa, in Pol. Dir., 1998, 518.

⁽³⁵⁾ Distinzione, che, al contrario, è accentuata dalla AGCM (autorità garante della concorrenza e del mercato): Segnalazione 28 ottobre 1998, AS 152 concernente Misure di revisione e sostituzione di concessioni amministrative, in Boll., 2 novembre 1998, n. 42; G. Lombardo, Il rapporto sulle concessioni, in Gior. Dir. Amm., 1999, 587 ss.; M. D'Alberti (a cura di), Concessioni e concorrenza, in Autorità garante della concorrenza e del mercato, temi e problemi, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1998; Segnalazione 14 gennaio 2002, AS226, Riforma della regolazione e promozione della concorrenza, in Boll., 28 gennaio 2002, n. 1-2.

⁽³⁶⁾ La workable competition è vista come uno strumento volto ad impedire redistribuzioni autoritative che possano investire la ripartizione tra pubblico e privato: un regime concorrenziale comporta la libera possibilità per chiunque di accedere al mercato.

POTERE DI AUTOTUTELA NELLE GARE D'APPALTO E PRINCIPI EUROPEI - IL COMMENTO

di Barbara Mameli(*)

[Corte giustizia Unione Europea Sez. V, 11 dicembre 2014, n. 440](#)

[Dir. 31-03-2004, n. 2004/18/CE, Articolo 41](#)

[Dir. 31-03-2004, n. 2004/18/CE, Articolo 43](#)

[Dir. 31-03-2004, n. 2004/18/CE, Articolo 45](#)

[Dir. 21-12-1989, n. 89/665/CEE, Articolo 1](#)

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di Giustizia è chiamata a definire il potere di autotutela della stazione appaltante e a valutarne la sindacabilità da parte del giudice nazionale. Ancora una volta l'applicazione del diritto europeo impone di superare i rigidi schemi del diritto nazionale e di adottare un'interpretazione in senso sostanziale/finalistico del diritto. Così i confini tra legittimità e merito, peraltro già incerti, subiscono ulteriori modifiche per mano dei principi europei insiti nelle direttive sugli appalti e consacrati nel Trattato. Il merito amministrativo cede il passo alla discrezionalità ed è sindacabile dal giudice amministrativo in sede di legittimità sotto il profilo dell'eccesso di potere.

Sommario: [La fattispecie](#) - [Le cause di esclusione dalla gara d'appalto](#) - [Il potere di autotutela in materia di appalti](#) - [L'orientamento della Corte di Giustizia](#) - [La revoca dell'aggiudicazione ed il sindacato di legittimità](#) - [Il merito amministrativo e sindacato del giudice nazionale](#)

La fattispecie

La sentenza in commento si rende particolarmente interessante nella parte in cui il Giudice europeo si pronuncia sulla sussistenza in materia di appalti del potere amministrativo di autotutela, nonché sull'ampiezza dei poteri cognitori del giudice nazionale imponendo un sindacato sulle motivazioni dell'esercizio di tale potere.

La fattispecie trae origine da una procedura aperta, indetta dall'AREU, per l'affidamento di un appalto di servizi. L'appalto è stato provvisoriamente aggiudicato alla società Croce Amica One,



unica concorrente rimasta in gara in seguito al provvedimento di esclusione delle altre concorrenti in sede di valutazione delle offerte.

Successivamente all'aggiudicazione provvisoria, sono state avviate nei confronti del legale rappresentante di Croce Amica One indagini penali preliminari volte ad accertare la sussistenza dei reati di truffa e di falsità ideologica (al fine di aggiudicarsi l'appalto, l'interessato avrebbe presentato quindici falsi attestati di frequenza al corso di guida sicura per ambulanze).

Tale circostanza ha convinto l'AREU ad avviare un procedimento volto all'annullamento in autotutela della gara d'appalto, decisione di cui è tempestivamente informata l'aggiudicataria provvisoria.

Con atto dell'8 settembre 2011, l'AREU annulla l'intera procedura di gara per l'impossibilità di aggiudicare il servizio in favore di Croce Amica One per evidenti ragioni di opportunità e motivi legati ai principi di buona amministrazione.

Si precisa altresì che l'indispensabilità del servizio stesso, ha imposto di non attendere, ai fini dell'aggiudicazione, gli esiti del procedimento penale o anche solo la conclusione delle indagini in corso. Tuttavia, non è indetta una nuova procedura di gara ed il servizio viene prorogato al precedente affidatario.

Impugnato il provvedimento di autotutela innanzi al TAR Lombardia, quest'ultimo investe della questione la Corte di Giustizia chiedendo chiarimenti in merito alle modalità di esercizio e all'ampiezza del potere di autotutela dell'amministrazione in materia di appalti pubblici alla luce del disposto dell'art. 45 della [Dir. 2004/18/CE](#).

In particolare si chiede di chiarire se le ragioni di opportunità amministrativa consentano all'amministrazione aggiudicatrice di revocare l'aggiudicazione provvisoria disposta nei confronti di una società il cui legale rappresentante sia stato *medio tempore* sottoposto ad indagine penale ma non ancora condannato mediante una sentenza passata in giudicato.

Con particolare riferimento ai poteri cognitori del giudice amministrativo, si chiede se il potere di sindacato sull'esercizio del potere dell'amministrazione debba limitarsi ad un controllo dei vizi di carattere esterno o possa estendersi ad un controllo su fatti o su concetti giuridici indeterminati quali, come nella fattispecie, la mancanza di un definitivo accertamento della responsabilità penale del legale rappresentante della società che era stata dichiarata aggiudicataria in via provvisoria.

Il Giudice europeo rileva anzitutto l'estraneità della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di revocare la procedura di aggiudicazione dall'ambito di applicazione dell'art. 45 della [Dir. 2004/18](#), riguardante le cause di esclusione di un offerente.

Nello stesso tempo, però, si precisa che le cause di esclusione previste all'art. 45, paragrafo 2, della detta direttiva, seppure tassativamente previste, alle lett. d) e g) della citata norma, conferiscono alle amministrazioni aggiudicatrici il potere di escludere ogni operatore economico che nell'esercizio della propria attività professionale abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice, o che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste ai fini della selezione qualitativa delle offerte oppure che non abbia fornito dette informazioni.

In tali ipotesi non è necessario che nei confronti dell'operatore economico sia stata pronunciata una sentenza di condanna passata in giudicato ex art. 45, paragrafi 1 e 2, lett. c), [Dir. 2004/18](#).

La Corte di Giustizia afferma poi che il diritto europeo non osta a che gli Stati membri prevedano, nella propria legislazione, la possibilità di adottare una decisione di revoca di un bando di gara.

La decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di revocare il bando di gara e di annullare la procedura di aggiudicazione è regolata dal diritto europeo agli artt. 41, paragrafo 1, e 43 della [Dir. 2004/18](#). L'art. 41, par. 1, prevede l'obbligo di informazione nei confronti dei candidati e la necessaria indicazione dei motivi della revoca. Il successivo art. 43, impone l'obbligo di indicare le motivazioni nel verbale, senza però fornire alcuna precisazione in merito alle condizioni di sostanza o di forma di una simile decisione.

Secondo la Corte i motivi della revoca possono essere fondati su ragioni correlate alla valutazione dell'opportunità, dal punto di vista dell'interesse pubblico, di condurre a termine una procedura di aggiudicazione, tenuto conto, fra l'altro, dell'eventuale modifica del contesto economico o delle circostanze di fatto o, ancora, delle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice interessata.

Anche il livello insufficiente di concorrenza, a motivo del fatto che, all'esito della procedura di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, un solo offerente resta idoneo a dare esecuzione a tale appalto, può costituire motivo di revoca. Nel rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, un'amministrazione aggiudicatrice non può essere obbligata a condurre a termine una procedura di aggiudicazione in corso e ad aggiudicare l'appalto con il solo offerente rimasto in gara.

Con particolare riferimento all'estensione del sindacato di merito del giudice amministrativo, e quindi, sull'ammissibilità di un controllo giurisdizionale che consenta di tenere conto dell'attendibilità e della congruità delle offerte presentate dai candidati e di sostituire la valutazione del giudice a quella dell'amministrazione aggiudicatrice riguardo all'opportunità di procedere alla revoca del bando di gara, la Corte di Giustizia esclude che nel diritto europeo esista alcuna disposizione che preveda l'esercizio di un controllo giurisdizionale esteso anche al merito.

Le procedure di ricorso previste dalla Dir. 89/665/CE, si limitano a garantire il rispetto delle norme pertinenti del diritto dell'Unione, in particolare quelle della Dir. 2004/18, oppure delle disposizioni nazionali che recepiscono dette norme e, pertanto, costituiscono un controllo di legittimità delle decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici.

Un siffatto controllo di legittimità però non può essere inteso come limitato all'esame del carattere arbitrario delle decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice.

In mancanza di una normativa dell'Unione specifica in materia, le modalità del controllo giurisdizionale devono essere stabilite attraverso norme processuali nazionali, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività.

Il legislatore nazionale può accordare ai giudici poteri più estesi, funzionali all'esercizio di un controllo in materia di opportunità.

Le cause di esclusione dalla gara d'appalto

La prima questione affrontata dal Giudice europeo verte sulla richiesta di chiarire se il principio di definitività dell'accertamento penale della responsabilità di cui all'art. 45, [Dir. 2004/28/CE](#), con riferimento alla partecipazione alle gare, possa essere disatteso in sede di aggiudicazione, ossia se la facoltà della stazione appaltante, riconosciuta dall'ordinamento europeo, di non procedere all'aggiudicazione ovvero di revocare una gara per ragioni di pubblico interesse, possa essere esercitata in ragione del fatto che l'aggiudicatario sia soggetto ad un procedimento penale non ancora definito.

Il Giudice del rinvio chiede, in altre parole, alla Corte di Giustizia se l'esercizio del potere di autotutela amministrativa in materia di appalti possa essere esercitato in modo tale da eludere il principio della tassatività delle cause di esclusione dalla gara di appalto di cui al citato art. 45, [Dir. 2004/28/CE](#), come recepito nell'art. 38, [D.Lgs. n. 163/2006](#).

Tali disposizioni prevedono che deve essere escluso dalla partecipazione alle gare il candidato o l'offerente condannato, con sentenza definitiva, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale (art. 38, [D.Lgs. n. 163 del 2006](#), comma 1, lett. c) e art. 45, par. 1, [Dir. 2004/18/CE](#)).

La normativa è, quindi, chiara nel richiedere, come puntualmente precisato dalla giurisprudenza, che la condanna penale sia passata in giudicato ovvero sia divenuto irrevocabile il decreto di condanna⁽¹⁾.

Resta però da valutare se residui un margine di discrezionalità all'amministrazione tale da consentirle di prevedere nella *lex specialis*, quale causa di esclusione, la mera pendenza di un procedimento penale o comunque di escludere per tale motivo un candidato.

Nel diritto interno sia la giurisprudenza amministrativa che l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici sono concordi nell'affermare che il legislatore ha espressamente previsto la necessità, ai fini dell'esclusione dalla gara, di una pronuncia definitiva ricadente nell'ambito oggettivo di applicazione individuato dalla citata norma riferita a reati gravi, in danno dello Stato o della Comunità, che incidono sulla moralità professionale⁽²⁾. In particolare, si nega possano costituire causa di esclusione sentenze non definitive relative a reati che precludono la partecipazione alle gare di appalto⁽³⁾.

Si esclude espressamente l'esercizio di qualsiasi valutazione amministrativa precisando che, ai fini dell'esclusione, la definitività del provvedimento di condanna è pregiudiziale a qualsiasi valutazione della stazione appaltante in ordine all'incidenza del tipo di reato commesso sulla moralità professionale del concorrente⁽⁴⁾.

La tassatività delle cause di esclusione discende dall'applicazione dei principi europei del *favor participationis* e della concorrenza, nonché, per quanto attiene alla specifica previsione della definitività della sentenza, dal principio di presunzione di non colpevolezza di cui [all'art. 27 Cost.](#) e dal principio della necessaria predeterminazione dei parametri cui è subordinato l'esercizio della libera iniziativa economica ([art. 41 Cost.](#)), anche in ragione dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione ([art. 97 Cost.](#))⁽⁵⁾.

Si deve, quindi, ritenere che le cause di presunzione legale di inaffidabilità dell'impresa, che ne precludono la partecipazione alle gare d'appalto e, quindi, l'aggiudicazione devono essere legislativamente previste e alla stazione appaltante è precluso di apprezzare altre circostanze di fatto, diverse ed ulteriori rispetto a quelle tipicizzate, che possano far dubitare dell'affidabilità morale dell'impresa⁽⁶⁾.

Con riferimento alla fattispecie qui commentata pertanto, secondo il costante orientamento giurisprudenziale nazionale, né il citato [art. 45 della Dir. 2004/18/CE](#) né l'[art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006](#), consentono di prevedere quale causa di esclusione la pendenza di un procedimento penale anche nel caso in cui i fatti penalmente rilevanti riguardino specificamente la stazione appaltante e la gara in corso.

Il Consiglio di Stato ha espressamente affermato che la decisione della stazione appaltante di escludere un'impresa dalla gara sulla base di un'operazione ermeneutica di tipo analogico orientata alla tutela della pubblica amministrazione in relazione all'elemento della fiducia, si pone in contrasto sia con l'ordinamento comunitario che con quello nazionale, i quali circondano di particolari garanzie la posizione delle imprese partecipanti alle gare, escludendo poteri discrezionali delle Amministrazioni appaltanti ed indicando in modo puntuale ed analitico le cause di esclusione⁽⁷⁾.

Il legislatore non lascia alcun margine di discrezionalità all'amministrazione che non potrebbe prevedere nella *lex specialis* come causa di esclusione provvedimenti o circostanze diverse dalle condanne penali passate in giudicato.

Pertanto, nella sentenza annotata, la Corte di Giustizia ammette la sussistenza di un margine di discrezionalità della stazione appaltante laddove l'[art. 45, paragrafo 2, Dir. 2004/18/CE](#), conferisce, alle lett. d) e g), alle amministrazioni aggiudicatrici il potere di escludere ogni operatore economico che nell'esercizio della propria attività professionale abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice, o che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste ai fini della selezione qualitativa delle offerte oppure che non abbia fornito dette informazioni, senza che sia necessario che nei confronti dell'operatore economico sia stata pronunciata una sentenza di condanna passata in giudicato ex [art. 45, paragrafi 1 e 2, lett. c\), Dir. 2004/18/CE](#).

Si consente all'Amministrazione di tenere nella dovuta considerazione elementi che potrebbero compromettere la piena legittimità e buona riuscita della procedura di gara.

In altre parole, tali disposizioni conferiscono alla stazione appaltante il potere discrezionale di escludere un candidato se lo stesso ha compiuto un grave errore nell'esercizio della propria attività professionale o ha fornito, su richiesta dell'Amministrazione, false dichiarazioni rilevanti ai fini della selezione qualitativa delle offerte.

La giurisprudenza amministrativa e l'AVCP escludono che il reato di turbata libertà degli incanti di cui [all'art. 353 c.p.](#), seppure inerisca direttamente alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, integri la diversa causa di esclusione dalla gara che disciplina l'ipotesi di "errore grave nell'esercizio dell'attività professionale", trattandosi di infrazione che viene integrata soltanto quando si configura una grave inadempienza commessa dal concorrente nei confronti di un soggetto diverso dall'amministrazione che ha bandito la gara.

L'errore grave che la stazione appaltante può valutare ai fini dell'esclusione dalla gara riguarda propriamente l'attività professionale delle imprese concorrenti, al fine di stabilire la reale capacità tecnico professionale delle stesse nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento. La

rilevanza di detto "errore grave" attiene indistintamente a tutta la precedente attività professionale dell'impresa, in quanto elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale ed influente sulla idoneità dell'impresa a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico che la stazione appaltante persegue⁽⁸⁾.

Pare di poter affermare che, nel diritto interno come in quello europeo, il potere discrezionale nell'applicazione delle previsioni di cui all'art. 45 cit., possa essere legittimamente esercitato soltanto ove l'esclusione risponda alla necessità di tutelare il bilancio pubblico e l'impiego efficace e responsabile dei fondi pubblici. Ciò presuppone che la stazione appaltante fornisca un'adeguata motivazione fondata su validi ed obbiettivi elementi tali da giustificare l'esclusione in base ai principi di proporzionalità e non discriminazione.

L'affermazione trova conferma nella sentenza commentata, che, conformandosi al pacifico orientamento della Corte di Giustizia, fornisce un approccio finalistico/sostanziale all'interpretazione dell'elenco tassativo di cui all'art. 45 della [Dir. 2004/18/CE](#), e non esclude la facoltà degli Stati membri di mantenere o di stabilire, in aggiunta a tali cause di esclusione, norme sostanziali dirette a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento di tutti gli offerenti e di trasparenza, quali principi base delle direttive in materia di appalti pubblici⁽⁹⁾.

In tale ottica, si specifica che la tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 45 della [Dir. 2004/18/CE](#), non impedisce alla stazione appaltante di escludere un candidato per ragioni attinenti alla sua situazione personale, differenti dalla sussistenza di una sentenza passata in giudicato e che la scelta di non aggiudicare un appalto non rientra nell'ambito di applicazione della citata disposizione, potendo essere fondata su motivazioni non considerate nel predetto art. 45.

Si conferma così la sussistenza di un potere discrezionale della stazione appaltante, tenuta al rispetto non solo dell'art. 45, ma anche di tutte le norme ed i principi del diritto europeo in materia di appalti pubblici.

Il Giudice nazionale è quindi chiamato a valutare se nella fattispecie i fatti oggetto dell'indagine penale (produzione di falsi attestati di frequenza al corso di guida sicura per ambulanze) sono rilevanti ai fini della correttezza dell'esito della gara, tenendo in considerazione che l'offerta di Croce Amica, indipendentemente dalla produzione dei detti attestati, è stata ritenuta prevalente rispetto agli altri concorrenti nella graduatoria finale.

Il potere di autotutela in materia di appalti

Il diritto europeo prevede la sussistenza in capo alla stazione appaltante del potere di autotutela e l'esercizio di tale potere non incontra i limiti della tassatività della cause di esclusione.

A tal proposito la sentenza annotata afferma che gli artt. 41, paragrafo 1, 43 e 45 della [Dir. 2004/18](#) devono essere interpretati nel senso che, qualora i presupposti per l'applicazione delle cause di esclusione previste dal medesimo art. 45 non siano soddisfatti, detto articolo non osta a che l'amministrazione aggiudicatrice decida di rinunciare ad aggiudicare un appalto pubblico per il quale si sia tenuta una gara e di non procedere all'aggiudicazione definitiva di tale appalto al solo concorrente che sia rimasto in gara e sia stato dichiarato aggiudicatario in via provvisoria.

Con riferimento alla fattispecie si ammette, quindi, che ragioni di merito/opportunità amministrativa possono derogare al principio di definitività dell'accertamento penale della responsabilità, come disposto dall'art. 45, [Dir. 2004/18/CE](#), non avendo tale principio portata tale da limitare l'esercizio del potere di autotutela.

Più in generale si afferma il principio per cui circostanze differenti rispetto a quelle indicate come cause di esclusione dalla partecipazione ad un appalto pubblico possono frapporsi all'affidamento dell'appalto, dovendosi tenere debitamente separate le seconde dalla scelta di non procedere all'aggiudicazione.

Ora, prima di soffermare l'attenzione sulle modalità e sull'ampiezza dell'esercizio dell'autotutela amministrativa, occorre valutare se l'affermazione consenta di rispondere in senso affermativo al quesito che è chiamato a risolvere il giudice del rinvio, ovvero se la circostanza che la mera pendenza di uno o più procedimenti penali a carico del concorrente ad una gara di appalto, che non è di per sé motivo ostativo alla partecipazione alle procedure di gara, possa legittimamente divenire motivo ostativo all'aggiudicazione.

L'art. 21 *quinquies*, L. n. 241/1990 e s.m., ammette l'esercizio del potere di revoca, tra l'altro, nell'ipotesi di sopravvenuti motivi di pubblico interesse o nel caso di mutamento della situazione di fatto.

Come specificato dal Consiglio di Stato si tratta di elementi comportanti "un mutamento dei presupposti posti a fondamento del provvedimento originario e da individuare perciò a fronte di questi, così da assicurare la dovuta e adeguata ragione del provvedimento di secondo grado"⁽¹⁰⁾. I principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa sanciti dall'art. 97 Cost., impongono di riconoscere all'amministrazione il potere di verificare la rispondenza dei propri provvedimenti alle finalità di interesse pubblico e, di conseguenza, il potere di far venire meno un atto giuridico per ragioni che trovano la loro giustificazione in cause sopravvenute.

Siffatto potere deve però essere esercitato nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza e deve essere congruamente motivato in ordine alla natura e alla gravità delle circostanze sopravvenute⁽¹¹⁾.

Il Consiglio di Stato ha già affermato l'ammissibilità della revoca nelle procedure di gara per l'affidamento degli appalti pubblici, precisando: "anche dopo l'avvio della procedura di scelta del contraente la pubblica amministrazione conserva il potere di revocare la gara, per documentate e motivate esigenze di interesse pubblico, consistenti pure in un diverso apprezzamento dei diversi presupposti già considerati, esigenze in ragione delle quali sia evidente l'inopportunità o comunque l'inutilità della prosecuzione della gara stessa"⁽¹²⁾.

L'istituto non subisce una diversa regolamentazione in materia di appalti, limitandosi il D.Lgs. n. 163/2006, a recepire quanto indicato agli artt. 41 e 43 della Dir. 2004/18/CE, e a prevedere che le stazioni appaltanti devono redigere per ogni contratto un verbale contenente, se del caso, le ragioni per le quali l'amministrazione ha rinunciato ad aggiudicare un contratto (art. 78, n. 1) e che le stazioni appaltanti devono informare tempestivamente i candidati dei motivi della decisione di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara (art. 79, n. 1).

Nella fattispecie la stazione appaltante ha tempestivamente informato i candidati.

Per quanto riguarda la motivazione, invece, nella delibera di annullamento della gara, AREU si limita ad indicare di non può pervenire "per evidenti ragioni di opportunità e motivi legati ai principi di buona amministrazione, all'aggiudicazione del servizio in favore del concorrente Croce Amica One Italia Srl".

La valutazione della correttezza dell'operato della stazione appaltante non può prescindere da un attento esame dei confini indeterminati dell'opportunità amministrativa.

In assenza di ulteriori specificazioni, le ragioni di opportunità pare siano esclusivamente da ricercare nella circostanza che la stazione appaltante sia venuta a conoscenza di fatti commessi nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica per i quali il rappresentante legale dell'aggiudicataria è stato rinviato a giudizio per i reati di turbata libertà degli incanti e di falsi ideologico.

Il giudice europeo però pare chiaro nel limitare l'esercizio del potere di autotutela al rispetto delle norme e dei principi del diritto europeo in materia di appalti pubblici.

Ora, non pare possa negarsi l'astratta ammissibilità di un provvedimento di revoca motivato dal fatto di essere venuta AREU a conoscenza di fatti che possano legittimamente portare a dubitare della regolarità e correttezza della procedura di gara, dell'affidabilità del concorrente o che comportino il rischio di interferenze illecite anche penalmente rilevanti.

Non è però in alcun modo dimostrato in quale modo la produzione di falsi certificati di guida sicura abbia influito sulla valutazione dell'offerta e sull'esito della procedura di gara o abbia potuto falsare il libero gioco della concorrenza e il principio di parità tra i concorrenti.

Inoltre, le indicate ragioni di "apparente perseguimento di ragioni di opportunità amministrativa" non consentono di escludere che il provvedimento sia stato adottato dalla stazione appaltante nell'intento di perseguire finalità contrastanti con il diritto europeo, quale quello di favorire un concorrente non vincitore o il precedente affidatario del servizio mediante la proroga del contratto.

La mera pendenza di un'indagine penale nei confronti del legale rappresentante della società provvisoriamente aggiudicataria non è di per sé idonea a giustificare l'esercizio del potere di autotutela.

Come precisato nella sentenza in epigrafe, occorre che i fatti di gara sopravvenuti siano tali da convincere la stazione appaltante della loro idoneità a compromettere le fasi della procedura stessa o l'esecuzione dell'appalto pubblico e che tali valutazioni formino oggetto di specifica motivazione del provvedimento di revoca, come richiesto dagli artt. 41 e 43, Dir. 2004/18/CE.

L'orientamento della Corte di Giustizia

La Corte di Giustizia ha escluso che sussista un obbligo della stazione appaltante, qualora decida di revocare il bando di gara relativo ad un appalto pubblico, di portare a termine la procedura di aggiudicazione, o di aggiudicare l'appalto all'unico offerente rimasto in gara⁽¹³⁾.

Si è altresì precisato che l'art. 8, paragrafo 2, Dir. 93/37/CE del Consiglio, e ora l'analogo art. 41, paragrafo 1, Dir. 2004/18/CE, non prevedono che la facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice di rinunciare all'aggiudicazione di un appalto già bandito o di ricominciare la procedura di aggiudicazione siano limitati a casi eccezionali o debbano necessariamente essere fondati su motivi gravi⁽¹⁴⁾.

Quanto alle modalità con cui l'autotutela può essere legittimamente esercitata, la stessa Corte si limita ad imporre alla stazione appaltante di comunicare ai candidati e agli offerenti i motivi della sua decisione⁽¹⁵⁾.

L'obbligo di comunicazione dei motivi su cui si fonda la decisione di revoca di un bando di gara discende dalla necessità di garantire un livello minimo di trasparenza nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e, in particolare, il rispetto del principio della parità di trattamento⁽¹⁶⁾.

Come già osservato, anche nella sentenza in epigrafe, la Corte di Giustizia impone un approccio funzionale volto a risolvere le questioni sottoposte in modo da garantire il perseguimento degli obiettivi delle direttive sugli appalti pubblici.

I requisiti di merito e di forma del provvedimento di revoca devono, pertanto, essere ricercati nelle norme fondamentali del diritto comunitario e nei principi consacrati dal Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera circolazione di merci e servizi⁽¹⁷⁾.

Come precisato dalla giurisprudenza della Corte, il principio della parità di trattamento, quale presupposto indispensabile delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, implica un obbligo di trasparenza, al fine di accertarne il rispetto⁽¹⁸⁾.

Così il Giudice europeo ha ritenuto legittima la decisione della stazione appaltante di revocare una procedura di gara sulla base del criterio del prezzo più basso, quando, a seguito dell'esame delle offerte, si sia reso conto che a causa di errori dalla stessa commessi in sede di valutazione preliminare, il contenuto del bando di gara non le consente di scegliere l'offerta economicamente più vantaggiosa⁽¹⁹⁾.

Si è altresì ritenuto che l'amministrazione aggiudicatrice non può essere tenuta ad attribuire l'appalto all'offerente che è risultato essere il solo idoneo a partecipare alla gara, potendo revocare la procedura di gara⁽²⁰⁾.

Nel perseguire l'obiettivo delle direttive di sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici, è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice disponga di strumenti idonei a permetterle di comparare diverse offerte e scegliere la più vantaggiosa⁽²¹⁾.

Pertanto, quando al termine di una delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici rimane una sola offerta, l'amministrazione aggiudicatrice non è in grado di comparare i prezzi o le altre caratteristiche di diverse offerte al fine di attribuire il contratto conformemente ai criteri stabiliti nella direttiva e nella *lex specialis* di gara.

Nella fattispecie oggetto della sentenza annotata non sussiste alcun dubbio della stazione appaltante in merito alla convenienza dell'offerta presentata dalla società Croce Amica One, unico concorrente rimasto in gara dopo che tutte le altre offerte sono state scartate in sede di valutazione dell'offerta tecnica.

Inoltre, occorre distinguere tra quando l'esercizio del potere di autotutela è esercitato per annullare/revocare il bando di gara, dall'ipotesi, che ricorre nel caso di specie, in cui l'autotutela è esercitata unicamente nei confronti del provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

Nel caso affrontato dal Giudice europeo nella sentenza, *Hospital Ingenieure*⁽²²⁾, la legge sugli appalti pubblici del Land di Vienna annovera tra i motivi imperativi che impongono il ritiro del bando di gara, la circostanza in cui l'ente appaltante viene a conoscenza, dopo lo scadere del termine per la presentazione delle offerte, di sopravvenuti eventi che, se fossero stati noti in precedenza, avrebbero escluso la gara d'appalto o avrebbero condotto ad una gara d'appalto dal contenuto sostanzialmente diverso. La città di Vienna, ha motivato la revoca del bando sostenendo che, alla luce di studi effettuati dalla società *Humanomed* è emerso che il progetto inizialmente previsto e oggetto del bando di gara doveva in realtà essere sviluppato in modo differente rispetto al progetto originario e non era più necessario, quindi, attribuire l'incarico oggetto dell'appalto.

Si tratta, come evidente, di un'ipotesi molto diversa da quella affrontata nella sentenza in epigrafe, dove l'autotutela non riguarda l'oggetto dell'appalto che, anzi, proprio per la sua indispensabilità convince la stazione appaltante a non attendere, ai fini dell'aggiudicazione, gli esiti del procedimento penale o anche solo la conclusione delle indagini in corso.

Con riferimento alla fattispecie, pertanto, pare necessario verificare che l'esercizio del potere di autotutela non possa costituire lo strumento per favorire altri concorrenti o comunque discriminare l'aggiudicatario provvisorio.

Se è innegabile la necessità di prevedere un potere di autotutela in capo alla stazione appaltante al fine di garantire il rispetto dei principi europei in materia di gare, è altrettanto evidente che tale potere deve giustificarsi in base a ragioni differenti rispetto alla disciplina sulle cause di esclusione.

La conformità di un tale provvedimento al diritto europeo impone che la motivazione sia tale da garantire che la scelta di non aggiudicare l'appalto all'unica impresa rimasta in gara, perché il legale rappresentante di tale società è stato sottoposto ad un procedimento penale per fatti attinenti all'appalto in questione, sia conforme ai principi di parità di trattamento e non discriminazione.

Come precisato nella sentenza in epigrafe, il diritto europeo ammette l'esercizio del potere di autotutela della stazione appaltante, ma tale potere non può essere esercitato per eludere la normativa ed i principi comunitari in materia di appalti pubblici.

Diventa, pertanto, rilevante il controllo che il giudice nazionale è chiamato ad esercitare sull'esercizio di tale potere e le finalità con lo stesso perseguite, senza intaccare l'ambito del c.d. merito amministrativo.

La revoca dell'aggiudicazione ed il sindacato di legittimità

La Dir. 89/665/CE, dispone l'obbligo di prevedere mezzi di ricorso contro le decisioni prese in violazione del diritto comunitario in materia di appalti o delle norme nazionali che lo recepiscono. Le condizioni e la forma della revoca del bando di gara, formando oggetto di disciplina nella normativa comunitaria, rientrano nell'ambito di applicazione della stessa.

Di conseguenza, è necessario che il nostro ordinamento garantisca un sindacato di legittimità sul provvedimento di revoca/annullamento della gara, al fine di assicurare il rispetto delle pertinenti disposizioni europee e nazionali che le recepiscono.

Nella sentenza in epigrafe, la Corte europea ha affermato che l'art. 1, paragrafo 1, Dir. 89/665/CE, impone che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di revocare il bando di gara per un appalto pubblico possa costituire oggetto di ricorso ed essere eventualmente annullata in quanto contraria al diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o alle norme nazionali che recepiscono tale diritto⁽²³⁾.

Ha altresì precisato che un siffatto controllo di legittimità non può essere inteso come limitato all'esame del carattere arbitrario delle decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice⁽²⁴⁾.

Spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare gli organi degli Stati membri responsabili delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici per risolvere le controversie che mettono in discussione diritti individuali risultanti dall'ordinamento giuridico comunitario⁽²⁵⁾.

In mancanza di una normativa dell'Unione specifica in materia, le modalità del controllo giurisdizionale devono essere stabilite attraverso norme processuali nazionali, nel rispetto dei

principi di equivalenza e di effettività⁽²⁶⁾ e al legislatore nazionale è consentito accordare ai giudici poteri più estesi, funzionali all'esercizio di un controllo in materia di opportunità.

La stessa Corte ha altresì precisato che, anche nel caso in cui le autorità aggiudicatrici godano, in forza della normativa nazionale applicabile, di un'ampia discrezionalità per quanto concerne la revoca del bando di gara, le giurisdizioni nazionali devono poter verificare, ai sensi della Dir. 89/665/CE, la compatibilità di una decisione di revoca con le norme del diritto dell'Unione pertinenti⁽²⁷⁾.

Il sindacato giurisdizionale poi, da compiersi nel rispetto della disciplina processuale nazionale, deve rispettare il principio dell'effettività della tutela⁽²⁸⁾.

Tale affermazione ricalca precedenti decisioni del Giudice europeo e si giustifica considerando l'approccio funzionale/finalistico da sempre tenuto dalla Corte di Giustizia, che impone di interpretare il diritto europeo alla luce dei principi, anche giurisprudenziali, che lo ispirano⁽²⁹⁾.

L'obiettivo perseguito dalle direttive europee sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è quello di "eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci ed a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro, i quali intendano offrire beni e servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro"⁽³⁰⁾.

L'assunto è precisato dai principi di non discriminazione e parità di trattamento degli offerenti e, di conseguenza, dalla previsione dell'obbligo di garantire la trasparenza dell'intera procedura di gara⁽³¹⁾.

Ne consegue che l'obbligo di comunicare la motivazione della revoca, senza alcuna precisazione relativamente ai requisiti di merito o di forma che tale decisione deve assumere, previsto dagli artt. 41, par. 1, e 43, Dir. 2004/18/CE, non può sottrarsi ai principi fondamentali del diritto comunitario.

L'autotutela amministrativa, infatti, se fosse lasciata alla piena discrezionalità della stazione appaltante, potrebbe anche essere utilizzata per finalità contrastanti con la disciplina sui pubblici appalti, per motivazioni diverse da quelle economiche, e tali da consentire discriminazioni tra le imprese, come nell'ipotesi in cui la revoca dell'aggiudicazione fosse utilizzata per favorire altro concorrente non aggiudicatario.

Anche sotto tali profili la sentenza commentata si conforma al costante orientamento giurisprudenziale del Giudice europeo che ha imposto imponenti cambiamenti del diritto processuale nazionali indispensabili per garantire il principio dell'effettiva tutela giurisdizionale.

Con riferimento ai poteri cognitori del Giudice amministrativo, il nostro ordinamento riconosce un sindacato pieno nella valutazione dei presupposti di fatto posti a fondamento del provvedimento di revoca nell'ambito del sindacato sull'eccesso di potere⁽³²⁾.

Il merito amministrativo e sindacato del giudice nazionale

La sentenza in epigrafe si limita ad imporre, mediante il richiamo della Dir. 89/665/CE, una tutela giurisdizionale conforme ai principi di equivalenza ed effettività, lasciando libero il legislatore nazionale di prevedere un sindacato giurisdizionale esteso anche al controllo in materia di opportunità.

Il nostro legislatore non ha previsto in materia di appalti pubblici un sindacato esteso anche al merito amministrativo.

Non pare però di poter escludere un sindacato da parte del giudice amministrativo sulla conformità del provvedimento di revoca alle disposizioni ed ai principi europei.

Anche se la motivazione del provvedimento di autotutela richiama il c.d. merito amministrativo ("per evidenti ragioni di opportunità e motivi legati ai principi di buona amministrazione") la valutazione effettuata dalla stazione appaltante non può situarsi all'interno di un'area di riserva amministrativa inviolabile da parte del Giudice amministrativo.

La mancata aggiudicazione per indagine penale in corso attiene alla discrezionalità amministrativa e richiede da parte dell'Amministrazione il compimento di un'istruttoria e una congrua motivazione⁽³³⁾.

La pendenza di un'indagine penale non può costituire ex sé causa della non aggiudicazione del soggetto ammesso a partecipare, non essendo la stessa prevista quale obbligatoria causa di esclusione ex art. 45, Dir. 2004/18/CE.

Una siffatta affermazione, infatti, contrasterebbe con i principi europei e violerebbe gli artt. 41 e 43 della richiamata direttiva che impongono un'adeguata motivazione.

Se il legislatore (comunitario e nazionale) è stato chiaro nel richiedere una condanna passata in giudicato ai fini dell'ammissione, ammettere che la stazione appaltante possa prendere in considerazione in sede di aggiudicazione anche la semplice pendenza di un'indagine, comporta la violazione del principio di predeterminazione dei parametri e il principio stesso di legalità.

Nella fattispecie la stazione appaltante deve verificare quanto la produzione di attestati di guida sicura falsi possa aver inciso sull'esito delle gara, nonché sull'affidabilità del ricorrente nell'esecuzione dell'appalto (l'elemento fiduciario a sostegno della perseguibilità del rapporto committente-appaltatore).

Nel provvedimento di autotutela impugnato non è precisato come la produzione dei certificati di guida sicura abbia perturbato gli esiti della gara. Tali certificati non erano previsti a pena di esclusione dalla *lex specialis* e l'offerta tecnica di Croce Amica è stata l'unica ad essere stata ritenuta ammissibile, pertanto, anche in assenza dei predetti certificati, l'impresa sarebbe risultata aggiudicataria.

Come affermato dalla giurisprudenza amministrativa, è "oggetto di sanzione unicamente il mendacio idoneo, in chiave funzionale, ad influenzare lo svolgimento della procedura competitiva"⁽³⁴⁾, ritenendo talvolta estensibile alla materia degli appalti pubblici la categoria penalistica del falso innocuo⁽³⁵⁾.

A ciò deve poi aggiungersi il fatto che, poiché manca una sentenza di condanna, non è in alcun modo provato che l'aggiudicataria provvisoria abbia prodotto documenti falsi. Trattandosi di semplici indagini penali, infatti, nell'ipotesi di assoluzione verrebbero meno le ragioni di inopportunità, con palese violazione del principio di non discriminazione.

I principi di ragionevolezza e proporzionalità impongono alla p.a. di accertare la gravità del comportamento asseritamente imputato al legale rappresentante dell'aggiudicataria. Il semplice sequestro della documentazione non pare poter costituire giusto motivo di rifiuto dell'amministrazione ad aggiudicare definitivamente l'appalto.

Inoltre, la circostanza che l'AREU abbia, stante l'indispensabilità del servizio oggetto della gara, prorogato l'affidamento al precedente affidatario, comporta di per sé la sottrazione dell'appalto al libero confronto concorrenziale.

Anche tenendo in considerazione i limiti che l'ordinamento interno pone alla giurisdizione amministrativa nel sindacato delle valutazioni di merito rimesse alla stazione appaltante, il provvedimento di autotutela non può sottrarsi al sindacato amministrativo.

Come efficacemente sottolineato nella sentenza in epigrafe, in base alla giurisprudenza della Corte, la decisione di revoca di un bando di gara per un appalto pubblico rientra tra le "decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici", nei confronti delle quali gli Stati membri sono tenuti, ai sensi dell'art. 1, paragrafo 1, comma 3, Dir. 89/665/CE, ad istituire, nel diritto nazionale, procedure di ricorso volte a garantire il rispetto delle norme sostanziali pertinenti del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tali norme⁽³⁶⁾.

La funzione delle procedure di ricorso è prevista dall'art. 1, paragrafo 1, comma 3, Dir. 89/665/CE, ai sensi del quale gli Stati membri adottano, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalla [Dir. 2004/18/CE](#), i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibili, con la motivazione che tali decisioni hanno violato il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici oppure le norme nazionali che lo recepiscono.

Ne consegue che la questione della portata del controllo giurisdizionale esercitato nell'ambito delle procedure di ricorso previste dalla Dir. 89/665/CE, deve essere esaminata alla luce delle finalità da quest'ultima perseguite, facendo attenzione che non venga compromessa la sua efficacia⁽³⁷⁾.

Ora, nella fattispecie manca qualsiasi indicazione dei motivi che hanno indotto l'Amministrazione a revocare l'aggiudicazione ed ad annullare la gara in violazione degli artt. 41 e 43 della [Dir. 2004/18/CE](#).

Soltanto l'integrazione della motivazione può consentire al giudice nazionale, nell'esercizio del sindacato di discrezionalità, di verificare se vi è un vizio di violazione di legge, per violazione della disciplina sulle cause di esclusione ex art. 45, [Dir. 2004/18/CE](#), oppure se sussiste il vizio di eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà o sviamento.

Rientra nel sindacato di legittimità del giudice amministrativo, quale elemento esterno del rapporto contrattuale, la valutazione incidentale dei fatti al fine di valutare l'elemento fiduciario a sostegno della perseguibilità del rapporto committente-appaltatore, quale elemento a carattere squisitamente soggettivo e, di conseguenza, la correttezza della revoca dell'aggiudicazione all'impresa vincitrice sottoposta ad indagini penali⁽³⁸⁾.

Proprio la motivata valutazione della stazione appaltante consente un sindacato giurisdizionale sotto il profilo dell'eccesso di potere al fine di portare alla luce eventuali utilizzazioni strumentali del potere di autotutela per finalità contrastanti con quelle perseguite dal diritto europeo⁽³⁹⁾.

La revoca dell'aggiudicazione provvisoria disposta unicamente per motivi di opportunità amministrativa non consente alcun sindacato sul modo in cui sia stato esercitato il potere, squisitamente discrezionale, di ritiro in autotutela dell'atto in ragione di fatti emersi durante la procedura di gara (indagini penali) e, quindi, sulla nuova valutazione dell'interesse pubblico originario⁽⁴⁰⁾.

La sentenza in epigrafe ammette l'esercizio del potere di revoca esclusivamente "su ragioni correlate in particolare alla valutazione dell'opportunità, dal punto di vista dell'interesse pubblico, di condurre a termine una procedura di aggiudicazione, tenuto conto, fra l'altro, dell'eventuale modifica del contesto economico, dal livello insufficiente di concorrenza o delle circostanze di fatto o, ancora, delle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice interessata".

Areu non ha indicato alcuna di queste motivazioni a sostegno della propria decisione, limitandosi a prorogare il servizio al precedente affidatario, in palese violazione dei principi concorrenziali.

(*) N.d.R.: il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di Valutazione.

(1) Cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 20 aprile 2010, n. 2213.

(2) AVCP, deliberazione n. 107 del 4 aprile 2007.

(3) T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 15 aprile 2009, n. 688 e T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 7 aprile 2009, n. 688.

(4) AVCP, parere n. 85 del 29 aprile 2010; AVCP, parere n. 27 del 10 febbraio 2010.

(5) AVCP, parere n. 67/2007 e n. 107/2007.

(6) Cfr., Cons. Stato, Sez. V, 20 aprile 2010, n. 2213.

(7) Cons. Stato, Sez. V, 22 agosto 2003, n. 4750.

(8) Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2010, n. 1550; AVCP, parere 3 novembre 2010, n. 190; AVCP, [determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010](#).

(9) Corte Giust. CE, 13 dicembre 2012, causa C-465/11, *Forposta*, punti 38 e 39; Id., 19 maggio 2009, causa C-538/07, *Assitur*, punti 21-24; Id., 16 dicembre 2008, causa C-213/07, *Michaniki*, punti 44-48.

(10) Cons. Stato, Sez. VI, n. 5858/2011.

(11) Cons. Stato, Sez. V, n. 531/2011.

(12) Cons. Stato, Sez. VI, n. 5002/2011.

(13) Corte Giust. CE, 18 giugno 2002, causa C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs v. Stadt Wien*, punto 41.

(14) Corte Giust. CE, 16 settembre 1999, causa C-27/98, *Fracasso e Leitschutz*, punti 23 e 25.

(15) Corte Giust. CE, causa C-92/00, *HI*, punto 41, cit., con riferimento all'art. 12, [paragrafo 2, Dir. 92/50/CEE](#) del Consiglio, del 18 giugno 1992, disposizione analoga a quella di cui all'art. 41, [paragrafo 1, Dir. 2004/18](#).

(16) Cfr., in tal senso, sentenza *HI*, cit., punti 45 e 46 nonché la giurisprudenza ivi citata.



- (17) Corte Giust. CE, sentenza *HI*, cit., punto 42.
- (18) Corte Giust. CE, sentenza *HI*, cit., punti 43 e 45 e 47.
- (19) Corte. Giust. CE, ordinanza 16 ottobre 2003, causa C-244/02, *Kauppatalo Hansel Oy*, punto 67.
- (20) Corte Giust. CE, causa C-27/98, *Fracasso e Leitschutz*, punto 34.
- (21) Corte Giust. CE, 20 settembre 1988, causa 31/87, *Beentjes*, punto 21 e 27.
- (22) Corte Giust. CE, 18 giugno 2002, causa C-92/00, cit.
- (23) In tal senso cfr. anche Corte Giust. CE, sentenza *HI*, punti 52 e 53 e sentenza *Koppensteiner*, punto 29. In generale sulla direttiva ricorsi, si veda G. di Plinio, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1998, 685.
- (24) Sentenza *HI*, punto 63.
- (25) Corte Giust. CE, 2 giugno 2005, causa C-15/04, *Koppensteiner*, punto 34.
- (26) In tal senso, Corte Giust. CE, sentenza *HI*, punto 68.
- (27) Corte Giust. CE, sentenza *HI*, punti 55 e 62.
- (28) Corte Giust. CE, sentenza *HI*, punto 67.
- (29) "La realizzazione integrale dell'obiettivo perseguito dalla Direttiva 89/665 sarebbe compromesso se si consentisse alle autorità aggiudicatrici di procedere alla revoca di un bando di gara per un appalto pubblico di servizi senza assoggettarle a procedure di controllo giurisdizionale volte a garantire sotto ogni profilo l'effettivo rispetto sia delle direttive che stabiliscono le norme sostanziali relative agli appalti pubblici, sia dei principi su cui si basano". Così Corte Giust. CE, 18 giugno 2002, C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs v. Stadt Wien*, punto 53.
- (30) *Ex multis*, Corte Giust. CE, 3 ottobre 2000, causa C-380/98, *University of Cambridge*, punto 16.
- (31) Cfr. terzo considerando della Dir. 89/665/CE; Corte Giust. CE, 18 novembre 1999, causa C-275/98, *Unitron Scandinavia e 3-S*, punto 31.
- (32) Cass. civ., SS.UU., 17 febbraio 2012, n. 2312.
- (33) Cons. Stato, Sez. III, 19 gennaio 2012, n. 253.
- (34) Cons. Stato, Sez. VI, 22 febbraio 2010, n. 1017.
- (35) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 829.
- (36) V., in tal senso, Corte Giust. CE, sentenza *HI*, cit., punti da 53 a 55, nonché Id., sentenza *Koppensteiner*, C-15/04, cit., punto 29.
- (37) Corte Giust. CE, sentenza *HI*, cit., punti 58 e 59.
- (38) Cons. Stato, n. 409/2011.
- (39) Cass. civ., SS.UU., 17 febbraio 2012, n. 2312.
- (40) Art. 21 *quiquies*, L. 7 agosto 1990, n. 241 e ss.mm.ii.

POTERE DI AUTOTUTELA E CONTRATTI PUBBLICI

Daloiso Raffaele

[Cons. Stato Sez. V, 03 febbraio 2000, n. 661](#)

Sommario: [Questioni processuali - Autotutela decisoria e contratti pubblici - L'Organo legittimato al riesame ed alla riapertura della gara - AmmissibilitA' e limiti del potere di autoannullamento parziale degli atti di gara in caso di vizi concernenti l'ammissione o l'esclusione dei concorrenti - ModalitA' di esercizio della potestA' di autoannullamento parziale nelle procedure di aggiudicazione automatiche](#)

A seguito dello svolgimento di un pubblico incanto, indetto da un Comune per l'aggiudicazione di un appalto di lavori, la commissione di gara procedeva ad una preliminare esclusione di alcune delle concorrenti per mancata produzione di documenti previsti dal bando.

Nel compiere tale operazione, la Commissione erroneamente apriva anche la busta contenente l'offerta economica di una delle concorrenti escluse, la Terme Bosco San Benedetto S.r.l.

I componenti del seggio di gara, avvedutisi dell'errore, provvedevano ad un'immediata chiusura di quest'ultimo involucro, reinserendolo nella busta contenente gli ulteriori documenti " *senza che in alcun modo ne sia stata presa visione e data lettura del contenuto* ".

La Commissione procedeva quindi alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, disponendo ulteriori esclusioni, ed aggiudicando l'appalto alla Valentini S.r.l., risultata autrice dell'offerta più bassa.

Seguiva l'approvazione del verbale d'asta da parte del responsabile dell'Ufficio Tecnico.

A distanza di tre giorni dall'approvazione di detto verbale, perveniva all'amministrazione un esposto con il quale la ditta Terme Bosco San Benedetto richiedeva un nuovo controllo della documentazione allegata alla propria offerta, che la ditta assumeva essere completa.

A seguito del riesame della documentazione in questione, l'amministrazione effettivamente ritrovava, "spillato" su altre pagine, il documento la cui presunta mancanza aveva portato all'esclusione di detta società.

In ragione di tale circostanza, l'Amministrazione così provvedeva:

- annullava il provvedimento di approvazione del verbale di gara;
- disponeva la ripetizione della gara;
- rideterminava la soglia di anomalia delle offerte, includendo nel relativo calcolo anche l'offerta della società inizialmente esclusa;
- aggiudicava i lavori all'impresa Granchi S.r.l., autrice del massimo ribasso al di sotto della ricalcolata soglia di anomalia;
- approvava gli atti di gara rinnovati.

In sede di ripetizione della gara la commissione, nel riesaminare l'offerta della società Terme Bosco, chiariva che " *da verifica di ufficio fatta da parte della Commissione di gara sui documenti, i quali erano conservati in luogo sicuro accessibile ai soli membri della stessa Commissione (armadio chiuso a chiave) risultava allegata* " la documentazione richiesta dal bando.

L'originaria affidataria dei lavori impugnava gli atti concernenti la nuova aggiudicazione dinanzi al T.A.R. Toscana, che accoglieva il ricorso in considerazione del fatto che " *l'astratta possibilità dell'alterazione degli esiti della gara per il caso di riapertura di una gara ormai chiusa, in un giorno diverso da quello in cui la gara stessa è celebrata, è sufficiente ad inficiare il risultato finale della procedura concorsuale effettuata* ."

Spiccavano appello avverso la sentenza del Tribunale tanto la seconda aggiudicataria, che il Comune. Il Consiglio di Stato con la decisione che si annota, disposta la riunione degli appelli, conferma la statuizione resa dai Giudici di prime cure.

Questioni processuali

La società appellata sollevava, in via preliminare, una serie di eccezioni relative alla presunta inammissibilità tanto dell'appello proposto dall'aggiudicataria, che di quello incardinato dal Comune.

Le eccezioni proposte dalla parte intimata, rivelatesi tutte infondate, inducono la Sezione a fare il punto sulle seguenti questioni:

- a) natura giuridica ed effetti del vizio che affligge la notificazione del ricorso in appello effettuata in luogo diverso dal domicilio eletto dalla parte intimata nel corso del giudizio di primo grado;
- b) rapporti tra rinnovazione della notificazione nulla e principio della cosiddetta "consumazione" del diritto all'impugnazione;
- c) elementi qualificativi dell'impugnazione incidentale e rapporti con quella principale.

Con riguardo al profilo dedotto sub a), la società appellata eccepiva la presunta inesistenza giuridica dell'atto d'appello proposto dalla Granchi S.r.l., perché notificato presso la Segreteria generale del Tribunale di primo grado piuttosto che nel domicilio eletto in giudizio dalla Valentini S.r.l.

Preliminarmente la Quinta Sezione chiarisce che, pur prescindendo dalla qualificazione formale conferita al vizio in questione, la validità della notificazione al Comune avrebbe comunque impedito la declaratoria di inammissibilità del ricorso.

E per vero, essendosi comunque incardinato il giudizio, si sarebbe al più potuto ritenere necessario provvedere all'integrazione del contraddittorio, nel termine fissato dal giudice, nei confronti della società appellata.

Tale onere, nel caso di specie, era comunque superfluo perché l'appellata si era costituita in giudizio.

Tanto chiarito, il Consiglio di Stato si occupa della natura giuridica del lamentato vizio di notificazione.

Rileva in proposito la Sezione che, per pacifica giurisprudenza, allorquando la notificazione dell'atto d'appello sia stata effettuata in luogo diverso da quello prescritto, non possa parlarsi di giuridica inesistenza, bensì di semplice nullità della notificazione ⁽¹⁾, cui l'appellante può ovviare procedendo ad una tempestiva rinnovazione della stessa.

Sotto altro profilo, la costituzione in giudizio della parte resistente, produce comunque l'effetto di elidere - *ex tunc* - ogni conseguenza rinveniente dalla nullità della notificazione.

Nel caso di specie, peraltro, ricorrevano ambedue tali circostanze avendo l'appellante provveduto a rinnovare tempestivamente la notificazione dell'atto di appello alla Valentini S.r.l., ed essendosi quest'ultima regolarmente costituita in giudizio.

Per quanto concerne il profilo segnalato sub b), l'appellata deduceva la presunta improduttività di effetti della pur tempestiva rinnovazione della notificazione, in ragione dell'operatività del principio della cosiddetta consumazione del diritto all'impugnazione.

La Sezione rigetta anche tale eccezione in rito, riconducendo il principio invocato dalla società appellata al suo naturale ambito di applicazione.

Il Consiglio di Stato chiarisce anzitutto che il principio in questione è normalmente destinato a precludere la proposizione di una seconda impugnazione, di contenuto diverso o analogo alla prima, laddove quest'ultima sia stata ritualmente notificata ⁽²⁾.

Infatti, la *ratio* del principio in questione è quella di impedire all'impugnante di ridiscutere o modificare la sostanza delle doglianze già fatte valere con il primo rituale gravame.

Riportando un recente precedente giurisprudenziale ⁽³⁾, espressione di un orientamento consolidato, il Consiglio di Stato chiarisce che il principio di consumazione del diritto all'impugnazione non impedisce, invece, di riproporre un secondo gravame, di contenuto analogo o diverso rispetto al primo, allorquando quest'ultimo risulti viziato.

In quest'ultimo caso, l'unico limite all'eventuale riproposizione dell'impugnazione può essere costituito da un'intervenuta declaratoria di inammissibilità del primo gravame, come previsto dagli [artt. 358 e 387 c.p.c.](#), per il ricorso - rispettivamente - in appello ed in Cassazione.

Resta fermo che in tale ultimo caso la tempestività della seconda impugnazione dovrà comunque essere misurata in relazione al termine breve, attesa la pacifica rilevanza per l'impugnante - ai fini della legale conoscenza della sentenza impugnata - della notificazione pur irrituale della stessa.

Tanto chiarito, i Giudici di Palazzo Spada rilevano che l'orientamento giurisprudenziale ricordato non ha attinenza con il caso di specie, nel quale è in questione non già la validità dell'atto di impugnazione, ma solo la ritualità della relativa notificazione.

La società appellata sollevava un'ulteriore questione di rito, accennata sub c), con specifico riferimento all'appello proposto dal Comune.

Nella prospettazione della società Valentini, infatti, l'appello spiccato dall'amministrazione avrebbe avuto natura incidentale, rispetto alla impugnazione proposta dalla società Granchi, di tal che la presunta inammissibilità di quella principale si sarebbe riflessa su quella incidentale.

Di poi, dalla supposta natura incidentale dell'appello del Comune, sarebbe altresì derivata la tardività dello stesso.

Dopo aver rilevato che nel caso di specie la sanatoria dell'appello principale comunque avrebbe escluso la comunicabilità dei relativi vizi a quello ritenuto incidentale, il Consiglio di Stato sottolinea come l'impugnazione proposta dal Comune, totalmente soccombente in primo grado, vada viceversa qualificata come principale.



Né a tal fine osta il precetto di cui [all'art. 333 c.p.c.](#), pacificamente applicabile anche al processo amministrativo, laddove prescrive che la parte destinataria dell'impugnazione in via principale debba proporre la propria nel medesimo processo, in via incidentale ed a pena di decadenza.

Infatti, laddove le diverse impugnazioni siano state concentrate nel medesimo processo mediante riunione, [l'art. 333 c.p.c.](#) perde valore precettivo, con l'ulteriore conseguenza che la disciplina applicabile agli appelli riuniti è quella prevista per l'appello principale ⁽⁴⁾.

Tale assunto, del resto, è in piena coerenza con la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato che ritiene applicabili gli ordinari termini di impugnazione, di cui all' [art. 28 legge n. 1034/71](#), a fronte di un appello proposto in forma incidentale che però risulti " *non di controimpugnazione ma contenente doglianze autonome* ".

Autotutela decisoria e contratti pubblici

Rigettate le eccezioni processuali sollevate dalla società appellata, i Giudici di secondo grado si occupano dei limiti e degli effetti che connotano l'esercizio del potere di autotutela nell'ambito delle pubbliche gare.

Successivamente, i Giudici di Palazzo Spada affrontano il problema degli effetti derivanti sull'intero procedimento di gara dall'autoannullamento di uno o più atti di gara, con particolare riferimento alla possibilità di riaprire una gara conclusa senza dover rinnovare l'intero *iter* selettivo del contraente privato.

Con riferimento al primo profilo, la società appellata riteneva che la definitiva approvazione degli atti di gara avrebbe privato in radice l'amministrazione di ogni potere di riesame, residuando la sola possibilità di ricorrere in sede giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva.

La decisione annotata, rigettando tale impostazione restrittiva, chiarisce anzitutto che la generale portata del principio di autotutela decisoria, anche con riferimento all'attività contrattuale pubblicistica, conferisce all'amministrazione il potere di "*riesaminare, annullare e rettificare gli atti invalidi* ", nell'ottica di un'adeguata tutela dei principi di cui [all'art. 97 Cost.](#), nonché del principio di libera concorrenza tra imprese.

Né il potere di riesame dell'amministrazione può risultare limitato dall'espressa previsione normativa di procedimenti indirizzati al controllo di legittimità delle procedure di gara ⁽⁵⁾; l'esistenza di tali strumenti -al contrario- avvalorava ulteriormente la tesi della generale spendibilità del potere di autotutela, attesa la particolare attenzione mostrata dal Legislatore nei confronti degli interessi in gioco.

Del resto, per costante giurisprudenza, il potere di riesame è senz'altro esercitabile finanche allorché le risultanze della pubblica gara siano già confluite in un provvedimento di aggiudicazione definitiva, approvata, ed eventualmente seguita da una stipulazione contrattuale ⁽⁶⁾.

Nondimeno, alla generale possibilità riconosciuta alla pubblica amministrazione di avvalersi del potere di autotutela, corrispondono -anche nella materia *de qua* - i tradizionali limiti che ne regolano la legittima estrinsecazione ⁽⁷⁾.

Così, nel solco di una giurisprudenza consolidata, la decisione del Consiglio di Stato elenca i requisiti di legittimità cui devono conformarsi i provvedimenti resi in sede di autotutela, ovvero:

1. obbligo di motivazione ⁽⁸⁾;
2. presenza di concrete ragioni di pubblico interesse non suscumbibili nel mero ripristino della legalità ⁽⁹⁾;
3. valutazione dell'affidamento delle parti con precipuo riferimento anche all'elemento tempo ⁽¹⁰⁾;
4. rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale ⁽¹¹⁾;
5. adeguata istruttoria ⁽¹²⁾.

Come accennato, la Sezione rigetta la tesi prospettata dall'impresa appellata circa la presunta intangibilità degli atti di gara a seguito della definitiva approvazione degli stessi.

Nel caso di specie, peraltro, ricorrevano i presupposti richiesti per il legittimo esercizio del potere di autotutela, atteso il "*brevissimo tempo* " trascorso tra la prima aggiudicazione ed il procedimento di riesame, e considerata l'adeguata motivazione con la quale il provvedimento di autotutela era stato supportato.

Chiarito che l'approvazione degli atti di gara non elide il generale potere di riesame dell'amministrazione, nei limiti ricordati, la Sezione affronta il ulteriore problema della possibile riapertura di una gara ormai conclusa, a fronte di un vizio del relativo procedimento.

L'impostazione restrittiva fatta propria dalla società appellata, "*e, recepita, in certa misura, anche dalla sentenza impugnata*", era nel senso di ritenere inammissibile l'esercizio parziale del potere di annullamento, e quindi la riapertura di una gara ormai chiusa. Alla stregua di tale impostazione, non sarebbe possibile il rinnovo parziale del procedimento di gara, potendosi esclusivamente procedere alla completa rinnovazione dell'*iter* selettivo dell'appaltatore.

Nell'affrontare il problema, la V Sezione ne articola l'esame distinguendo due profili:

- individuazione dell'organo competente al riesame degli atti di gara ed alla riattivazione del procedimento;
- effetti dell'autoannullamento degli atti di gara con riferimento alla successiva attività amministrativa.

L'Organo legittimato al riesame ed alla riapertura della gara

I Giudici di secondo grado chiariscono anzitutto che il seggio di gara, in coerenza con la propria natura di organo straordinario, una volta trasmessi i verbali all'organo amministrativo competente, perde qualsiasi potere in ordine tanto alla revisione dell'attività compiuta che, a maggior ragione, relativamente all'eventuale riattivazione del procedimento ⁽¹³⁾.

Sicché, approvata l'aggiudicazione, il potere di autoannullamento è legittimamente esercitabile esclusivamente dal "*competente organo di amministrazione attiva responsabile del pertinente settore di attività contrattuale*", come peraltro era accaduto nel caso di specie.

Prima di detta approvazione deve invece ritenersi che la commissione di gara possa legittimamente autoannullare e rinnovare intere fasi procedurali, ivi compresa l'aggiudicazione.

Tale assunto è confermato dalla giurisprudenza amministrativa che ha rilevato come in capo al seggio di gara, fintanto che sia competente, ovvero fin quando la gara non sia "*formalmente chiusa*", incombe l'onere di procedere anche all' "*eliminazione di eventuali errori commessi*" ⁽¹⁴⁾.

Un ulteriore problema lambito dalla decisione del Consiglio di Stato, ed irrisolto per estraneità alla fattispecie esaminata, concerne l'eventuale competenza a spendere i poteri in questione nella particolare ipotesi in cui la commissione abbia espletato tutte le operazioni di gara, residuando il solo compito di trasmettere i relativi verbali all'organo deputato alla verifica.

E per vero, il citato onere di trasmissione pare avere i connotati della mera operazione materiale. Pertanto, intervenuta l'aggiudicazione, non dovrebbe più sussistere in capo al seggio di gara alcuna ulteriore prerogativa provvedimentale.

Sotto altro profilo, la natura giuridica della citata operazione, sembrerebbe anch'essa deporre nel senso di ritenere la gara "*formalmente chiusa*" già prima della trasmissione dei verbali all'organo dell'amministrazione.

Se così fosse, sarebbe preferibile ritenere devoluta la competenza a riaprire la gara all'organo di amministrazione attiva preposto all'approvazione dei relativi atti, pur in pendenza della materiale trasmissione degli stessi.

In senso contrario, potrebbe non di meno sostenersi che la materiale disponibilità degli atti di gara da parte del seggio militi nel senso di indicare che la relativa competenza non sarebbe ancora del tutto spirata. Inoltre, allorquando l'organo responsabile dell'approvazione dovesse rilevare un vizio procedimentale incidente sull'aggiudicazione, e procedesse di conseguenza, reincardinare nella sua funzione la commissione di gara, -come accaduto nel caso di specie- al fine di consentirle di procedere alla rinnovata valutazione delle offerte.

Dal punto di vista dell'economia procedimentale, potrebbe quindi ritenersi opportuna la persistenza del potere in questione in capo al seggio di gara, per lo meno fintanto che i verbali non siano stati trasmessi per il controllo.

Tale soluzione, del resto, non contrasterebbe con i principi regolatori della materia, atteso che gli atti eventualmente rinnovati dalla commissione sarebbero comunque oggetto di successiva approvazione da parte del responsabile del procedimento.

Ammissibilit  e limiti del potere di autoannullamento parziale degli atti di gara in caso di vizi concernenti l'ammissione o l'esclusione dei concorrenti

Chiarita, nei limiti di quanto richiesto dalla fattispecie esaminata, la questione relativa alla titolarit  del potere di autoannullamento degli atti di gara, la V Sezione si occupa diffusamente degli effetti connessi all'esercizio del citato potere, in relazione all'intero *iter* procedimentale di affidamento del contratto pubblico ⁽¹⁵⁾.

I Giudici di secondo grado chiariscono che anche con riguardo alle procedure volte all'affidamento di contratti pubblici, il potere di annullamento pu  esplicarsi parzialmente, non coinvolgendo necessariamente atti diversi da quello viziato.

In tal senso, del resto, depongono non solo la generale ed uniforme applicazione dei principi in materia di autotutela - con effetti anche parziali -, ma pure l'indiscussa operativit , in tutti i settori dell'ordinamento, dei principi di conservazione degli atti giuridici e di divieto di aggravamento del procedimento.

Non di meno, con precipuo riferimento ai vizi concernenti l'ammissione o l'esclusione di uno dei concorrenti alla gara, le limitazioni all'operativit  del potere di annullamento parziale rinvencono, necessariamente, dal metodo selettivo del contraente che l'amministrazione abbia ritenuto di adottare.

In particolare, laddove la stazione appaltante si sia avvalsa di procedure caratterizzate da considerevoli margini discrezionali di apprezzamento delle offerte, con valutazioni legate anche al pregio tecnico (licitazione privata con il metodo dell'offerta economicamente pi  vantaggiosa, ovvero di appalto concorso), l'eventuale salvezza degli atti di gara pregressi a quello inficiato dal vizio, dovr  misurarsi con i principi di imparzialit  e *par condicio* tra i concorrenti, che governano le pubbliche gare.

In particolare, la necessit  di riammettere alla gara il concorrente illegittimamente escluso dar  luogo alla rinnovazione dell'intera procedura, sin dal momento di presentazione delle offerte, laddove la commissione di gara abbia gi  valutato, o anche solo preso cognizione, delle offerte presentate dagli altri concorrenti.

Diversamente, infatti, si rischierebbe di vulnerare irrimediabilmente i citati principi che impongono, nell'ambito di dette procedure di aggiudicazione, una indefettibile valutazione simultanea delle offerte presentate ⁽¹⁶⁾.

Viceversa, allorquando la stazione appaltante selezioni il contraente avvalendosi di procedure meccaniche, l'eventuale riammissione alla gara del concorrente escluso non dovr  comportare necessariamente la rinnovazione della procedura *ab initio*.

I criteri oggettivi e vincolati di valutazione dell'offerta, infatti, impediscono che la conoscenza anticipata delle altre offerte possa incrinare i principi di *par condicio* ed imparzialit .

Pu  quindi rilevarsi che nell'ambito delle gare per l'affidamento di contratti pubblici, l'annullamento parziale della sola aggiudicazione, senza il travolgimento della fase di presentazione delle offerte,   possibile nella misura in cui non risultino compromessi i principi regolatori della materia.

La non intervenuta cognizione delle offerte da parte della commissione, pertanto, nelle procedure di scelta permeate di elementi discrezionali rappresenta il limite all'esplicazione del potere di autoannullamento parziale.

Viceversa, nelle procedure di aggiudicazione "meccaniche", il provvedimento di autotutela parziale pu  normalmente intervenire anche oltre tale momento, nei limiti in cui l'amministrazione agisca rispettando determinati parametri di garanzia, la cui violazione comporta - anche in questo caso - la necessit  di rinnovare la gara nella sua interezza.

Modalit  di esercizio della potest  di autoannullamento parziale nelle procedure di aggiudicazione automatiche

In proposito, la decisione sottolinea la necessità che " *l'autotutela relativa alle procedure di aggiudicazione deve svolgersi (...) secondo modalità coerenti con le regole sostanziali che governano le singole fasi di aggiudicazione.* " Si delinea quindi un vero e proprio rapporto di simmetria procedimentale tra l'aggiudicazione ed il relativo *contrarius actus* , ovvero il relativo annullamento in sede di autotutela ⁽¹⁷⁾.

Più specificamente, la decisione distingue tra vizi procedimentali che " *non intaccano gli accertamenti materiali compiuti dal seggio di gara* ", quali meri errori di calcolo o di interpretazione di norme; e vizi relativi all'operato della commissione, che riguardino " *le descrizioni di operazioni materiali o gli accertamenti di fatti storici* ", come era accaduto nel caso di specie.

Nel primo caso la possibilità di depurare il procedimento dal vizio occorso, senza ulteriori conseguenze sugli atti di gara pregressi, può concretizzarsi rispettando i tradizionali parametri di corretta estrinsecazione del potere di autotutela ai sensi della [legge n. 241/90](#) .

Nel secondo caso, invece, la conservazione degli atti antecedenti a quello viziato è possibile solo laddove siano rispettate alcune stringenti regole, in particolare allorquando si proceda ad una verifica "postuma" dei documenti presentati congiuntamente all'offerta.

Tali regole sono sintetizzate nella decisione in tre punti fondamentali che, laddove non rispettati -come nel caso di specie- condannano il provvedimento ad una declaratoria di illegittimità, con conseguente accoglimento dell'appello.

1) Anzitutto è necessario che tutta la documentazione concernente le singole offerte sia conservata in modo da impedirne l'alterazione. Non è pertanto sufficiente che, in sede di ripetizione della gara, la commissione attesti che gli atti concernenti le offerte risultino conservati in modo che solo i componenti del seggio di gara possano averne cognizione, essendo invece necessario che subito dopo il termine delle operazioni di gara siano state specificate " *le modalità di conservazione delle offerte e dei documenti allegati, specificando se le buste sono state nuovamente richiuse con accorgimenti adeguati* ".

2) È poi necessario che l'accertamento materiale destinato a stimolare il potere di riesame dell'amministrazione avvenga in presenza di tutti i componenti del seggio, nonché con la partecipazione di tutti i soggetti interessati, ed in special modo dell'originario aggiudicatario. Infatti la presenza di quest'ultimo da un lato garantisce la tutela di un legittimo interesse privato, dall'altro - mediamente - costituisce un presidio in difesa dell'interesse pubblico al corretto espletamento della gara.

3) La decisione tratteggia infine, in capo all'amministrazione che proceda al riesame, un ulteriore obbligo -complementare al primo- in forza del quale l'organo procedente deve dare esaustivamente conto, in contraddittorio con i soggetti interessati, " *delle effettive condizioni di conservazione delle singole offerte, specificando se le buste risultano aperte o adeguatamente richiuse* ".

⁽¹⁾ Sul vizio di nullità, piuttosto che di inesistenza, dell'atto d'appello notificato presso la segreteria del T.A.R., piuttosto che nel domicilio eletto in primo grado, si vedano anche Cons. Giust. Amm. Sicilia, 28 marzo 1991, n. 217, in Cons. Stato 1991, I, 1062; nonché Cons. di Stato sez. V, 4 novembre 1994, n. 1257, in Giur. it. 1995, III, 1, 483.

Si veda infine Cass. Civ. Sez. II, 26 novembre 1998, n. 12002, in Giust. civ. Mass. 1998, 2463, che, nel distinguere le notificazioni nulle da quelle inesistenti, e nel ricomprendere nella prima categoria quelle effettuate in luogo o a persone diverse da quelle prescritte, aggiunge che deve comunque trattarsi di luoghi o persone "diverse da quelle stabilite dalla legge ma che abbiano pur sempre un qualche riferimento col destinatario". (nel caso di specie la notifica doveva ritenersi inesistente perché effettuata presso un procuratore domiciliatario cancellato dall'albo degli avvocati già nel corso del giudizio di primo grado).

⁽²⁾ In questo senso si veda Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 1982, n. 306, in Foro Amm. 1982, I, 693, secondo cui la consumazione dell'impugnazione costituisce generale applicazione del principio in base al quale l'impugnazione parziale comporta acquiescenza delle parti alla sentenza non impugnata. Pertanto, non è possibile un ulteriore appello anche se contenente motivi aggiunti e anche se il termine non sia ancora decorso, salvo il caso che tale riproposizione non

costituisca tempestiva rinnovazione di un atto nullo, e sempre che non sia intervenuta una declaratoria di inammissibilità o improcedibilità.

⁽³⁾ Cass. Civ. Sez. Lav., 23 gennaio 1998, n. 643; in Foro It. 1998, I, 2942.

⁽⁴⁾ Il principio era stato ancora di recente ribadito con decisione della stessa Sezione, n. 1146, 31 luglio 1998, n.1146; in Foro Amm. 1998, 2087.

⁽⁵⁾ Così anche T.A.R. Sicilia, Sez. I, Palermo, 7 gennaio 1997, n. 8, in Foro Amm. 1997, 2130.

⁽⁶⁾ Con espresso riferimento ad un precedente della Sezione circa gli effetti del provvedimento di autotutela sulla intervenuta stipulazione contrattuale si veda la decisione del 25 maggio 1998, n. 677, in Foro Amm. 1998, 1442. Più in generale, circa il potere di autotutela nella materia che qui interessa si vedano da ultimo le decisioni della V Sezione del 22 gennaio 1999 n. 50, in Foro Amm. 1999, 87; 13 gennaio 1999, n. 22 in questa Rivista (nota di C. Mucio) ; 24 ottobre 1996, 1263 in Giur. bollettino legisl. tecnica 1997, 4036. V. in materia L. Valla, Autotutela della P.A. ed eccessiva onerosità dell'offerta, in questa Rivista, 1998, 64.

⁽⁷⁾ Con riferimento ad una particolare ipotesi di revoca dell'aggiudicazione di un contratto si veda Cons. Stato, Sez. V, 17 febbraio 2000 n. 672, in questo numero, Osservatorio amministrativo .

⁽⁸⁾ Sull'esperibilità del potere di autotutela con atto "congruamente motivato", anche a fronte dell'intervenuta stipulazione contrattuale, si veda Cons. Stato Sez. VI, 9 novembre 1994, n. 1597, in Foro Amm. 1994, fasc. 11.

⁽⁹⁾ T.A.R. Piemonte Sez. II, 24 settembre 1997, n. 473; in Ragiusan 1998, fasc. 5, 103.

⁽¹⁰⁾ T.A.R. Sardegna 13 febbraio 1996, n. 288, in T.A.R. 1996, I, 1681.

⁽¹¹⁾ Sulla necessità del rispetto della disciplina relativa agli obblighi di comunicazione dell'avvio del procedimento e di partecipazione allo stesso, la Sezione si è espressa con la decisione n. 560 del 26 maggio 1997; in Foro Amm. 1997, 1403.

⁽¹²⁾ Già prima dell'entrata in vigore della Legge sul procedimento, la giurisprudenza aveva manifestato la necessità di assolvere adeguatamente gli oneri istruttori prima di procedere all'annullamento di un provvedimento in sede di autotutela, si veda sul punto Cons. Stato Sez. V, 30 marzo 1988, n. 182; in Cons Stato 1988, I, 303.

⁽¹³⁾ Sul punto si veda Fontanazza F., La gara d'appalto dei lavori pubblici, Milano 1999, 211 e ss.

⁽¹⁴⁾ Con riferimento ad una fattispecie pressoché analoga a quella che qui interessa, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia (n. 138 del 12 aprile 1995, in Foro Amm., 1995, 1301) ha chiarito che "È proprio il momento della formale chiusura della gara che segna il discrimine tra la competenza dell'organo straordinario commissione di gara e gli organi ordinari della amministrazione appaltante (...). Di conseguenza l'annullamento in corso di gara di un'aggiudicazione effettuata su presupposti erronei e l'affermazione di una nuova aggiudicazione sulla base dei presupposti risultati esatti rientrava indubbiamente nella competenza della commissione di gara". Peraltro, nel caso di specie, tanto l'erronea aggiudicazione che quella rinnovata erano avvenute non solo antecedentemente alla chiusura della gara, ma "nell'arco della stessa mattina". Sul punto si veda anche, in senso conforme, T.A.R. Sicilia Sez. I, Catania, 4 novembre 1997, n. 2245, in Giust. amm. siciliana, 1998, 244.

⁽¹⁵⁾ Per un'impostazione contraria alla possibilità di procedere a rinnovare solo parzialmente gli atti di gara, si veda T.A.R. Abruzzo Sez. L'Aquila, 19 gennaio 1998, n. 92, in Foro Amm. 1998, fasc. 10 che, pur ammettendo l'esercizio del potere di autotutela nell'ambito di una gara pubblica, ritiene che la riapertura di una gara già confluita in un'aggiudicazione sostanzialmente un provvedimento "anomalo". Nel medesimo senso anche T.A.R. Campania sez. I Napoli, 5 maggio 1997, n.1169; in Foro Amm. 1998, 547.

Viceversa, già con decisione del 25 maggio 1998, n. 677, in Foro Amm. 1998, 1442, la V Sezione del Consiglio di Stato, esaminando una fattispecie nella quale una delle offerte era andata irrimediabilmente smarrita per cui legittimamente l'amministrazione aveva proceduto all'annullamento dell'intera gara, chiariva che l'annullamento della sola fase di presentazione delle offerte sarebbe stata possibile "se la p.a. avesse tempestivamente rinvenuto l'offerta smarrita".

⁽¹⁶⁾ Si veda sul punto Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 1998, n. 1668, in questa Rivista, n. 4/99, p. 400 e ss, (con nota di M. Locati). Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'amministrazione potesse legittimamente rinnovare la sola fase di aggiudicazione di una gara svolta con il metodo dell'appalto concorso. La decisione, di portata apparentemente dirompente, trova parziale spiegazione nella peculiarità della vicenda decisa. In particolare, con una

statuizione giurisdizionale confermata anche in secondo grado, era stata annullata l'aggiudicazione di un appalto. A fronte delle doglianze del ricorrente che deduceva profili di illegittimità relativi a tutti i subcriteri di aggiudicazione, il Giudice amministrativo annullava l'aggiudicazione per illegittimità di soli due subcriteri (su otto) di valutazione dell'offerta, ritenuti eccessivamente generici. Riformulati detti due criteri, l'amministrazione procedeva alla sola rinnovazione della fase di valutazione delle offerte, anche in considerazione del fatto che le statuizioni giurisdizionali non disponevano espressamente la rinnovazione della gara ab initio. Un concorrente alla gara ricorreva nuovamente avverso l'aggiudicazione assumendo l'illegittimità della rinnovazione parziale. Il Consiglio di Stato, riformando la pronuncia del Giudice di primo grado, pronuncia una decisione espressamente legata al rilievo che i due parametri di valutazione riformulati, in sede di seconda aggiudicazione, sarebbero stati presumibilmente inidonei a stravolgere la valutazione delle offerte. "La rivalutazione delle stesse offerte già presentate in base a criteri annullati, ma riformulati conformemente al giudicato, dunque, non può risultare a priori viziata, inserendosi in una procedura nel complesso da presumere corretta; la conoscenza delle offerte rispetto alla riformulazione dei detti criteri, pertanto, provoca una riduzione, solo potenziale, dell'imparzialità inferiore al sicuro nocimento alla buona amministrazione che deriverebbe dal porre nel nulla l'intera procedura".

⁽¹⁷⁾ Circa la necessità che il potere di riesame si eserciti, per esigenze di trasparenza, con le medesime forme di pubblicità seguite per l'adozione dell'atto da "riesaminare o correggere in via di autotutela", si veda T.A.R. Campania, Sez. Napoli, 5 maggio 1997, n. 1169; in Foro Amm. 1998, 547.

AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA E POTERE DI AUTOTUTELA DELLA P.A.

Baldi Matteo

T.A.R. Lombardia Milano Sez. III Sent., 19 aprile 2007, n. 1874

Sommario: [L'aggiudicazione provvisoria e definitiva](#) - [Revoca e annullamento](#) - [Autotutela e procedimento di gara](#) - [Autotutela per ragioni economiche o finanziarie e responsabilità precontrattuale](#) - [Il danno risarcibile](#) - [La clausola di sponsorizzazione](#)

La complessa controversia si articola su cinque atti di gravame - il ricorso principale e quattro ricorsi per motivi aggiunti - con i quali sono stati impugnati tutti gli atti della sequenza procedimentale seguita dall'amministrazione nella gara d'appalto per l'affidamento del servizio di tesoreria.

Dopo l'espletamento della gara la p.a. decideva di non procedere all'aggiudicazione del servizio di tesoreria, annullando gli atti di gara posti in essere, e decideva l'indizione di nuova procedura, con indicazione di criteri per il relativo bando, che pure veniva impugnato unitamente agli atti di autotutela.

Veniva quindi impugnata, con ulteriore ricorso per motivi aggiunti, l'aggiudicazione della nuova gara d'appalto per il servizio di tesoreria in favore del controinteressato.

La prima procedura di gara, indetta sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, stabiliva l'attribuzione di 60 punti destinati all'offerta economica e 40 all'offerta tecnica.

Nell'ambito della valutazione dell'offerta tecnica la *lex specialis* stabiliva poi, in particolare, che si tenesse conto sia delle modalità tecnico organizzative di espletamento del servizio (numero e vicinanza delle agenzie, strumenti informatici, numero di dipendenti, soluzioni di *remote banking*) sia della implementazione e innovazione dei servizi, ambito quest'ultimo nel quale rientrava anche la previsione di un «intervento finanziario annuo e/o servizi finalizzati ad interventi a sostegno dell'attività istituzionale».

Tali ultime disposizioni introducevano in sostanza la clausola di sponsorizzazione, ricorrente con una certa frequenza nelle procedure di gara concernenti il servizio di tesoreria. Nella previsione procedurale la sponsorizzazione era valutata nell'ambito dell'offerta tecnica, concorrendo quindi all'attribuzione dei 40 punti disponibili.

L'amministrazione stabiliva di non aggiudicare in via definitiva la gara, preannunciando altresì la successiva adozione di atti di ritiro in autotutela per la rimozione dell'attività posta in essere fino a quel momento, sulla base della motivazione, ritenuta adeguata dai giudici milanesi, della non rispondenza della gara, così come svoltasi, all'interesse dell'amministrazione, sul rilievo che l'offerta dell'aggiudicataria provvisoria risultava sul piano economico assai meno conveniente per l'amministrazione rispetto all'offerta concorrente e addirittura peggiorativa delle condizioni del rapporto di tesoreria in atto.

L'aggiudicazione provvisoria e definitiva

Fino all'entrata in vigore del *D.Lgs. n. 163 del 2006* l'aggiudicazione provvisoria, quale atto terminale del subprocedimento di selezione dell'offerta migliore non era normativamente prevista, risultando un istituto introdotto dalla prassi e variamente regolato dagli ordinamenti delle singole amministrazioni.

Il combinato disposto degli artt. 11, comma 4, e 12, comma 1 ⁽¹⁾ del Codice ha comportato una previsione espressa dell'istituto, configurando la selezione della migliore offerta quale atto provvisorio, che deve essere sottoposto a verifica obbligatoria. Il controllo dell'aggiudicazione provvisoria, infatti, è affidato ad un organo diverso da quello che l'ha dichiarata, organo che è individuato da «l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, ...».

Nel regime previgente un costante orientamento giurisprudenziale qualificava il verbale di aggiudicazione provvisoria atto endoprocedimentale, privo di immediata capacità lesiva, in quanto contenente una mera proposta di aggiudicazione, con conseguente non necessità di impugnativa ⁽²⁾.

Rispetto all'aggiudicazione provvisoria, quella definitiva non è atto meramente confermativo o esecutivo, ma atto che, anche quando recepisce *in toto* i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, chiude la fase pubblicistica della gara ed accerta l'idoneità dell'offerta sulla base di predeterminati elementi oggettivi, comportando comunque, un'autonoma valutazione. Da tale configurazione consegue la necessità di un'autonoma impugnazione ⁽³⁾ dell'aggiudicazione definitiva, mentre l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria può essere differita al momento in cui si ricorre contro l'aggiudicazione definitiva, per cui il *dies a quo* per ricorrere contro l'aggiudicazione provvisoria decorre dalla piena conoscenza di quella definitiva ⁽⁴⁾ e in sede di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva potranno farsi valere anche i vizi propri di quella provvisoria.

Attualmente l'aggiudicazione definitiva è disciplinata dall'art. 11 del Codice, che tuttavia al comma 7, nonostante il dichiarato e riconosciuto carattere di definitività, statuisce che l'aggiudicazione «non equivale ad accettazione dell'offerta», risultando necessaria la verifica del possesso dei requisiti prescritti (art. 11, comma 8).

Per cui è stato sostenuto che, trattandosi di aggiudicazione con riserva, subordinata a tale verifica, sarebbe carente nell'aggiudicazione definitiva il carattere negoziale, dato che l'atto costitutivo vero e proprio si ha, in realtà, solo con la successiva stipulazione del contratto ⁽⁵⁾.

La sentenza in commento conferma la natura dell'aggiudicazione provvisoria di atto ad effetti instabili ed interinali, avente natura endoprocedimentale, in quanto adottato nell'ambito del procedimento che è volto all'emanazione del provvedimento finale, l'aggiudicazione definitiva.

In coerenza con tale natura, la decisione di non confermare l'aggiudicazione provvisoria e conseguentemente di non procedere all'aggiudicazione definitiva, viene configurata non quale atto di autotutela decisoria, revoca o annullamento d'ufficio, ma in termini di potere intrinseco al procedimento concorsuale. L'instabilità propria dell'aggiudicazione provvisoria, atto non definitivo e non idoneo a radicare consolidate aspettative, rende quindi legittima la sua caducazione da parte di un atto soprassessorio, che nel caso in esame risulta congruamente motivato sotto il profilo del pubblico interesse ⁽⁶⁾.

Revoca e annullamento

L'annullamento d'ufficio e la revoca hanno in comune la natura di provvedimenti di secondo grado, con i quali si manifesta il potere di autotutela. La revoca si caratterizza come ritiro dell'atto amministrativo per un nuovo apprezzamento delle ragioni di opportunità e di merito in ordine alla sopravvivenza dell'atto, ovvero alla sua modificazione. La revoca è stata

tradizionalmente configurata, in considerazione dell'ampia discrezionalità che la caratterizza, quale atto idoneo ad incidere sui provvedimenti discrezionali.

L'annullamento differisce dalla revoca in quanto preordinato alla rimozione di atti affetti da illegittimità e determina la caducazione dell'atto *ex tunc*.

La distinzione tra revoca e annullamento d'ufficio deve essere accertata sotto il profilo sostanziale caso per caso, sulla base della portata del provvedimento di eliminazione in concreto adottato. Ai fini della configurazione del provvedimento, come sottolineato nella sentenza in commento, non rileva quindi il *nomen juris* adottato, ma piuttosto l'identificazione della portata degli effetti del provvedimento sulla base del suo effettivo contenuto dispositivo ⁽⁷⁾.

Anche il provvedimento di annullamento deve essere sufficientemente motivato in ordine alle ragioni di interesse pubblico, tenuto conto che la discrezionalità dell'Amministrazione è limitata dalla necessaria sussistenza del nesso intrinseco tra il potere di riesame che si vuole esercitare e la presenza di vizi di legittimità nell'atto. Né le ragioni di opportunità da sole né l'esigenza di ripristino della legalità violata legittimano il potere di annullamento, dovendosi procedere ad una comparazione tra l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto e gli interessi privati confliggenti, in particolare quando l'atto da eliminare ha prodotto effetti consolidati nel tempo, dai quali emerge la sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento degli atti ⁽⁸⁾. In dottrina si è a lungo discusso sul presupposto dell'esercizio del potere di revoca, ovvero se si tratti di diversa valutazione delle circostanze esistenti al momento dell'adozione dell'atto oppure se il presupposto sia unicamente identificabile in una sopravvenienza che determina un nuovo apprezzamento dei fatti del pubblico interesse già valutati al momento dell'emanazione dell'atto. In tale ultimo caso si è parlato di revoca impropria, avente efficacia *ex nunc* ⁽⁹⁾, a differenza della revoca «propria» che, in quanto basata su una diversa valutazione, come manifestazione dello *jus poenitendi*, delle stesse circostanze di fatto e del pubblico interesse perseguito con il provvedimento da revocare, avrebbe efficacia *ex tunc*.

In proposito è stato osservato ⁽¹⁰⁾ che la revoca così come l'autoannullamento, presuppone sempre l'esistenza di un interesse pubblico concreto, specifico ed attuale all'eliminazione dell'atto amministrativo o per meglio dire degli effetti dello stesso, in ragione della strumentalità dell'esercizio dei poteri di autotutela, strettamente vincolati allo scopo di assicurare la perenne rispondenza dell'assetto dei rapporti conformati dal provvedimento amministrativo, all'interesse pubblico generale o specifico perseguito dall'amministrazione.

In questo contesto, ciò che appare con particolare evidenza negli atti ad efficacia prolungata o periodica, rispetto ai quali in sostanza la revoca viene ad incidere non sul provvedimento ma sul rapporto, è che il nuovo assetto di interessi determinato dalla revoca, sia che consegua ad una nuova valutazione della situazione di fatto esistente al momento dell'emanazione, sia che rappresenti il frutto di situazioni sopravvenute, non può che avere efficacia *ex nunc*.

Soltanto in questi limiti infatti è possibile assicurare la rispondenza della revoca allo specifico pubblico interesse posto a base della stessa e nel contempo il rispetto dei diritti quesiti della certezza delle situazioni giuridiche, profilo che risulta meritevole di tutela in considerazione della discrezionalità sottesa all'esercizio del potere di revoca, che incide non su un atto illegittimo ma su un atto semplicemente inopportuno ovvero non più opportuno sotto il profilo del pubblico interesse.

La discrezionalità che caratterizza l'esercizio del potere di revoca si riflette anche sulla competenza ad emanare il relativo provvedimento che spetta, trattandosi di atto di amministrazione attiva, alla stessa autorità che ha emanato il provvedimento oggetto di ritiro ovvero all'autorità titolare del potere di amministrazione attiva sui rapporti ai quali si riferisce l'atto da ritirare, anche sopraordinata all'autorità emanante.

Il potere di autotutela peraltro non risultava espressamente disciplinato sino all'entrata in vigore della *L. 11 febbraio 2005, n. 15* che ha modificato la *L. 7 agosto 1990, n. 241*, introducendo nell'ambito del capo IV- *bis*, dedicato all'invalidità ed efficacia degli atti amministrativi, gli artt. 21- *quinquies* e 21- *nonies*, relativi rispettivamente alla revoca ed all'annullamento d'ufficio.

In particolare l'art. 21- *nonies*, in tema di presupposti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, prevede, consacrando l'orientamento giurisprudenziale formatosi sul punto che, oltre la sussistenza di vizi di legittimità, deve appurarsi anche la presenza di ragioni di pubblico interesse. La norma conferma inoltre che l'annullamento deve intervenire entro un termine

ragionevole, previa comparazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, nel rispetto della tutela dell'affidamento nel frattempo formatosi sull'efficacia del provvedimento. La previsione peraltro sembra introdurre la necessità di una nozione di interesse pubblico che supera l'interesse coincidente con l'eliminazione degli atti viziati in funzione del rispetto del principio di legalità, estendendo la necessità della sussistenza di un pubblico interesse specifico, destinata a riflettersi sulla motivazione, anche nei casi in cui, in ragione dell'immediatezza dell'intervento in autotutela rispetto all'emanazione del provvedimento, non si è di fronte a posizioni consolidate.

La tutela del legittimo affidamento del titolare della situazione giuridica lesa dall'atto di revoca, assume rilevanza anche nella disciplina comunitaria, quale espressione del principio di tutela della certezza del diritto ⁽¹¹⁾.

Nel regime previgente, soltanto in alcune ipotesi specifiche l'ordinamento prevedeva l'indennizzabilità in caso di revoca, come in materia di acque pubbliche, gli artt. 51 ss. del T.U. n. 1775 del 1933, per cui non si riteneva sussistente un principio di ordine generale circa la possibilità di indennizzare il privato del sacrificio patrimoniale, sopportato in conseguenza della revoca del provvedimento amministrativo costitutivo di effetti ampliativi della propria sfera giuridica ⁽¹²⁾.

Successivamente anche in mancanza di espresse previsioni normative si è ritenuto dovuto l'indennizzo, in conseguenza del principio generale di tutela dell'affidamento e della cd. responsabilità da atto lecito dell'amministrazione ⁽¹³⁾.

L'art. 21- *quinquies* ha poi imposto l'indennizzo nell'ipotesi in cui la revoca comporti pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, senza specificare i criteri per la quantificazione dell'indennizzo. L'indennizzo rappresenta nella logica del legislatore della [L. n. 15 del 2005](#) un'espressione della tutela dell'affidamento, in quanto il provvedimento di revoca può anche essere il frutto, in assenza di circostanze sopravvenute che inducano ad un diverso appezzamento dell'assetto di interessi conformato dal provvedimento amministrativo, di una diversa valutazione dell'interesse pubblico originario.

La modifica apportata dall'art. 12, comma 4, del D.L. 12 gennaio 2007, n. 7 all' *art. 21-quinquies*, della [L. n. 241 del 1990](#) ⁽¹⁴⁾, ha disciplinato la misura dell'indennizzo nell'ipotesi in cui il provvedimento di revoca incida su rapporti negoziali, stabilendo il ristoro delle sole spese, in ciò sostanziandosi il danno emergente, che il privato contraente abbia sostenuto facendo affidamento sull'efficacia del provvedimento revocato. Resta quindi espressamente esclusa la possibilità di conseguire a titolo di indennizzo anche il ristoro del mancato guadagno. La nuova disciplina dovrebbe quindi applicarsi sia nell'ipotesi di contratto accessivo ad un provvedimento, come nel caso della concessione, sia nell'ipotesi in cui vi sia un nesso di presupposizione tra il contratto e il provvedimento, come nel caso del provvedimento di aggiudicazione e del contratto successivo in tema di appalti.

Tuttavia con riferimento alla concessione deve ritenersi prevalente, in ragione del suo carattere di specialità, trattandosi di norma regolante espressamente e specificamente le conseguenze della revoca della concessione «per motivi di pubblico interesse», l'art. 158 del codice dei contratti pubblici ([D.Lgs. n. 163 del 2006](#)). Tale disposizione prevede un regime indennitario pieno costituito non solo dall'integrale riconoscimento del danno emergente, comprensivo delle «penali ed altri costi sostenuti e da sostenere in conseguenza della risoluzione», ma assegna altresì espressamente «a titolo di mancato guadagno» un indennizzo pari al 10% delle opere da realizzare o del servizio da eseguire ⁽¹⁵⁾.

Peraltro il danno emergente sembra costituire il limite massimo della quantificazione dell'indennizzo, che può essere ulteriormente ridotto in ragione della condotta del privato ⁽¹⁶⁾.

Anche prima della riforma introdotta dal [D.L. 31 gennaio 2007 n. 7](#), in mancanza di espressa disciplina sulla quantificazione dell'indennizzo, si riteneva che trattandosi di responsabilità da atto lecito, non si applicava l'*art. 1223 c.c.*, e la copertura risultava limitata al danno emergente con esclusione di lucro cessante ⁽¹⁷⁾.

Tuttavia poiché una tale limitazione non risulta espressamente prevista nel comma 1 dell'art. 21- *quinquies*, se la revoca concerne esclusivamente un provvedimento e non incide su rapporti negoziali, l'indennizzo, in tale ipotesi, potrebbe anche essere pieno, con conseguente irragionevolezza della disciplina per l'evidente disparità di trattamento.

Tale disparità si evidenzia anche in relazione all' *art. 1, comma 136, della L. 30 dicembre 2004, n. 311* (finanziaria 2005) che, nell'ipotesi ben, più grave di quella di revoca fondata solo sull'inopportunità sopravvenuta, dell'atto di annullamento per illegittimità dell'atto amministrativo presupposto, oltre a prevedere una limitazione temporale ⁽¹⁸⁾, dispone un indennizzo pieno per i privati che hanno stipulato negozi giuridici dipendenti da tale atto, privilegiando la certezza e la stabilità dei rapporti anche a fronte di illegittimità accertate della p.a.

L'indennizzo di cui all'art. 21- *quinquies*, viene inoltre determinato tenuto conto dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, e dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità dell'atto con l'interesse pubblico.

Tale ulteriore limitazione rende aleatorio ed indeterminato l'indennizzo medesimo, correlando lo stesso anche a valutazioni che attengono alla conoscibilità da parte del soggetto interessato della «contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico» ovvero all'«eventuale concorso» dello stesso e persino di altri soggetti, del tutto estranei ed indipendenti, all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico.

L'irragionevolezza della disciplina risiede quindi nell'introduzione di un sistema di interferenza tra scelte attribuite alla discrezionalità esclusiva dell'amministrazione, e la misura dell'indennizzo, che appare disancorata persino dalla diligenza esigibile in astratto dal soggetto interessato, sia nella parte in cui la norma fa riferimento alla mera conoscenza dell'interessato, sia, con maggiore evidenza nel riferimento alla condotta di un terzo incidente sull'erronea valutazione dell'interesse pubblico ⁽¹⁹⁾.

Tale disciplina non appare pienamente compatibile con le norme del Trattato CE regolanti l'esercizio dell'attività di impresa e lo stesso sistema di concorrenza.

La Corte di Giustizia ha ritenuto che norme suscettibili di ostacolare l'esercizio dell'attività di impresa in uno stato membro dell'Unione Europea si pongono in contrasto con l'art. 43 del Trattato CE e che tale violazione è sussistente in presenza di qualunque norma porti al medesimo risultato ⁽²⁰⁾. L'art. 43 del Trattato CE vieta restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini e delle imprese di uno stato membro nel territorio di un altro stato membro, ma è stato costantemente interpretato dalla Corte di Giustizia come norma di ordine generale che impone a ciascuno Stato membro l'obbligo di garantire a ciascuna impresa operante nel proprio territorio di esercitare la propria attività imprenditoriale senza ostacoli, intralci ovvero senza subire misure restrittive e/o coercitive.

Le previsioni introdotte con il *D.L. n. 7 del 2007*, si pongono in contrasto con il principio della certezza del diritto laddove - per quanto attiene ai profili di quantificazione dell'indennizzo - non consentendo «agli interessati di conoscere i propri diritti ed obblighi in modo chiaro e preciso» ⁽²¹⁾, incidendo indirettamente, anche sulla libera prestazione dei servizi (art. 49 del Trattato CE) e dei capitali, tutelata dall'art. 56 del Trattato CE, per ragioni riconducibili più che all'interesse pubblico, a profili di convenienza economica per lo Stato italiano che - per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia CE - non possono «costituire un motivo di interesse pubblico che giustifichi una restrizione ad una libertà fondamentale garantita dal Trattato» ⁽²²⁾.

Autotutela e procedimento di gara

L'istituto della revoca ha trovato applicazione anche nel campo degli appalti, in cui si è spesso fatto ricorso alla revoca dell'aggiudicazione e degli atti della relativa procedura, anche dopo la stipulazione del contratto.

A differenza dei casi in cui la revoca incide unicamente su un provvedimento, in materia di procedura di gara, preordinata alla stipulazione di un contratto, viene in considerazione la stretta connessione con posizioni di diritto soggettivo.

In proposito infatti rileva l'impegno *de contraendo* che si assume la p.a. che abbia dato avvio alla gara per l'aggiudicazione di un contratto, cui consegue l'insorgenza in capo all'Amministrazione dell'obbligo di proseguire l'*iter* in tutte le successive sequenze, fino alla definizione.

Tuttavia, non essendosi ancora perfezionato un vincolo contrattuale, l'amministrazione, potrebbe sempre, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, decidere di non procedere all'aggiudicazione.

In tema di contratti della pubblica amministrazione la potestà di non procedere all'aggiudicazione, in presenza di concrete ragioni di pubblico interesse, è stata generalmente considerata principio di carattere generale, in base a quanto previsto dall' *art. 113, del R.D. 23 maggio 1924, n. 827*, applicabile non solo all'Amministrazione dello Stato ma ad ogni pubblica amministrazione ⁽²³⁾.

Nei contratti della pubblica Amministrazione l'aggiudicazione, in quanto atto conclusivo del procedimento di individuazione del contraente, segna di norma il momento dell'incontro della volontà dell'Amministrazione di concludere il contratto e della volontà del privato manifestata con l'offerta giudicata migliore e determina la costituzione del diritto soggettivo dell'aggiudicatario nei confronti della stessa p.a.

La preordinazione della sequenza procedimentale alla stipulazione del contratto non esclude la possibilità per l'amministrazione di procedere, con atto successivo, adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio dell'aggiudicazione ovvero alla non approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, allorché sussistano situazioni che obiettivamente ne impediscano la conclusione.

In presenza di uno specifico interesse pubblico concreto ed attuale in giurisprudenza è stato sempre riconosciuto il potere di autotutela dell'amministrazione - sia sotto il profilo della revoca che dell'annullamento della gara - anche qualora vi sia già stata l'aggiudicazione ⁽²⁴⁾.

Anche per ciò che concerne in particolare il potere di annullamento, l'obbligo di motivazione rappresenta il fondamentale elemento di riscontro del corretto esercizio della relativa pubblica potestà.

Pertanto l'annullamento di un procedimento di gara mediante esercizio del potere di autotutela deve essere sorretto da adeguata motivazione in ordine alla natura delle anomalie riscontrate, alla gravità delle stesse, alla loro incidenza sul procedimento di gara e, soprattutto, circa la sussistenza di specifici vizi di legittimità che lo rendano necessario ⁽²⁵⁾.

Inoltre il potere di annullamento in relazione a procedure di gara va esercitato in misura proporzionale, nel rispetto del principio della conservazione, ciò che implica l'annullamento e la conseguente rinnovazione parziale del procedimento soltanto in relazione agli atti del procedimento che risultano viziati, mantenendosi validi ed efficaci gli atti anteriori, rispetto ai quali non sussistano profili di illegittimità ⁽²⁶⁾.

L'obbligo della motivazione assume tuttavia una diversa consistenza in considerazione della fase procedimentale più o meno avanzata, ed in ragione del diverso spessore delle situazioni giuridiche soggettive implicate, risultando più o meno intenso il grado di tutela in relazione al consolidamento delle posizioni connesse all'aggiudicazione provvisoria o definitiva.

Tale obbligo motivazionale risulta quindi attenuato con riferimento all'attualità dell'interesse pubblico allorché l'atto di annullamento d'ufficio ovvero la revoca abbia ad oggetto l'aggiudicazione provvisoria, ovvero si attui attraverso la non approvazione degli atti di gara e del relativo verbale, in applicazione del principio che in materia di pubbliche gare lo svolgimento della procedura non implica la necessità della stipulazione del contratto se questo non è più considerato conforme all'interesse pubblico.

Pertanto l'annullamento d'ufficio di una gara di appalto prima dell'aggiudicazione definitiva non richiede una specifica motivazione sull'interesse pubblico, giustificandosi ex se in base alla sola riscontrata e dichiarata esistenza di vizi di legittimità, in difetto di qualsiasi effetto di consolidamento dei risultati della gara.

È infatti applicabile anche all'annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione, il principio consolidato in giurisprudenza amministrativa, in virtù del quale in tema di annullamento d'ufficio di un atto illegittimo non è richiesta alcuna particolare motivazione quando l'atto da annullare, come è avvenuto nel caso di specie, è recente e non ha dato luogo a situazioni consolidate ⁽²⁷⁾. Soltanto nell'ipotesi di annullamento di un'aggiudicazione a distanza di tempo, si deve dar conto sia della sussistenza di un pubblico interesse concreto ed attuale sia della sua prevalenza rispetto al consolidato affidamento dell'aggiudicatario alla conservazione degli effetti favorevoli ⁽²⁸⁾.

Inoltre l'amministrazione anche in assenza di una specifica norma, sia per ragioni di legittimità che di interesse pubblico, quali ad es. il venire meno del finanziamento, o l'indisponibilità in via definitiva dell'area di sedime, può stabilire di negare l'approvazione e di revocare gli atti della procedura ⁽²⁹⁾.

La sentenza in commento sottolinea l'idoneità delle ragioni di carattere finanziario a supportare la revoca, anche in considerazione della mancanza di un radicato affidamento, in conseguenza della provvisorietà e instabilità degli atti ritirati (svolgimento della gara sino all'aggiudicazione provvisoria).

Con l'entrata in vigore del *D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163* tale principio risulta codificato all'art. 81 ultimo comma ⁽³⁰⁾, consentendo espressamente all'amministrazione di non procedere all'aggiudicazione anche in presenza di un'offerta formalmente valida, e che sia, comparata alle altre in gara, la migliore di quelle presentate, se in concreto risulta non essere conveniente o appropriata.

Pertanto, poiché si è di fronte all'esercizio di un potere amministrativo, caratterizzato da ampi margini di valutazione discrezionale, vale sempre il rispetto dei principi generali del procedimento, fra i quali l'obbligo di una adeguata istruttoria e di una motivazione che dia sufficiente conto delle concrete ragioni della decisione negativa e della valutazione degli affidamenti suscitati nel concorrente, destinatario dell'atto ⁽³¹⁾.

La necessità di fornire ampia giustificazione in merito alle ragioni che inducono l'amministrazione a non procedere all'aggiudicazione, è stata confermata anche in presenza di una clausola del bando di gara in cui la stazione appaltante si riserva la facoltà di non aggiudicare l'appalto, seppure in tal caso nessun comportamento lesivo dell'affidamento dei partecipanti è contestabile alla stazione appaltante, che ha dichiarato con chiarezza nella *lex specialis* della gara il possibile esercizio della facoltà di non aggiudicare l'appalto al ricorrere di determinate condizioni poi verificatesi ⁽³²⁾.

Con la disposizione di cui all'art. 81 del Codice l'obbligo di motivazione risulta attenuato, in quanto appare sufficiente che l'Amministrazione, nell'adozione del provvedimento contenente la dichiarazione di non voler aggiudicare la gara pur a fronte di offerta valida, dia conto della mancanza della convenienza e/o dell'idoneità dell'offerta medesima in relazione all'oggetto dell'appalto ⁽³³⁾.

In sostanza il potere della pubblica Amministrazione di caducare gli atti della procedura di gara può ritenersi immanente alla procedura stessa, sia in presenza di riscontrate illegittimità inficianti lo svolgimento della procedura, ipotesi tipica di annullamento d'ufficio, sia nel caso in cui sopravvengano circostanze che rivelino il mutamento dell'interesse pubblico all'espletamento della gara, ciò che costituisce presupposto dell'esercizio della revoca della selezione, fermo restando l'obbligo di puntuale ed accurata motivazione di tale sopraggiunto mutamento.

In questi casi il sindacato del g.a. si estende ai comportamenti dell'amministrazione, per valutarne la rispondenza alle regole di correttezza e di buona fede di cui *all'art. 1337 del c.c.*, ovvero se possano configurarsi quali fatti generatori di responsabilità precontrattuale.

In base all'*art. 6 della L. n. 205 del 2000*, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione, secondo il diritto comune, degli affidamenti suscitati nel privato dagli effetti vantaggiosi, identificati non solo nell'aggiudicazione del contratto ma anche nell'ammissione alla procedura, venuti meno in conseguenza della caducazione degli atti della fase pubblicistica ⁽³⁴⁾.

Nell'ipotesi invece in cui il provvedimento in autotutela incida su un rapporto contrattuale già costituito con la stipulazione del contratto, si è al di fuori della giurisdizione amministrativa esclusiva, che attiene alle controversie relative all'affidamento sino all'aggiudicazione e non anche quelle comunque attinenti ai rapporti riguardanti un servizio già affidato ⁽³⁵⁾.

Autotutela per ragioni economiche o finanziarie e responsabilità precontrattuale

Quanto ai presupposti della revoca o dell'autoannullamento incidenti su procedure di selezione dei contraenti, per consolidato orientamento giurisprudenziale ragioni di carattere finanziario sono idonee a supportare un provvedimento diretto ad eliminare l'aggiudicazione medesima.

L'annullamento potrebbe essere disposto anche sulla base di una carenza nell'istruttoria precedente il bando, ed in particolare sugli elementi economici e tecnici poi trasfusi nel bando, con l'effetto di rendere l'aggiudicazione troppo onerosa per l'Amministrazione ⁽³⁶⁾.

Un'ipotesi del genere potrebbe ravvisarsi nella fattispecie in esame, pur avendo il Tribunale escluso profili di illegittimità, caratterizzanti l'annullamento, avendo ravvisato nella delibera di ritiro, al di là del *nomen juris*, un prevalente aspetto di rispondenza all'interesse pubblico.

Infatti gli elementi che hanno indotto a considerare l'offerta risultata prima in graduatoria non conveniente economicamente per l'amministrazione, erano legati alle modalità di distribuzione dei punteggi collegate al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per cui sarebbero potuti emergere (soprattutto con riguardo al risultato economico peggiorativo rispetto alle condizioni del rapporto di tesoreria in essere), sulla base di un'approfondita istruttoria precedente l'emanazione del bando.

Se specifiche ragioni di interesse pubblico possono consentire la revoca dell'aggiudicazione di un appalto, a maggior ragione deve riconoscersi che l'amministrazione è legittimata a negare l'aggiudicazione definitiva quando non sarebbe possibile l'assunzione dell'impegno di spesa.

Gli stessi presupposti giustificano la mancata aggiudicazione di un appalto nei confronti dell'impresa che risulti dal giudizio della commissione, aver presentato l'offerta economicamente e tecnicamente migliore, ove il provvedimento stesso sia motivato con riferimento ad obiettive difficoltà di copertura finanziaria della spesa, il cui ammontare è risultato eccedente i limiti compatibili con concorrenti spese stanziare in bilancio ⁽³⁷⁾.

L'indisponibilità dei fondi necessari costituisce una motivazione congrua ed esaustiva idonea a sorreggere di per sé il provvedimento di autotutela, in applicazione anche del principio generale di contabilità pubblica di cui [all'art. 81 della Costituzione](#), che esige l'adeguata copertura finanziaria per i provvedimenti comportanti una spesa.

In sostanza in assenza della necessaria copertura finanziaria, la stessa determinazione di indire la gara, si configura illegittima, con conseguente necessità per l'amministrazione di ricorrere all'annullamento in via di autotutela ⁽³⁸⁾.

Pertanto, quando vi siano ragioni di carattere finanziario ostative all'aggiudicazione, si ha una sostanziale restrizione dell'ambito di discrezionalità tipico dell'autotutela, per la prevalente considerazione dell'equilibrio di spesa e del principio di copertura finanziaria degli atti, per cui la mancanza di fondi costituisce una circostanza oggettivamente impeditiva della realizzazione dell'opera ⁽³⁹⁾.

La sentenza in commento peraltro si pone nel solco di un orientamento giurisprudenziale formatosi sulla questione specifica, che considera l'eccessiva onerosità del prezzo indicato nell'offerta dell'impresa risultata aggiudicataria in una gara d'appalto, di per sé grave motivo di interesse pubblico, idoneo a giustificare il diniego di approvazione dell'aggiudicazione ⁽⁴⁰⁾.

Poiché l'esercizio della revoca caducatoria dell'aggiudicazione e degli altri atti del procedimento incide in una materia in cui vi è un'interferenza tra interessi legittimi e diritti soggettivi, deve conciliarsi con la tutela dell'affidamento suscitato nell'impresa miglior offerente, circa la posizione di affidataria del contratto e - ad aggiudicazione intervenuta - sulla disponibilità di un titolo abilitante alla stipula del contratto stesso.

L'interferenza tra l'esercizio della potestà pubblicistica e l'attività di carattere negoziale, implica che la piena libertà dell'Amministrazione di non dare corso all'aggiudicazione con la stipula del contratto non esenta tuttavia quest'ultima dai profili di responsabilità precontrattuale. Ai sensi [dell'art. 1337 c.c.](#), la responsabilità precontrattuale si configura quando si verifica un'ingiustificata e arbitraria interruzione delle trattative dirette alla conclusione del contratto, ovvero l'ingiustificato rifiuto di stipulare il contratto stesso, o ancora la procedura non sia stata condotta in tutte le sue fasi nel rispetto della buona fede, in modo tale da ledere l'incolpevole affidamento che il concorrente abbia riposto nell'osservanza delle regole di correttezza e di buona fede ⁽⁴¹⁾.

Se la discrezionalità dell'Amministrazione sul punto resta insindacabile, le conseguenze dell'esercizio della discrezionalità, *rectius*, dei presupposti che la giustificano, rilevano sotto il diverso profilo del rispetto dei principi di correttezza e buona fede - alla cui puntuale osservanza è tenuta anche la p.a. nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti [dall'art. 2043 c.c.](#) - e nella contestuale tutela dell'affidamento ingenerato nel privato ⁽⁴²⁾.



Il rispetto dei principi di correttezza e buona fede vale quindi anche in presenza di un esercizio legittimo dello *jus poenitendi* dell'amministrazione, incidente nella fase prenegoziale della procedura di gara, sotto il profilo della responsabilità precontrattuale. In sostanza la violazione dell'affidamento, quale fatto illecito fonte della responsabilità non è collegata all'esercizio dell'autotutela in sé, ma piuttosto ai presupposti di tale esercizio, sotto il profilo della negligenza nella considerazione degli elementi, di fatto o di diritto, sulla base dei quali è stata indetta la procedura.

Secondo una pronuncia, viene infatti in considerazione la cd. responsabilità da «contatto» prenegoziale, realizzatosi con l'attivazione della procedura di gara preordinata all'individuazione del privato contraente ⁽⁴³⁾.

In questa prospettiva la misura della diligenza richiesta alla p.a., risulterebbe definita dalle regole che governano il procedimento amministrativo, per cui la violazione di dette regole oltre ad esprimere anche l'indice, quanto meno presuntivo, della colpa del soggetto pubblico, ai fini della responsabilità contrattuale si traduce nella illegittimità dell'atto, salva l'ipotesi in cui «la violazione della regola è derivata da vicende estranee al normale limite di esigibilità imposto al soggetto pubblico secondo i parametri generali desumibili dal sistema» ⁽⁴⁴⁾.

Nella diversa prospettiva della restrizione della discrezionalità, quando l'autotutela si fonda su ragioni di carattere finanziario, la tutela delle posizioni del privato si attua esclusivamente sul piano risarcitorio, attraverso la verifica del rispetto dei principi di correttezza e buona fede, soprattutto sotto il profilo del dovere di informazione, inteso come attuazione del principio che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede anche nelle attività precontrattuali ovvero dell'obbligo di comunicazione ex art. 7 L. n. 241/1990, sul presupposto che la revoca è disposta per ragioni estranee alla procedura di aggiudicazione, non prevedibili da parte del concorrente privato, a seguito di un procedimento di secondo grado distinto da quello di aggiudicazione ⁽⁴⁵⁾.

In sostanza mentre l'autotutela, in forma di annullamento o revoca dell'attività autoritativa, resta a presidio delle regole dettate nell'interesse pubblico anche nelle procedure di selezione del contraente, una volta esaurita la fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi, valgono comunque anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c.

Il giudice quindi non deve valutare se il soggetto pubblico si è comportato da corretto amministratore nell'ambito delle proprie determinazioni, ma piuttosto le modalità delle manifestazioni esterne conseguenti alle determinazioni, in quanto incidenti sull'affidamento dei privati, al fine di verificare se l'amministrazione si sia comportata o meno da corretto contraente ⁽⁴⁶⁾.

In concreto si tratta di verificare la sussistenza o meno di una condotta *contra jus* della stazione appaltante, per violazione del principio di correttezza e buona fede nelle trattative, ciò che costituisce il presupposto della responsabilità precontrattuale.

L'elemento soggettivo di tale forma di responsabilità finisce per identificarsi nella stessa violazione delle regole di correttezza e buona fede, che rileva quanto meno sotto il profilo dell'attenuazione dell'assolvimento dell'onere probatorio concernente l'elemento della colpa dell'Amministrazione.

La gamma dei comportamenti ritenuti suscettibili di concretare una violazione del principio che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede anche nelle attività precontrattuali e, per conseguenza, determina il configurarsi, a carico dell'Amministrazione, della responsabilità di cui all'art. 1337 c.c. nei confronti del concorrente, è riconducibile sostanzialmente alla conoscibilità da parte dell'amministrazione di situazioni incidenti sugli impegni finanziari ed alla tempestiva informazione dei concorrenti.

Così sono state ritenute condotte idonee a configurare una responsabilità precontrattuale, la mancanza di ogni vigilanza e coordinamento sugli impegni economici, che l'amministrazione veniva assumendo quando la procedura di evidenza pubblica risultava già avviata e addirittura pervenuta all'aggiudicazione, la mancanza di informazione in ordine ad eventuali ritardi nella stipulazione del contratto per tali ragioni ⁽⁴⁷⁾.

Pertanto quando la gara di appalto sia stata indetta senza la necessaria copertura finanziaria, l'illiceità della condotta dell'amministrazione, sotto il profilo della lesione dell'incolpevole affidamento suscitato nei partecipanti alla gara è *in re ipsa*.

In questi casi è evidente infatti che l'amministrazione ha omissis di porre in essere quei necessari accertamenti, imposti dalla comune diligenza, volti ad appurare la concreta possibilità che il contratto conseguente all'aggiudicazione avesse esecuzione, mediante la necessaria verifica dell'effettiva disponibilità delle risorse finanziarie ⁽⁴⁸⁾ .

Il danno risarcibile

In tale contesto appare evidente che la nuova disciplina della quantificazione dell'indennizzo stabilita dall'art. 21- *quinquies*, in seguito alle modifiche introdotte dal *D.L. n. 7 del 2007* , non può estendersi automaticamente alle ipotesi di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione in caso di revoca di una procedura di gara. In questi casi infatti nonostante la legittimità del provvedimento di revoca, deve essere valutata la condotta in concreto tenuta dall'amministrazione, onde verificare il rispetto dei principi di correttezza e buona fede nell'ambito delle trattative che conducono alla conclusione del contratto. Pertanto nell'ipotesi in cui tali principi, nonostante la revoca possa qualificarsi come legittima in punto di pubblico interesse, risultino violati, al soggetto privato leso spetterà l'integrale risarcimento del danno patito.

Nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale il danno risarcibile consiste nella diminuzione patrimoniale, che è diretta conseguenza del comportamento del soggetto che ha violato l'obbligo della correttezza, definito comunemente «interesse contrattuale negativo», consistente nelle spese che la parte danneggiata ha sostenuto per la conclusione del contratto e in quelle derivanti dal fatto di aver perduto l'occasione reale di concludere con altri lo stesso contratto non più perfezionato ⁽⁴⁹⁾ .

Per la liquidazione di tale fattispecie dannosa la giurisprudenza ricorre al criterio equitativo del riconoscimento al concorrente dell'utile economico, che sarebbe derivato dalla stipulazione del contratto nella consueta misura del 10% dell'ammontare dell'offerta, in applicazione analogica dell' *art. 345 della L. 20 marzo 1865 n. 2248* all. F (10% dell'ammontare a base d'asta) ovvero secondo alcune pronunce, da calcolare sui quattro quinti di tale importo, tenuto conto della facoltà per l'amministrazione di ridurre di un quinto l'importo del contratto ⁽⁵⁰⁾ .

Secondo un orientamento più restrittivo ⁽⁵¹⁾ , deve invece escludersi quale criterio per la quantificazione del danno risarcibile il riferimento al 10% dell'ammontare dell'offerta, in quanto finirebbe per identificarsi nel mancato guadagno che la parte privata avrebbe conseguito per effetto dell'esecuzione del rapporto negoziale.

Poiché la perdita di *chance*, non si identifica con la perdita di un risultato utile bensì con la perdita della possibilità di conseguirlo, in presenza di concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato, generalmente identificati in una probabilità di successo maggiore del cinquanta per cento statisticamente valutabile con giudizio prognostico *ex ante* secondo l' *id quod plerumque accidit* ⁽⁵²⁾ , risulta necessaria la dimostrazione degli elementi a tal fine rilevanti.

Il danneggiato è quindi onerato della dimostrazione della sussistenza di un valido nesso causale tra condotta illecita e danno, nonché di un presupposto per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita.

Tale dimostrazione tuttavia in concreto viene comunque ancorata ad elementi presuntivi e di carattere equitativo (quali la mancata partecipazione ad altre gare) fondati su una valutazione prognostica, che nella maggior parte dei casi finisce con il coincidere quanto all'ammontare con il criterio della determinazione dell'utile, costantemente quantificato nella misura del 10% dell'importo contrattuale, ovvero con una riduzione proporzionata al grado di possibilità di conseguirlo anche sulla base del criterio equitativo di cui *all'art. 1226 c.c.* ⁽⁵³⁾ .

La limitazione in ordine alla quantificazione del risarcimento non potrebbe valere nelle ipotesi in cui la responsabilità della pubblica amministrazione, sia riconducibile ad illegittimità compiute nella fase procedimentale dell'evidenza pubblica. In particolare nell'ipotesi in cui venga accertata l'illegittimità degli atti di ritiro, non potrebbe aversi la responsabilità precontrattuale tipica sulla base del solo elemento della formazione dell'atto illegittimo nella fase che va dal momento dell'aggiudicazione, ovvero, ancora prima, dell'indizione della gara, sino a quello di approvazione del contratto, che segna il momento del passaggio alla fattispecie contrattuale ⁽⁵⁴⁾ .

In questo caso si è di fronte alla lesione di un interesse legittimo di tipo sostanziale, che si traduce nella spettanza di un determinato bene della vita, ciò che induce ad escludere, in favore

di un risarcimento pieno, il limite di risarcibilità dell'interesse negativo, proprio della responsabilità precontrattuale che si fonda sostanzialmente su un giudizio prognostico circa il conseguimento del bene della vita.

La clausola di sponsorizzazione

Nel caso oggetto della sentenza in commento non si è posto un problema di risarcimento in quanto, accogliendo il ricorso avverso la successiva aggiudicazione relativa alla nuova procedura di gara, il Tribunale ha statuito il travolgimento di tutti gli atti della gara espletata, imponendo alla stazione appaltante di procedere all'indizione di nuova procedura, sulla base delle statuizioni di cui alla sentenza.

In tal modo il ricorrente ha visto soddisfatto il proprio interesse strumentale alla rinnovazione della gara aperta alla sua partecipazione, da cui possa conseguire la possibilità di un risultato favorevole.

La censura accolta concerneva la scelta dell'amministrazione nello stabilire, con riferimento alla nuova gara, gli elementi relativi al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di attribuire un peso rilevante alla sponsorizzazione nel contesto della stessa valutazione economica, dedicandole ben 25 punti, quanti quelli assegnati alla valutazione dei tassi di interesse attivi e passivi.

Sponsorizzazione viene definita quell'attività attraverso la quale due soggetti distinti, la p.a. e un privato, o altra p.a., realizzano un'attività e/o un progetto al fine di veicolare l'immagine dell'uno e gli interessi dell'altra.

Sotto il profilo dogmatico si tratta di contratto atipico, consensuale, a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive, a mezzo del quale un soggetto detto *sponsor*, offre le proprie prestazioni ad altro soggetto, detto *sponsee*, il quale si obbliga verso il primo a veicolare il suo logo/marchio durante lo svolgimento di determinate attività.

La definizione della sponsorizzazione è stata elaborata in dottrina ed in giurisprudenza ⁽⁵⁵⁾. Con riferimento all'attività della p.a., l'istituto è stato previsto dall' [art. 43 della L. 27 dicembre 1997, n. 449](#) e, successivamente, l'art. 28, comma 2- *bis*, [legge 23 dicembre 1998 n. 448](#) (finanziaria per il 1999) aveva previsto, tra le specifiche misure da adottare da parte delle autonomie locali, in relazione al cd. patto di stabilità interno, la possibilità di «sviluppare le iniziative per la stipula di contratti di sponsorizzazione, accordi e convenzioni previsti dall' [articolo 43 della legge 27 dicembre 1997, n. 449](#), allo scopo di realizzare maggiori economie nella gestione».

Le sponsorizzazioni a favore degli enti locali sono state poi specificamente disciplinate dall'art. 119 del T.U. n. 267/2000 che, richiamando la disciplina espressa dall' [art. 43 della L. 27 dicembre 1997, n. 449](#) - già operante, comunque, nei confronti degli stessi enti locali - dispone che «al fine di favorire una migliore qualità dei servizi prestati, i comuni, le province e gli altri enti locali possono stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione con soggetti pubblici o privati», sempreché tali accordi comportino «risparmi di spesa rispetto agli stanziamenti disposti» e non diano luogo a conflitti tra interessi pubblici e privati.

L'istituto è stato poi recepito dall'art. 26 del Codice il cui comma 1, riproducendo sostanzialmente il disposto dell' [art. 2, comma 6 della L. n. 109 del 1994](#), esclude dall'ambito di applicazione del Codice i contratti di sponsorizzazione ed i contratti a questi assimilabili, di cui siano parte un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore e uno *sponsor* che non sia un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore, aventi ad oggetto i lavori di cui all'allegato I, nonché gli interventi di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici sottoposti a tutela ai sensi del [D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42](#), ovvero i servizi di cui all'allegato II, ovvero le forniture disciplinate dal Codice.

L'esclusione sembra limitata alla cd. «sponsorizzazione interna», in cui il soggetto finanzia per intero l'intervento, in quanto riferita all'ipotesi in cui i lavori, i servizi, le forniture sono acquisiti o realizzati a cura e a spese dello *sponsor*.

Tuttavia, non sembra che il legislatore del Codice abbia inteso prendere posizione sulla configurazione negoziale dell'istituto, in termini di contratto a titolo gratuito modale o a titolo oneroso, ma piuttosto ancorare l'esclusione alla sola ipotesi in cui la sponsorizzazione costituisca l'oggetto principale del contratto.

Nell'ambito delle gare per l'affidamento del servizio di tesoreria, si è infatti diffusa la prassi di inserire la cd. «clausola di sponsorizzazione» che prevede il pagamento di un contributo in denaro a favore dell'amministrazione appaltante.

Il Consiglio di Stato, con la decisione dell'Adunanza Plenaria del 18 giugno 2002, n. 6 richiamata nella sentenza, superando l'iniziale orientamento negativo, pure riportato nella pronuncia, ha ritenuto legittime tali clausole.

Il Supremo consesso ha rilevato che la scelta dell'istituto affidatario del servizio, deve avvenire individuando il soggetto che sotto il profilo tecnico-operativo (possesso di adeguate strutture organizzative, di supporti informatici, ecc.) meglio è in grado di effettuare il servizio, considerando, però, anche le condizioni economiche offerte, tra le quali la sottoscrizione di un contratto di sponsorizzazione.

La giurisprudenza amministrativa successiva alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria, ha ammesso la legittimità di contribuzioni a carico dell'aggiudicatario del servizio di tesoreria quale che sia la denominazione delle contribuzioni stesse (finanziamento a fondo perduto, contributo, sostegno finanziario, premio, ecc.) e quale che ne sia la «causa», di volta in volta individuabile, sulla base del concreto atteggiarsi delle disposizioni di gara dettate dall'Amministrazione (sia che si tratti, dunque, di mera liberalità che di puntuale assunzione di un'obbligazione pecuniaria).

La qualificazione del contratto di tesoreria come contratto atipico ⁽⁵⁶⁾, determina la possibilità di stabilire in sede di bando varie modalità incidenti sugli aspetti relativi alla convenienza del contratto, in funzione di adattamento del bando di gara relativo alla realtà del mercato.

Per cui la previsione del versamento di contribuzioni a fondo perduto, è un mero strumento per adattare la realtà giuridica alla realtà effettuale della remuneratività, anche al di là della figura della sponsorizzazione.

Da tale orientamento si ricava che quando il contratto di sponsorizzazione assume carattere accessorio, rispetto a quello avente ad oggetto il servizio di tesoreria, in applicazione del principio generale espresso dall'art. 14 del Codice, sfugge all'esclusione sancita dall'art. 26, che deve intendersi riferita all'ipotesi in cui il contratto di sponsorizzazione costituisca l'oggetto principale dell'affidamento.

In sostanza quando la sponsorizzazione si configura quale contratto accessivo al contratto di tesoreria, l'unico effetto della clausola è quello, previa espressa previsione nel bando, di riservare alla relativa voce una quota del punteggio da attribuire agli istituti di credito concorrenti. In tal modo l'Amministrazione fruisce anch'essa di un beneficio economico a causa dello svolgimento di attività comunque esercitate dal gestore nel prevalente interesse proprio, e dirette all'ampliamento della propria clientela, anche tramite forme pubblicitarie che lo svolgimento del servizio offre e che con il contratto di sponsorizzazione vengono espressamente previste.

Ulteriore corollario dell'accessorietà e condizione di legittimità dell'inserimento della clausola di sponsorizzazione è, come affermato dalla giurisprudenza richiamata, che il punteggio conferibile in relazione alle sponsorizzazioni sia modulato in termini più che altro residuali e tali da non costituire l'elemento discriminante principale e - per la sua oggettiva portata - tendenzialmente risolutivo dell'*iter* concorsuale ⁽⁵⁷⁾.

Tale limitazione, come correttamente rilevato dai giudici milanesi, è improntata all'equilibrio «tra l'esigenza che le Amministrazioni hanno di cogliere l'opportunità economica collegata all'affidamento di un servizio di notevole valore monetario, quale il servizio di tesoreria, e l'altrettanto rilevante necessità che si garantisca il giusto peso ai profili tecnici ed economici intrinseci al servizio di tesoreria come tale». La sentenza riconduce tale esigenza alle stesse previsioni di legge in materia, in particolare all'*art. 43 della L. n. 449 del 1997* che ammette gli accordi di sponsorizzazione al fine di garantire la migliore qualità dei servizi prestati, nel perseguimento dell'interesse pubblico, purché le relative iniziative escludano «forme di conflitto di interesse tra l'attività pubblica e quella privata». Dal sistema si ricava dunque l'illegittimità di una scelta tendente a massimizzare esclusivamente il profilo monetario che può trarsi dalla sponsorizzazione.

Nel caso di specie pertanto il Tribunale ha accolto la censura del ricorrente, sul rilievo che la previsione di 25 punti, su 100 complessivi, per la valutazione del contributo economico a favore dell'ente appaltante, nel quale si sostanzialmente la sponsorizzazione, risultava eccessiva. L'attribuzione a tale elemento di un peso ponderale tutt'altro che marginale, pari, in termini di



punteggio a quello assegnato alla valutazione dei tassi d'interesse, cuore centrale dell'attività bancaria, ne escludeva il carattere residuale, evidenziando invece come nella specie il punteggio previsto assumeva proprio quei caratteri di possibile discriminante principale e tendenzialmente risolutiva, che, in base al consolidato orientamento giurisprudenziale, ne determinano l'illegittimità.

(1) V. il commento di M.P. Rosapepe, in *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice appalti*, a cura di M. Baldi e R. Tomei, Milano, 2007, 153.

(2) Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2003, n. 2074, in *Foro Amm. CdS*, 2003; Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2003, n. 3243, in *Foro Amm. CdS*, 2003; *Cons. Stato, sez. V, 16 settembre 2004, n. 6018*; *Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2006, n. 1526*.

(3) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 aprile 2001, n. 1998; Cons. Stato, sez. VI, 16 novembre 2000, n. 6128; *Cons. Stato, sez. V, 6 luglio 2002, n. 3717*, con commento di M. Lipari, in questa Rivista, 2002, 1179. Nel senso invece dell'onere di immediata impugnazione del verbale di aggiudicazione provvisoria in quanto atto dotato di autonoma rilevanza, cfr. *Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 2001, n. 6253*, in *Contratti Stato e Enti Pubblici*, 2002, 107 con nota di commento di E. Rizzi, che (richiamando *Cons. Stato, 9 febbraio 2001, n. 594*) rileva come l'assunto del Consiglio di Stato, fondato sulla funzione meramente confermativa e conclusiva dell'aggiudicazione definitiva non sembra tener conto della circostanza che l'atto confermativo non deve possedere alcun carattere innovativo rispetto all'atto confermato mentre il provvedimento di aggiudicazione definitiva non può considerarsi atto meramente consequenziale, costituendo invece un apprezzamento autonomo idoneo a contenere un riesame delle posizioni giuridiche dei concorrenti, anche se produttivo di identiche valutazioni e conclusioni, come tale privo di effetti meramente conservativi.

(4) C.G.A. Sicilia, 9 giugno 1998, n. 383, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1074.

(5) M.P. Rosapepe, cit., 157, che richiama il contrario avviso, con riferimento al previgente regime, di *Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2004, n. 7772*, in *Cons. Stato*, 2004, 2492, secondo cui, in materia di riparto di giurisdizione, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si conclude con l'aggiudicazione definitiva e non riguarda la fase successiva della stipulazione del contratto.

(6) La sentenza richiama *Cons. Stato, sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1885*, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 1171 che concerne un'ipotesi di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione provvisoria e *Cons. Stato, sez. V, 3 marzo 2001, n. 1227*, ibidem, 2001, f. 3.

(7) Cons. Stato, Ad. Plen., 23 gennaio 2003, n. 3, in *Foro Amm.*, 2003, 497; *Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6316*, ibidem, 2003, 2976.

(8) *Cons. Stato, sez. IV, 1° ottobre 2004, n. 6409*, in *Foro Amm.*, 2004, 2801; Cons. Stato, sez. IV, 27 novembre 1981, n. 609, in *Cons. Stato*, 1981, I, 2820; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 21 febbraio 2006, n. 426; *Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2004, n. 6656*, in *Cons. Stato*, 2004, 2921; *Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2002, n. 3173*, in *Giur. It.*, 2002, 2408.

(9) Per tale ragione definita abrogazione da P. Virga, *Diritto amministrativo*, Milano, 1987, vol. II, 137 ss.

(10) A. Quaranta, *Lineamenti di diritto amministrativo*, IV, Novara, 1987, 336 ss.

(11) Corte Giust. CE, 26 aprile 2005, C-376/02 ha sottolineato «che i principi di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario. Pertanto essi devono essere rispettati dalle istituzioni comunitarie ma anche dagli stati membri (...)»; conf. Corte Giust. CE, 14 maggio 1975, C-74/74; Corte Giust. CE, 29 aprile 2004, cause riunite C-487/01 e C-7/02 ed in particolare che «la revoca di un atto illegittimo è consentita entro un termine ragionevole e se la Commissione [soggetto che nella specie aveva assunto l'atto di revoca] ha adeguatamente tenuto conto della misura in cui la ricorrente ha potuto eventualmente fare affidamento sulla legittimità dell'atto» (Corte Giust. CE, 3 marzo 1982, C-14/81; Corte Giust. CE, 12 luglio 1957 ricorsi riuniti C-7/56 e 7/57; Corte Giust. CE, 12 luglio 1962, C-14/61; Corte Giust. CE, 13 luglio 1965, C-111/63). In applicazione di tale principio, la Corte di Giustizia ha affermato che «una volta acquisito, il legittimo affidamento nella legittimità di un atto amministrativo favorevole non può poi venire scalzato. Date le circostanze della fattispecie, nessun interesse pubblico prevale sull'interesse del destinatario a conservare una situazione che egli poteva considerare stabile» (Corte Giust. CE, 17 aprile 1997, C-90/95).

⁽¹²⁾ A. Quaranta, cit., 338.

⁽¹³⁾ F. Castiello, Gli accordi integrativi sostitutivi di provvedimenti amministrativi, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, 155; F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 1815. In giurisprudenza, cfr. *Cons. Stato*, VI, 9 settembre 2003, n. 5050, in *Cons. Stato*, 2003, I, 1917, secondo cui, «in tema di autotutela dell'amministrazione, l'idoneità del provvedimento ad ingenerare legittimo affidamento sul bene della vita che il provvedimento medesimo ha conferito nella scheda giuridica dell'amministrato, non può essere valutata in astratto, ma in concreto, in relazione alla natura del beneficio e della tutela accordata dall'ordinamento agli interessi sul quale il provvedimento viene ad incidere».

⁽¹⁴⁾ I primi tre commi dell'articolo 12 rappresentano norme-provvedimento dedicate alla revoca di concessioni e autorizzazioni assentite in favore della TAV s.p.a. per la progettazione e costruzione di linee ad alta velocità ed alta capacità, con la contestuale previsione di un meccanismo di revoca contenuto nel comma 4 dell'art. 12, che diventa comma 1-bis del art. 21-quinquies, elevato quindi a norma generale. L. Tarantino, Per una critica dell'autotutela sull'attività amministrativa spettrale, in questa Rivista, 2007, 414 sottolinea l'anomalo meccanismo di introduzione di una previsione nell'ambito della disciplina generale sul procedimento, occasionato da una vicenda contingente.

⁽¹⁵⁾ Sulla revoca delle concessioni cfr. il commento di chi scrive in *I contratti pubblici lavori, servizi e forniture - Normativa speciale per i lavori pubblici, settori speciali*, a cura di R. De Nictolis, Milano, 2007, 285.

⁽¹⁶⁾ Sulla problematica dell'indennizzo cfr. R. Giovagnoli, I criteri per la quantificazione dell'indennizzo in caso di revoca del provvedimento: le novità del decreto Bersani, in questa Rivista, 2007, 401 ss., il quale correttamente rileva che la norma non menziona un elemento rilevante per valutare la consistenza dell'affidamento del privato, cioè il tempo trascorso tra l'emanazione del provvedimento la sua revoca.

⁽¹⁷⁾ Cfr. F. Pascucci, *Revoca del provvedimento*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, Padova, 2005, a cura di R. Tomei, che sintetizza le posizioni della dottrina sul tema.

⁽¹⁸⁾ La norma stabilisce che l'annullamento possa essere disposto solo entro i tre anni «dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione è perdurante».

⁽¹⁹⁾ In tal senso L. Tarantino, cit., 415.

⁽²⁰⁾ Corte Giust. CE, 15 gennaio 2002, C-439/99; Corte Giust. CE, 12 aprile 1994, C-1/93.

⁽²¹⁾ Corte Giust. CE, 21 giugno 1988, C-257/86.

⁽²²⁾ Corte Giust. CE, 5 giugno 1997, C-398/95 e Corte Giust. CE, 24 gennaio 2002, C-164/99.

⁽²³⁾ Cfr. *Cons. Stato*, sez. VI, 19 ottobre 1995, n. 1188, in *Cons. Stato*, 1995, 10, 1443, che individua nel venir meno delle disponibilità finanziarie necessarie all'esecuzione, una motivazione sufficiente in ordine alla determinazione di non procedere ad aggiudicazione. I gravi motivi di interesse pubblico, sono stati individuati tra l'altro nell'insufficienza del finanziamento necessario all'esecuzione dell'opera appaltata, nella urgenza dell'opera pubblica realizzabile solo con l'indizione di una nuova gara. Mentre, per converso ne è stata esclusa la ricorrenza nel caso in cui l'annullamento provochi un ritardo dell'esecuzione dei lavori che, a sua volta, comporti la perdita del beneficio sociale derivante dalla realizzazione dell'opera pubblica (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 26 aprile 1990, n. 356, in *Arch. Giur. oo.pp.*, 1990, I, 921; T.A.R. Basilicata, 29 maggio 1989, ivi, 1989, 1380; *Cons. Stato*, sez. IV, 9 novembre 1987, n. 648, ivi, 87, 1783; *Cons. Stato*, sez. IV, 11 aprile 1983, n. 223, in *Cons. Stato*, 1983, I, 1715, *Cons. Stato*, sez. IV, 30 aprile 1994, n. 652, ivi, 1994, I, 633; C.G.A. Sicilia, 28 marzo 1994, n. 106, ivi, 1994, I, 497).

⁽²⁴⁾ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 7 luglio 2003, n. 5991; *Cons. Stato*, sez. VI, 4 dicembre 2006, n. 7102, in questa Rivista, 2007, 449, con nota di commento di M. Ragazzo; *Cons. Stato*, sez. VI, 29 marzo 1996, n. 518, in *Foro Amm.*, 1996, 981; *Cons. Stato*, sez. VI, 5 gennaio 1990, n. 28, in *Foro It.*, 1991, III, 8 che ammette il sacrificio dell'affidamento ingenerato con l'aggiudicazione solo in presenza di un interesse sopravvenuto non valutabile al momento dell'indizione della gara, contra, *Cons. Stato*, sez. V, 24 ottobre 1996, n. 1263, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1516.

⁽²⁵⁾ Tra le più recenti, *Cons. Stato*, sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661, in *Cons. Stato*, 2000, I, 236; *Cons. Stato*, sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244, ibidem, 2000 I, 65; *Cons. Stato*, sez. V, 24 ottobre 2000, n. 1263, ibidem 2000, I, 452; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 23 ottobre 2006, n. 10900; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 7 luglio 2003, n. 5991, cit.

⁽²⁶⁾ *Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2001, n. 4973*, in Cons. Stato, 2001, I, 2112 che richiama il principio generale in virtù del quale il potere di annullamento può essere sempre esercitato parzialmente, nel senso dell'annullamento soltanto di alcuni atti del procedimento per cui, «nell'ipotesi di invalidità di una gara di appalto per l'illegittima esclusione di alcune ditte offerenti, non è necessario disporre la rinnovazione integrale della gara stessa (con riapertura cioè della fase di presentazione delle offerte), ma si può legittimamente mantenere fermo il sub-procedimento di presentazione delle offerte e disporre la rinnovazione solo della fase dell'esame comparativo delle offerte già pervenute». In termini, oltre a *Cons. Stato, VI, 4 dicembre 2006, n. 7102*, cit., Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 1996, n. 1293, in Cons. Stato, I, 1719 che richiamando i principi della *L. n. 241 del 1990* sull'economia dei mezzi procedurali e sul divieto di aggravamento del procedimento sottolinea come «ove in sede di controllo sia stato annullato solo il provvedimento terminale di aggiudicazione di un contratto, illegittimamente l'amministrazione, per un preteso contrasto interpretativo di norme con l'organo di controllo, abbandona tutta la procedura già espletata ed ancora utilizzabile e dà avvio ad una procedura integralmente nuova». Anche l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con la determinazione del 10 luglio 2002, n. 17, in cui viene ricostruito, sulla base degli orientamenti giurisprudenziali, il procedimento di autotutela, precisa che dopo l'aggiudicazione provvisoria sulla base dei principi costituzionali di buon andamento e nel rispetto dell'obbligo di motivazione, l'amministrazione può riaprire la gara al fine di riammettere imprese illegittimamente escluse, precisando che dopo l'approvazione dell'aggiudicazione, l'eventuale valutazione successiva della legittimità del procedimento spetta unicamente al competente organo di amministrazione attiva, e non alla commissione di gara che ha esaurito la propria funzione.

⁽²⁷⁾ Tra le più recenti *Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2006, n. 3576*, che ha confermato il principio anche in seguito all'introduzione con l'art. 14 *L. n. 15/2005*, nella *L. n. 241/90*, dell'art. 21-nonies; T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 15 marzo 2006, n. 602; T.A.R. Piemonte, sez. II, 22 ottobre 2005, n. 3266; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 2 maggio 2006, n. 1108, ibidem. Sulla diversa gradazione della motivazione circa la sussistenza dell'interesse pubblico sottostante all'esercizio di poteri di autotutela cfr. pure Cons. Stato, sez. IV, 22 novembre 2004, n. 6931, in Cons. Stato, 2004, I, 2223; Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 1987, n. 890; nonché T.A.R. Lazio, sez. I, 12 maggio 1987 n. 1020, in TAR, 1987, I, 1674, che ha considerato legittimo il provvedimento di revoca della gara qualora la situazione di fatto sia medio tempore mutata rendendo superflua l'esecuzione dei lavori.

⁽²⁸⁾ *Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2006, n. 3576*, cit.

⁽²⁹⁾ Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 1978, n. 973, in Cons. Stato, 1978, I, 1246; C.G.A. Sicilia, 16 febbraio 1983, n. 19, in Foro Amm., 1983, 677; Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 1994, n. 605, ibidem, 1983, 677; Cons. Stato, sez. VI, 14 maggio 1997, n. 719, in questa Rivista, 1998, 64; Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 1998, n. 633, in Foro Amm., 1998, 1432; Cons. Stato, sez. IV, 8 maggio 1998, n. 789, in Giur. It., 1998, 2414.

⁽³⁰⁾ Su cui cfr. il commento di R. Saraceni, La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al *Codice appalti*, a cura di M. Baldi e R. Tomei, cit., 750 ss.

⁽³¹⁾ R. Saraceni, cit., 753 e la giurisprudenza ivi richiamata.

⁽³²⁾ Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6291, in Gior. Dir. Amm., 2003, 2, 171.

⁽³³⁾ R. Saraceni, cit., 754.

⁽³⁴⁾ *Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6*, in Foro Amm., 2005, 2515, che sottolinea l'ininfluenza sul punto della decisione n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale (in questa Rivista, 2004, 1275, con commento di P. Lotti), in quanto non investe l'art. 6 della legge n. 205 del 2000 ma l'art. 7 della stessa legge, che ha modificato l'originaria versione negli artt. 33 e 34 del *D.Lgs. n. 80 del 1998* relativi alla giurisdizione esclusiva in materia di edilizia, urbanistica e servizi pubblici. L'Adunanza Plenaria offre una lettura dell'art. 6 della *L. n. 205 del 2000* come disposizione che individua un'area di giurisdizione esclusiva concernente le procedure di evidenza pubblica tese alla ricerca dell'aggiudicatario negli appalti di lavori servizi e forniture, nella quale sono in campo interessi legittimi e diritti soggettivi in correlazione tra di loro. Sulla linea tracciata dall'art. 34 del *D.Lgs. n. 80 del 1998* nella versione di cui all'art. 7 della *L. n. 205 del 2000*, l'art. 6 «prevede la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative a interessi legittimi della fase pubblicistica sia delle



controversie di carattere risarcitorio relative a diritti soggettivi traenti origine dalla caducazione di provvedimenti della fase pubblicistica (le pretese per responsabilità precontrattuale)».

⁽³⁵⁾ C.G.A. Sicilia, 29 agosto 2005, n. 573 con riferimento all'atto di revoca incidente sull'aggiudicazione definitiva ne afferma il difetto di giurisdizione in base all'art. 16 comma 4 del R.D. n. 2240/1923 in virtù del quale il rapporto contrattuale sorge sin dal momento della aggiudicazione definitiva e non già dalla stipula del contratto. Tale conclusione, superata in relazione all'aggiudicazione definitiva, vale ovviamente con riguardo alla stipulazione del contratto. In proposito *Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2000, n. 5710*, in Foro Amm., 2000, f. 10, sancisce che l'aggiudicazione di un appalto di opera pubblica, anche dopo che è stato stipulato il relativo contratto, può essere riesaminata dallo stesso organo per esigenze di autotutela, ma soltanto in presenza di adeguate ragioni di pubblico interesse.

⁽³⁶⁾ *Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2002, n. 4751*, in Foro Amm. CdS, 2002, 2070, che ha ritenuto legittimo l'annullamento della gara - impropriamente qualificato come revoca - disposto perché, a seguito dell'aggiudicazione provvisoria, il prezzo a base d'asta indicato nel bando si era rivelato incongruo per eccesso rispetto ai prezzi di mercato.

⁽³⁷⁾ Cons. Stato, sez. VI, 19 ottobre 1995, n. 1188, in Foro Amm., 1995, 2290; Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 1993, n. 1207 in Cons. Stato, 1993, I, 1453 che richiama il principio di buona fede e di buona amministrazione a fondamento della necessità di chiarire subito i limiti di spesa la cui violazione può tradursi in un vizio di legittimità del bando, ma non comporta l'obbligo della pubblica Amministrazione di pervenire in ogni caso all'aggiudicazione e alla stipula del relativo contratto.

⁽³⁸⁾ *Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2003, n. 1457*; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 18 aprile 2005, n. 560, in Contratti Stato Enti Pubblici, 2005, 425, con nota di Gastaldi; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 27 maggio 2003 n. 2278, in Foro Amm. TAR, 2003, 1757.

⁽³⁹⁾ Cfr. *Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2003, n. 1457*, cit. secondo cui il principio di correttezza esige che, nel momento in cui è accertato o può essere accertato il venir meno della copertura finanziaria, l'Amministrazione deve quanto meno disporre il rinvio della gara. Contra T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 7 luglio 2003, n. 5991, cit., secondo cui «la giustificazione della volontà di non addivenire al perfezionamento del vincolo negoziale - accessivo all'intervenuta aggiudicazione della gara - non può essere legittimamente evocata con riferimento a ragioni di pubblico interesse ove queste ultime si sostanzino (come reso evidente dall'atto impugnato con il presente gravame) nella rilevata indisponibilità delle risorse finanziarie necessarie al fine di fronteggiare gli oneri rivenienti dall'affidamento del servizio oggetto dell'indizione della gara».

⁽⁴⁰⁾ Fra le risalenti, Cons. Stato, sez. IV, 16 dicembre 1980, n. 1219, in Cons. Stato, 1980, I, 1681, fra le recenti Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 1999, n. 22, in Gior. Dir. Amm., 1999, 4, 352, che statuisce la legittimità del rifiuto di aggiudicare un appalto laddove il suo risultato appaia eccessivamente oneroso a causa della macchinosità del meccanismo di selezione; recentemente *Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2003, n. 2823*, in www.lexitalia.it, che configura il giudizio di manifesta non convenienza, frutto di un apprezzamento di merito, come tale riservato all'Amministrazione e dunque sindacabile in sede di legittimità non nel suo intrinseco ma soltanto in relazione a profili di illogicità o travisamento.

⁽⁴¹⁾ V. T.A.R. Abruzzo, Pescara, 17 ottobre 1985, n. 447, in TAR, 1985, I, 4307. Cfr. pure, in tema di responsabilità precontrattuale conseguente alla revoca di un bando di gara ed alla ingiustificata interruzione delle trattative, nel solco tracciato da *Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500*; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869, in questa Rivista, 2000, 998; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 31 luglio 2000, n. 5130, ibidem, 2000, 1249, con nota di commento di F. Busatta, che sottolinea la possibilità di offrire tutela al privato senza dover configurare un'ipotesi di responsabilità precontrattuale ex *art. 1337 c.c.*, ma inquadrando la fattispecie nell'ipotesi di danno ingiusto conseguente alla lesione, da parte della p.a., dell'interesse legittimo pretensivo del concorrente al regolare svolgimento della procedura di gara, sviluppando una delle possibili letture della sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite.

⁽⁴²⁾ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 7 luglio 2003, n. 5991, cit.; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 3 giugno 2002, n. 3258, in Foro Amm., 2002, 2132.

⁽⁴³⁾ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 7 luglio 2003, n. 5991, cit. secondo cui il «contatto» procedimentale, «una volta innestato nell'ambito del rapporto amministrativo (caratterizzato da sviluppi istruttori e da un'ampia dialettica tra le parti sostanziali), impone al soggetto pubblico

un preciso onere di diligenza, che lo rende garante del corretto sviluppo del procedimento e della sua legittima conclusione».

⁽⁴⁴⁾ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 7 luglio 2003, n. 5991, cit., che proprio in tema di caducazione della procedura per l'indisponibilità degli strumenti finanziari ha ravvisato illecita la condotta della amministrazione per carenza del pubblico interesse e violazione «dei principi di correttezza e buon andamento - direttamente postulati [dall'art. 97 della Costituzione](#) - e di tutela dell'affidamento ingenerato nei terzi, quale principio cardinale dello svolgimento dell'attività negoziale». La sentenza muove dal presupposto dell'assimilabilità del procedimento amministrativo alla fase formativa del contratto, in quanto essendo la relazione tra le parti, preordinata all'adozione dell'atto conclusivo provvedimentale, è soggetta ai doveri di correttezza e di buona fede che regolano la fase delle trattative negoziali. Cfr. pure T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869, in *Foro It.*, 2001, III, 4, con nota di Molaschi, Casetta, Fracchia, che, nel caso di revoca di una gara d'appalto, ammette la risarcibilità degli interessi legittimi a titolo di responsabilità precontrattuale e nei limiti del cd. interesse negativo e T.A.R. Puglia, sez. III, 26 luglio 2004, n. 3492 secondo cui nel caso di accertata lesione di interessi legittimi di tipo pretensivo, la natura della responsabilità della p.a. è assimilabile a quella precontrattuale e per la dimostrazione del presupposto della colpa si verifica una inversione degli oneri probatori.

⁽⁴⁵⁾ Nel senso dell'obbligo di comunicazione ex [art. 7 L. n. 241/1990](#), T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 27 maggio 2003, n. 2278, cit. con riferimento alla revoca della delibera di indizione della gara di appalto. La stessa pronuncia prescrive che, in applicazione del principio del contrarius actus, la determinazione di ritiro dell'atto di indizione della gara deve essere assunta ripercorrendo il medesimo iter procedimentale conclusosi con l'atto che deve essere revocato e da parte dello stesso soggetto, da cui è stato emanato il provvedimento revocato. Contra [Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2003, n. 1457](#), in questa Rivista, 2003, 600; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 7 luglio 2003, n. 5991, cit., sul rilievo che si è in presenza di ipotesi in cui l'apporto endoprocedimentale del privato non riveste effettivo e concreto rilievo ai fini dell'adozione della conclusiva determinazione.

⁽⁴⁶⁾ E. Liuzzo, La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, Milano, 1995, 92; F. Mele, La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di P. Stanzione e A. Saturno, Padova, 2006, 1018, il quale rileva che la diversa valutazione dell'interesse pubblico che induce a non concludere più il contratto, si esprime generalmente attraverso atti di ritiro (revoca o annullamento) di precedenti atti, quali la deliberazione a contrarre, il bando, l'aggiudicazione per cui «l'accertamento della responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione finisce col rimanere del tutto indipendente e autonomo rispetto all'accertamento della illegittimità del provvedimento amministrativo di ritiro».

⁽⁴⁷⁾ [Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6](#), cit.; C.G.A. Sicilia, 29 agosto 2005, n. 573.

⁽⁴⁸⁾ T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 18 aprile 2005, n. 560, cit.; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 7 luglio 2003, n. 5991, cit.

⁽⁴⁹⁾ [Cons. Stato, sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7449](#), in *Foro Amm.*, 2004, 3173; T.A.R. Lombardia, Milano, 5 giugno 2001, n. 4214; T.A.R. Puglia, Bari, 17 maggio 2001, n. 1761, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 3158 e T.A.R. Sardegna, 17 febbraio 1999, n. 169, in *App. Urb. Edil.*, 2001, 206. Si esclude che la disposizione di cui [all'art. 1337 c.c.](#) possa essere invocata per il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto ([Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1632](#)).

⁽⁵⁰⁾ [Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6](#), cit.; [Cons. Stato, sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7449](#); C.G.A. Sicilia, 29 agosto 2005, n. 573, cit.; tale ultima pronuncia richiama il potere riconosciuto dall' [art. 35 del D.Lgs. n. 80/1998](#), al giudice amministrativo nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, di stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica deve proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine, sulla base di un principio di prova, con l'indicazione dei danni subiti e elementi sommari di riscontro, salva poi la quantificazione del danno, in caso di mancato accordo tra le parti. Se infatti le parti non giungono ad un accordo, con il 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.

⁽⁵¹⁾ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 7 luglio 2003, n. 5991, cit.

⁽⁵²⁾ Cfr. [Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686](#), in *Foro Amm.*, 2002, 453.



⁽⁵³⁾ T.A.R. Sicilia, Catania, 17 ottobre 2001, n. 1868, in www.lexitalia.it; T.A.R. Lazio, 17 febbraio 2005, n. 1359, in TAR, 2005, I, 740.

⁽⁵⁴⁾ La responsabilità della pubblica amministrazione rinveniente da illegittimità compiute nella fase procedimentale dell'evidenza pubblica, è stata configurata quale responsabilità negoziale o precontrattuale in senso lato, da F. Mele, op. cit., 1030 ss., il quale ne coglie il fondamento nelle peculiarità dell'attività amministrativa espletata nella fase prenegoziale pubblicistica, quali la mancanza in capo al soggetto pubblico di una libertà contrattuale assimilabile all'autonomia negoziale, in ragione dell'esistenza del procedimento amministrativo di evidenza pubblica che vincola il rapporto tra pubblico e privato in tale fase.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. A. Amato, L'attività contrattuale della pubblica amministrazione, a cura di G. Cassano, vol. II, 619. In giurisprudenza v. *Cons. Stato, sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073* : «Con il contratto di sponsorizzazione un soggetto, cd. sponsee o sponsorizzato, assume, normalmente verso corrispettivo, l'obbligo di associare a proprie attività il nome o il segno distintivo di altro soggetto, detto sponsor o sponsorizzatore. Lo sponsee offre, nella sostanza, una forma di pubblicità indiretta allo sponsor e, sebbene il settore che meglio si adatta a tale fenomeno sia quello sportivo, tali operazioni si sono incrementate anche in altri campi (culturale, sociale, ecc.). Sul tema cfr. pure Di Pinto, L'ente pubblico quale parte del contratto di sponsorizzazione, in Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza, n. 8, 1996; Franceschelli, I contratti di sponsorizzazione, in Giur. Comm., 1987, 2; Franzisi, La sponsorizzazione culturale: prime note in Foro Padano, 1988, 1, 39-41; Inzitari, La sponsorizzazione, in I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario, Torino, 1995, III, 1957 ss.; Mastropasqua, Le sponsorizzazioni culturali nel diritto pubblico in Riv. Giur. Scuola, 1993, 2, 209-239; Pedrazzoli, Il contratto di sponsorizzazione, in Dir. Ec., 1995, fasc. 1 (aprile), 251-262; Vita De Giorgi, Contratti di sponsorizzazione e doveri di correttezza, Nota a ord. Trib. Rieti, 19 marzo 1994, in Dir. Informaz. Inf., 1994, 6, 1017-1023.

⁽⁵⁶⁾ Il carattere atipico del contratto relativo alla tesoreria è stato affermato da *Cons. Stato, sez. IV, 19 dicembre 2003, n. 8371*, in Foro Amm., 2003, 3653; T.A.R. Liguria, sez. II, 19 novembre 2004, n. 1562. Sulla clausola di sponsorizzazione nell'affidamento dei servizi di tesoreria, cfr. pure *Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6491*, in Foro Amm., 2003, 3653, che sottolinea comunque la necessità che «i criteri di valutazione delle offerte tengano conto della mera accessorialità del contratto di sponsorizzazione al quale si riferisce la dichiarazione di disponibilità alla stipula, in rapporto ad altri criteri di scrutinio delle offerte medesime, che vanno ancorati a parametri più idonei ad evidenziare particolari capacità nell'espletamento dell'affidando servizio di tesoreria».

⁽⁵⁷⁾ Cfr. *Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6521*, cit.

Ricorsi amministrativi, ragionevole durata del procedimento ed equa riparazione ai sensi della CEDU

Simone Rodolfo Masera

Cass. civ. Sez. Unite Sent., 25 febbraio 2014, n. 4429

Sommario: **Premessa - Responsabilità risarcitoria per tardiva conclusione del procedimento amministrativo - Giurisdizione condizionata - Brevi conclusioni**

Premessa

La sentenza in epigrafe risolve il contrasto giurisprudenziale emerso in ordine all'applicazione della legge c.d. Pinto ⁽¹⁾ nei casi in cui la fase amministrativa della vertenza costituisca condizione necessaria per accedere alla giustizia, accogliendo l'orientamento più rigoroso, secondo cui per valutare il diritto ad una pronuncia, entro un termine ragionevole, si deve fare riferimento soltanto al momento in cui sia stato adito il competente "tribunale indipendente ed imparziale", il che non si verifica ancora nella fase prodromica di competenza dell'amministrazione pubblica ⁽²⁾.

Secondo le Sezioni unite, infatti, oggetto del diritto introdotto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 6, par. 1) è unicamente quello ad ottenere (in termini ragionevoli) una decisione giurisdizionale in senso stretto, mentre la fase amministrativa - ancorché obbligatoria - non si svolge dinanzi ad un organo giurisdizionale imparziale ed indipendente, ma dinnanzi ad

una amministrazione, la quale potrebbe anzi assumere il ruolo - così si esprime la sentenza - di "potenziale controparte".

Trova, poi, esplicito accoglimento anche la tesi per cui rileva la condotta di tutti quei soggetti che svolgono funzioni o mansioni comunque ricadenti all'interno della fattispecie processuale (come gli organi pubblici che, a richiesta del giudice o delle parti, intervengono in giudizio incidendo sull'*iter* processuale).

Il ragionamento seguito dalla Cassazione prosegue evidenziando come anche la legge italiana ha inteso configurare il diritto alla ragionevole durata del processo in modo analogo alla ricordata Convenzione europea, nel senso che tale pretesa sarebbe riferibile unicamente alle ipotesi di esercizio di una funzione giurisdizionale.

Del resto, ancorché la sentenza in commento non ne faccia esplicito riferimento, è evidente il rinvio alla nostra carta costituzionale; *l'art. 111 Cost.*, infatti, riserva alla legge il compito di assicurare la "ragionevole durata" unicamente del "processo" (non anche del procedimento amministrativo *lato sensu*), il quale processo è "giusto" in quanto si svolge "nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale". Rileva, qui, il concetto di "indifferenza" del giudice rispetto agli interessi delle parti del contenzioso ⁽³⁾.

In conclusione, in questo quadro normativo, sarebbe in contrasto con la *ratio* e con la lettera della suindicata Convenzione europea e della legge italiana una interpretazione che riconoscesse una equa riparazione ex *lege* n. 89 cit. per le lungaggini non riferibili ad una fattispecie processuale in senso stretto.

La conclusione cui giungono le Sezioni unite dev'essere verificata criticamente alla luce della interpretazione fornita dal Giudice competente (la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo) in ordine ai presupposti di operatività dell'art. 6 della CEDU. La portata di questa disposizione è stata progressivamente estesa - a particolari condizioni - alle procedure amministrative; inoltre, deve essere confrontata anche con l'indirizzo della giurisprudenza nazionale che, facendo leva sulla formulazione dell'art. 2 della legge c.d. Pinto, conclude per la spettanza dell'equo indennizzo ivi previsto in forza dell'inosservanza dell'art. 6 della CEDU (la cui portata differisce da quella dell'art. 111 della nostra Costituzione, precipuamente rivolto all'equo processo).

La sentenza in commento, poi, sollecita un approfondimento per i casi di "giurisdizione condizionata" (che tra l'altro ricorreva nella fattispecie concreta alla base della pronuncia in esame, oltre che in altre ugualmente significative) e di ricorso straordinario al Capo dello Stato, dopo gli ultimi interventi legislativi.

Responsabilità risarcitoria per tardiva conclusione del procedimento amministrativo

In via preliminare, vale la pena sottolineare la strutturale differenza tra la responsabilità risarcitoria per tardiva conclusione del procedimento amministrativo prevista dall'*art. 2 bis* della *L. n. 241/1990* e l'equa riparazione della legge c.d. Pinto. Si tratta di una responsabilità evidentemente differenziata rispetto a quella propria dello Stato prevista dalla *L. n. 89/2001*.

In effetti, nella soluzione accolta dalla sentenza in commento ha pesato anche quanto appena rilevato: l'attenzione - emersa nell'indirizzo giurisprudenziale oramai superato - di non far gravare sul cittadino le inerzie dell'amministrazione pubblica, qualora per la fase amministrativa precontenziosa non fosse previsto un termini finale ⁽⁴⁾, non avrebbe oggi più ragion d'essere.

A ben vedere, infatti, le previsioni legislative ⁽⁵⁾ che consentono di affermare la responsabilità risarcitoria dell'amministrazione, o comunque un suo obbligo di indennizzo, per l'ingiustificato ritardo nell'adozione di un provvedimento espresso renderebbero superfluo il rinvio alla legge c.d. Pinto; in altri termini - come si legge nella sentenza - non esisterebbe più una lacuna da colmare nell'ordinamento giuridico, in quanto non si registrerebbero casi sforniti della possibilità di adire un giudice per ottenere un risarcimento del danno, o comunque un indennizzo del pregiudizio economico, conseguente ad un ritardo nello svolgimento di un procedimento amministrativo.

Né - mi pare - si registra una disciplina processuale così differente. Analogamente a quanto previsto dalla *L. n. 89* cit., anche gli obblighi imposti all'amministrazione di riparazione del pregiudizio economico derivante dai ritardi nell'adozione di atti amministrativi si sono progressivamente delineati nella legislazione più recente (comma *2 bis* dell'*art. 2 bis*, *L. n.*



241/1990) in termini di obblighi di indennizzo più che di responsabilità risarcitoria (con evidenti riflessi in ordine alla semplificazione del loro accertamento) ⁽⁶⁾.

A ciò si può aggiungere che, ragionando diversamente, si potrebbero verificare casi di duplicazione di ristoro economico per medesime fattispecie procedurali (*ex lege* n. 241/1990 ed *ex lege* c.d. Pinto).

Va, però, osservato che l'argomento invocato dalle Sezioni unite sulla completezza della tutela assicurata dal nostro ordinamento assume rilievo solo oggi, dopo le innovazioni dell' *art. 2 bis* della *L. n. 241/1990*. Invero, all'epoca del suindicato indirizzo giurisprudenziale (risalente al 2004) ⁽⁷⁾, superato dalle Sezioni unite in commento, mentre la normativa sul procedimento era chiara nel prevedere un termine finale per la sua conclusione, non vi erano ancora soluzioni unanimemente condivise sull'affermazione della responsabilità risarcitoria dell'amministrazione per l'inosservanza di detto termine finale.

Giurisdizione condizionata

Maggiore attenzione merita la sentenza in epigrafe rispetto alle ipotesi di "giurisdizione condizionata", che ricorre quando l'accesso alla tutela giurisdizionale è condizionato al previo esperimento di un ricorso in via amministrativa. Alla base della sentenza in epigrafe vi era proprio un caso simile: il giudice ordinario era stato adito da un ex carabiniere collocato in congedo dopo aver inutilmente chiesto in sede amministrativa il miglioramento del trattamento pensionistico (un caso di giurisdizione condizionata, nell'ordinamento militare, era anche alla base di una pronuncia appartenente all'indirizzo giurisprudenziale oggi non più condiviso dalle Sezioni unite in commento) ⁽⁸⁾.

Come è noto, l'ammissibilità di una giurisdizione condizionata è stata verificata sotto due profili: il primo, riguardante la possibilità di subordinare l'azione giurisdizionale a un adempimento estraneo al processo (ricorso amministrativo); il secondo, relativo all'esclusione della "immediatezza" della protezione giurisdizionale, dato che *l'art. 24 Cost.* potrebbe richiedere soltanto la "indefettibilità" della tutela. Peraltro, negli ultimi trent'anni diverse sentenze della Corte costituzionale italiana hanno ridimensionato la ammissibilità dell'istituto, la cui legittimità costituzionale è invece stata confermata per l'ordinamento militare⁽⁹⁾. In altri ordinamenti, invece, l'esperimento di un procedimento contenzioso preliminare innanzi all'amministrazione pubblica rappresenta ancora presupposto di ammissibilità dell'azione giurisdizionale (come, ad esempio, nell'ordinamento processuale amministrativo tedesco) ⁽¹⁰⁾.

Dunque, secondo la sentenza in commento, la fase amministrativa introdotto da siffatti ricorsi non rilevarebbe in quanto il diritto alla pronuncia in termini ragionevoli si configura solo dal momento in cui sia stato adito il competente tribunale indipendente ed imparziale.

La linearità degli argomenti alla base della soluzione delle Sezioni unite in epigrafe dev'essere vagliata criticamente sotto due profili.

Innanzitutto, va rimarcata la formulazione dell' *art. 2 della L. n. 89/2001*, in forza del quale: "Chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della *legge 4 agosto 1955, n. 848*, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione".

Questo perché, come anche condiviso dai Giudici di legittimità italiani ⁽¹¹⁾, la spettanza dell'equo indennizzo previsto dalla legge c.d. Pinto dovrebbe essere accertata in ragione dell'inosservanza dell'art. 6 della CEDU, così come interpretato dal Giudice competente a delinearne la portata applicativa.

A riguardo si registra la progressiva estensione applicativa dell'art. 6 della CEDU da parte della Corte di Strasburgo, che l'ha ritenuto applicabile in taluni casi anche ai procedimenti amministrativi e - va detto, sempre per via interpretativa - anche ai processi svolti innanzi ad un giudice amministrativo.

A tal fine, la Corte di Strasburgo ha attribuito alle nozioni contenute nell'art. 6 della CEDU un significato "autonomo" rispetto a quello proprio dei singoli ordinamenti, il che riguarda anche la definizione di "Tribunale" di tale norma.

In sintesi, ai fini della rilevanza dell'art. 6 della CEDU rileva una accezione sostanziale di tale termine, che valorizza il profilo funzionale del soggetto pubblico chiamato a decidere nella fase

amministrativa "precontenziosa". In conclusione, per la Corte di Strasburgo è determinante il potere concretamente esercitato dall'organo pubblico, più che la sua natura di organo giurisdizionale in senso stretto; né importa che tale organo pubblico risolva una controversia in senso tecnico. Secondo la Corte di Strasburgo bisogna aver riguardo al fatto che il soggetto pubblico abbia il potere di decidere la questione sottopostagli, con effetti vincolanti per le parti coinvolte, incidendo sulla realtà giuridica. Esempi in questo senso sarebbe stati identificati nei procedimenti amministrativi sanzionatori e nei procedimenti amministrativi ablatori ⁽¹²⁾.

Corollario di ciò dovrebbe essere, per il nostro ordinamento, la conseguente estensione dell'ambito di applicazione dell' *art. 2 della L. n. 89/2001* cit., ed a maggior ragione nei casi di giurisdizione condizionata, anche perché - sotto un profilo giuridico - la decisione amministrativa su ricorso presenta delle peculiarità che valgono a distinguerla dall'esercizio di un potere amministrativo *latu sensu*.

Si giunge così all'altro profilo, che i ricorsi amministrativi costituiscono pur sempre uno strumento di protezione dei privati contro l'amministrazione pubblica, ed anzi questi costituivano l'unico rimedio possibile prima dell'abolizione del contenzioso amministrativo realizzatasi nel 1865 (tant'è che la relativa materia appartiene, per tradizione, alla giustizia amministrativa, venendo trattati come mezzi di giustizia amministrativa nel suo significato più ampio) ⁽¹³⁾.

Tali rimedi, pur non essendo strumenti di tutela giurisdizionale, hanno comunque carattere "giustiziale" e presentano affinità con istituti di diritto processuale (così non possono essere intesi come meri "esposti" all'amministrazione, ma si definiscono strumenti di tutela di interessi qualificati, tant'è che l'autorità amministrativa decidente deve attenersi al principio della domanda) ⁽¹⁴⁾. Si tratta comunque di rimedi giuridici, puntualmente disciplinati dal *D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199* ("Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi").

Pertanto, anche la decisione su tali ricorsi amministrativi si caratterizza, in termini giuridici, per essere frutto di valutazioni imparziali in ordine alla legittimità (o anche opportunità) di un atto amministrativo contestato ⁽¹⁵⁾; tant'è che si sottolinea la specificità della "funzione amministrativa attivata da un ricorso".

In questa prospettiva, il ricorso gerarchico rappresenta un rimedio aggiuntivo previsto propriamente per la protezione del cittadino, e non tanto per la soddisfazione di esigenze dell'apparato amministrativo (e cioè per consentire ai suoi vertici di esprimersi su una questione di amministrazione attiva; va, in sostanza, distinto il potere di decidere il ricorso gerarchico dal potere di amministrazione attiva).

Pertanto, si potrebbe dubitare della ragione giustificatrice dell'istituto del "ricorso amministrativo" se non fosse almeno in astratto ipotizzabile che la conseguente decisione amministrativa sia comunque frutto di una valutazione imparziale, ancorché non 'terza' perché riconducibile all'apparato amministrativo da cui promana il provvedimento contestato.

Diverso profilo riguarda la scarsa rilevanza pratica dell'istituto, determinata non tanto dalla sua disciplina, quanto al limite dalla incapacità dell'amministrazione di assicurare serietà nell'istruttoria e imparzialità delle decisioni su ricorsi diretti contro propri atti ⁽¹⁶⁾, e soprattutto dal fatto che la legge del 1971 istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali ha abolito il requisito della definitività del provvedimento ai fini della sua impugnazione giurisdizionale ⁽¹⁷⁾.

Brevi conclusioni

La portata della sentenza in commento andrebbe valutata sotto alcuni profili.

Per un verso, va segnalato che la soluzione accolta dalle Sezioni unite pare poggiarsi su argomenti che non sono pacifici, nella misura in cui si osservi che - come si è detto - in alcuni ordinamenti stranieri (e in Italia rispetto all'ordinamento militare) l'esperimento di un procedimento contenzioso preliminare innanzi all'amministrazione pubblica costituisce presupposto per l'accesso alla giustizia amministrativa.

A riguardo va rimarcato che la citata giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha chiaramente messo in luce come ai termini di cui all'art. 6 della CEDU (in primis, il riferimento al "tribunale") debba essere attribuito un significato "autonomo" e non necessariamente coincidente con quello usualmente attribuito nell'ordinamento del singolo Stato membro: ciò proprio al fine di evitare la sostanziale elusione del diritto riconosciuto dalla CEDU, elusione possibile se il riconoscimento di quel diritto fosse subordinato ad un'interpretazione dei suoi presupposti 'orientata' dall'uso di

categorie o definizioni invalse all'interno dello Stato membro (o assunte da un indirizzo della giurisprudenza nazionale considerata).

Del resto, anche nel nostro Paese, il progressivo ridimensionamento dell'importanza pratica di alcuni ricorsi amministrativi subisce, soprattutto in questa fase, significative eccezioni. Quindi, - ed è forse l'aspetto di maggiore interesse - andrebbero approfonditi i riflessi della pronuncia in commento sul tema della tutela assicurata da un particolare 'ricorso amministrativo' (*art. 8, D.P.R. n. 1199 cit.*), alla luce della ben nota presa di posizione della Corte costituzionale ⁽¹⁸⁾ e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato secondo cui, per effetto delle modifiche legislative più recenti, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica sarebbe ormai assimilabile a un ricorso giurisdizionale ⁽¹⁹⁾; ancorché la decisione su tale ricorso non possa essere del tutto assimilata ad una pronuncia giurisdizionale ⁽²⁰⁾.

In sintesi, se il ricorso straordinario in parola ha natura sostanzialmente giurisdizionale "in modo da assicurare un grado di tutela non inferiore a quello conseguibile agendo giudizialmente" ⁽²¹⁾, seguendo la linea argomentativa delle Sezioni unite in epigrafe, non può escludersi nei suoi confronti, a priori, l'applicabilità dell'*art. 2* della legge c.d. Pinto, anche in forza dell'argomento utilizzato dall'Adunanza Plenaria del 2013 che valorizza la conclusione cui sono giunte, in altra vicenda, le Sezioni unite, vale a dire che: "l'atto finale della procedura è esercizio della giurisdizione nel contenuto espresso dal parere del Consiglio di Stato che, in posizione di terzietà e di indipendenza e nel rispetto delle regole del contraddittorio, opera una verifica di legittimità dell'atto impugnato" ⁽²²⁾. Il che assume particolare significato in ragione della recente "rivitalizzazione" del suindicato ricorso straordinario nella legislazione più recente e nella giurisprudenza citata.

⁽¹⁾ *L. 24 marzo 2001, n. 89*, recante: "Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica *dell'articolo 375 del codice di procedura civile*".

⁽²⁾ Secondo un primo indirizzo giurisprudenziale, non condiviso dalle Sezioni unite in epigrafe, "in tema di equa riparazione per la non ragionevole durata del processo, ai sensi dell' *art. 2, comma 2, l. 24 marzo 2001 n. 89*, il giudice, nell'accertare la violazione della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'*art. 6, par. 1*, deve considerare, tra l'altro, il comportamento delle autorità chiamate a concorrere al procedimento o, comunque, a contribuire alla sua definizione, nel novero delle quali va compresa anche l'autorità preposta a trattare una fase amministrativa necessaria precedente il giudizio (nel senso che tale fase sia condizione perché il giudizio possa avere luogo), ma soltanto allorché per l'esaurimento di detta fase non sia previsto alcun termine. Viceversa, allorché la fase amministrativa precedente il giudizio vero e proprio sia, a propria volta, regolata da uno specifico termine di durata, oggetto esso stesso di valutazione di adeguatezza da parte del legislatore e peraltro ragionevole, va ribadito che la preventiva proposizione della domanda in sede amministrativa non appartiene al processo, né contribuisce alla sua definizione, onde non rileva ai fini della durata ragionevole dello stesso" (così *Cass., Sez. I, 29 marzo 2006, n. 7117*, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 3, la quale ha escluso la rilevanza della fase amministrativa di formazione del silenzio-rigetto della p.a. sull'istanza di contributo in favore dei familiari che assistono invalidi non autosufficienti, di cui all'*art. 26 L.R. Campania n. 11/1984*); in termini analoghi cfr. *Cass., sez. I, 28 aprile 2006, n. 9853*, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 4 (in applicazione di tale principio, la Cass. ha rigettato il motivo di ricorso con il quale la pronuncia di merito, di diniego del contributo previsto dall'*art. 26 L.R. Campania 15 marzo 1984, n. 11* in favore dei familiari che assistono invalidi non autosufficienti, era stata censurata per non aver tenuto conto del tempo impiegato dall'amministrazione per l'esame dell'istanza, in quanto, a tal fine, era previsto un apposito termine); *Cass., Sez. I, 7 febbraio 2006, n. 2618*, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 2 (la quale esclude la riparazione *ex lege* c.d. Pinto quando la fase amministrativa che precede il giudizio sia regolata da uno specifico termine di durata, oggetto esso stesso di valutazione di adeguatezza da parte del legislatore e peraltro ragionevole: ipotesi, quest'ultima, nella quale la preventiva proposizione della domanda in sede amministrativa, ove richiesta, non appartiene al processo, né contribuisce alla sua definizione. Tale situazione ricorre - secondo la Cass. - nel caso di impugnazione davanti al giudice amministrativo del silenzio-rifiuto, essendo predeterminato dalla legge il termine decorso il quale il silenzio serbato dalla p.a., a fronte di un'istanza del privato, è equiparato ad un provvedimento



di rigetto dell'istanza, avverso il quale all'interessato è dato ricorrere al giudice: sicché la ragionevole durata del conseguente giudizio deve essere vagliata unicamente con riferimento al tempo occorso per la definizione del giudizio medesimo, indipendentemente da quello allo spirare del quale si è giuridicamente formato il provvedimento di rigetto impugnato); *Cass., Sez. I, 9 novembre 2007, n. 23385*, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 11. Il secondo indirizzo giurisprudenziale, condiviso dalla sentenza in commento, è espresso da *Cass., Sez. I, 17 marzo 2004, n. 5386*, in *Foro it.*, 2004, I, 189 (secondo cui non si deve tener conto dei tempi occorrenti per lo svolgimento della fase amministrativa richiesta ai sensi dell'art. 443 c.p.c.); *Cass., Sez. I, 30 dicembre 2009, n. 28105*, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 12 (la Cass. rileva che poiché è il deposito dello stato passivo che costituisce il presupposto per le contestazioni davanti al giudice ordinario, la connotazione giurisdizionale sopravviene soltanto con il deposito stesso e per effetto della proposizione delle opposizioni e delle impugnazioni di cui agli artt. 98 e 100 l. fall. o delle insinuazioni tardive. Pertanto, ove non sia dedotta l'esistenza di un contenzioso con riferimento all'avvenuta declaratoria dello stato di insolvenza ed ai giudizi eventualmente da essa derivanti, il procedimento mantiene inalterato il suo carattere amministrativo, a nulla rilevando, come nella specie, che la liquidazione si sia aperta in seguito a conversione dell'iniziale procedura fallimentare); *Cass., Sez. I, 28 maggio 2010, n. 13088*, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 5 (la quale ha confermato la sentenza impugnata che, ai fini del computo della durata di un giudizio in materia di pensioni svoltosi dinanzi alla Corte dei conti, non aveva considerato il tempo necessario per la previa definizione del procedimento amministrativo che aveva condotto al provvedimento impugnato dinanzi al giudice contabile).

⁽³⁾ Per tutti cfr. U. Pototschnig, *Il giudice interessato non è indipendente*, in *Giur. Cost.*, 1965, 1291 (ora in *Scritti scelti*, Padova, 1999, 139).

⁽⁴⁾ *Cass., Sez. I, 28 aprile 2006, n. 9853*; *Cass., Sez. I, 17 novembre 2005, n. 23314*; *Cass., Sez. I, 2 novembre 2004, n. 21045*; *Cass., Sez. I, 17 marzo 2004, n. 5386*.

⁽⁵⁾ Esplicitamente ricordate dalle Sezioni unite in commento: art. 2 bis, L. 7 agosto 1990, n. 241 ("Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi"), introdotto dall'art. 7, 1° comma, lett. c), della L. 18 giugno 2009, n. 69, e successivamente modificato dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, art. 28, di conversione con modifiche del D.L. 21 giugno 2013, n. 69 ("Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia"). In forza della nuova formulazione dell'art. 2 bis cit.: "1. Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. 1-bis. Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento".

⁽⁶⁾ Sulla distinzione tra tutela risarcitoria ed obbligo di indennizzo cfr. A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 167 ss.

⁽⁷⁾ Vedi precedente nota 4.

⁽⁸⁾ *Cass., Sez. I, 2 novembre 2004, n. 21045*, cit.

⁽⁹⁾ A riguardo cfr. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 99 ss., il quale, tra le altre, ricorda le sentenze della Corte cost., 11 dicembre 1989, n. 530, in *Giust. Civ.*, 1990, I, 309 (sulla non coerenza con l'art. 24 Cost. dei ricorsi amministrativi in materia previdenziale avanti alla Corte dei conti), da un lato; dall'altro, Corte cost., 22 aprile 1997, n. 113, in *Foro Amm.*, 1999, 7 (sulla giurisdizione condizionata nell'ordinamento militare).

⁽¹⁰⁾ Art. 68 e segg. dell'ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO), nella traduzione di G. Falcon e C. Fraenkel, Trento, 2000, 57 ss.; sul punto cfr. A. Masucci, *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milano, 1991, 29 ss.

⁽¹¹⁾ *Cass., Sez. un., 26 gennaio 2004, n. 1340*, secondo cui: "Come chiaramente si desume dall'art. 2, comma 1, della detta legge, il fatto giuridico che fa sorgere il diritto all'equa riparazione da essa prevista è costituito dalla 'violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955 n.



848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione'. La legge n.89/2001, cioè, identifica il fatto costitutivo del diritto all'indennizzo per relationem, riferendosi ad una specifica norma della CEDU. Questa Convenzione ha istituito un giudice (Corte europea dei diritti dell'uomo, con sede a Strasburgo) per il rispetto delle disposizioni in essa contenute (art. 19), onde non può che riconoscersi a detto giudice il potere di individuare il significato di dette disposizioni e perciò di interpretarle. Poiché il fatto costitutivo del diritto attribuito dalla [legge n. 89/2001](#) consiste in una determinata violazione della CEDU, spetta al Giudice della CEDU individuare tutti gli elementi di tale fatto giuridico, che pertanto finisce con l'essere "conformato" dalla Corte di Strasburgo, la cui giurisprudenza si impone, per quanto attiene all'applicazione della [legge n. 89/2001](#), ai giudici italiani". Si veda altresì Cass., Sez. un., 26 gennaio 2004, nn. 1338, 1339 e 1341, sulle quali cfr. P. Gallo, in *Foro It.*, 2004, I, 693 ss., e R. Conti, *CEDU e diritto interno: le sezioni unite si avvicinano a Strasburgo sull'irragionevole durata dei processi*, in *Corriere Giur.*, 2004, 600.

⁽¹²⁾ Su tutti questi aspetti cfr. G. Della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, 27; nonché la rassegna giurisprudenziale di M. Allena, in *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 36 ss., 171 ss.; S. Mirate, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'altro diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007, 219 ss.

⁽¹³⁾ A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1969, 695; M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 422; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 17; cfr. altresì le considerazioni di G. Berti sugli istituti per la giustizia nell'amministrazione in *Corso breve di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 63 ss.

⁽¹⁴⁾ Sulla necessità di distinguere la funzione "giustiziale" dell'amministrazione da quella "giurisdizionale" assicurata da un giudice cfr. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 144 ss.; F. Benvenuti, in *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959, 39 ss. e 235 ss. In giurisprudenza cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 16 luglio 2012, n. 4150, secondo cui: "La funzione giustiziale del ricorso amministrativo, e le garanzie che tale funzione comporta, implicano che la decisione, assunta ai sensi dell'art. 5 del medesimo [d.P.R. n. 1199 del 1971](#), non sia soggetta a revoca o annullamento d'ufficio da parte dell'Amministrazione".

⁽¹⁵⁾ Così si ritiene che il ricorso "gerarchico" si "fonda su una presunzione di maggiore competenza e saggezza del superiore gerarchico" (G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2004, 417).

⁽¹⁶⁾ Infatti "i ricorsi amministrativi vanno tenuti distinti dalle mere denunce, in quanto, diversamente da ciò che accade per queste, la legge riconosce a chi li propone un interesse giuridicamente protetto a che l'autorità adita pronunci - come è suo obbligo (onde l'omessa pronuncia rappresenta violazione di un dovere d'ufficio) - su di essi. Ciò inerisce al fatto che si tratta di mezzi di giustizia (o, come anche suol dirsi, giustiziali), vale a dire di strumenti ordinati a risolvere delle controversie in vista della realizzazione della giustizia nel caso concreto (né vale ad alterare tale loro connotazione la circostanza che dati i metodi ostruzionistici con cui le autorità adite - particolarmente quando non si trovino in posizione di terzietà, e non siano per ciò disinteressate rispetto all'oggetto della decisione - sono solite comportarsi nella vicenda, si tratti di una giustizia che generalmente dà cattiva prova)." (A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 695). Si veda altresì A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 158 (con riferimento al ricorso "gerarchico") e 160 (con riferimento al ricorso "in opposizione"); in termini analoghi G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 417.

⁽¹⁷⁾ Infine, andrebbe considerata la regola posta dall' [art. 6 del D.P.R. n. 1199](#) cit., che pone un termine di novanta giorni dalla data di presentazione del ricorso gerarchico per la sua decisione, decorso inutilmente il quale questo s'intende respinto. Si tralascia in questa sede di approfondire il problema degli effetti scaturanti dal "silenzio" tenuto dall'amministrazione decidente in questi casi, che - come è noto - è stato oggetto di dibattito dottrinario ed evoluzione giurisprudenziale, in particolare sull'onere di impugnazione della decisione tardiva sul ricorso gerarchico (Cons. di Stato, Ad. Plen., 24 novembre 1989, n. 16, e 4 dicembre 1989, n. 17).

⁽¹⁸⁾ [Corte cost., 2 aprile 2014, n. 73](#), secondo cui: "L'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, cui questa Corte in passato aveva riconosciuto natura amministrativa, soprattutto in ragione della facoltà del Consiglio dei ministri di adottare una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato (sentenza n. 254 del 2004), è stato di recente oggetto di



importanti interventi legislativi. Tra questi rileva, in particolare, l' *art. 69, secondo comma, della legge n. 69 del 2009*, che, modificando l' *art. 14 del d.P.R. n. 1199 del 1971*, ha stabilito che «La decisione del ricorso straordinario è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero competente, conforme al parere del Consiglio di Stato». L'acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, che assume così carattere di decisione, ha conseguentemente modificato l'antico ricorso amministrativo, trasformandolo in un rimedio giustiziale, che è sostanzialmente assimilabile ad un "giudizio", quantomeno ai fini dell'applicazione dell' *art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948* e dell' *art. 23 della legge n. 87 del 1953*".

⁽¹⁹⁾ Cons. di Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9, che valorizza le novità normative dell' *art. 3, 44° comma, L. 21 luglio 2000, n. 205* ("Disposizioni in materia di giustizia amministrativa"), dell' *art. 69, L. 18 giugno 2009, n. 69* ("Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile"), degli artt. 7, 8° comma, e 48, *D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104* (Codice del processo amministrativo) (la decisione dell'Adunanza Plenaria è pubblicata in *Foro it.*, 2013, III, 483, con nota critica di A. Travi, *La «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario*); si vedano altresì Cons. di Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18 e Cons. di Stato, Adunanza delle Sezioni Riunite Prima e Seconda del 21 marzo 2012, n. 2131. A riguardo cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 493; G. D'Angelo, *Consiglio di Stato e "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, 2012, III, 532.

⁽²⁰⁾ A. Travi, *La «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario*, cit., 483 ss.; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 167.

⁽²¹⁾ Cons. di Stato, Ad. Plen., n. 9/2013 cit., che richiama Cons. di Stato, Sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3613, e Cons. di Stato, Sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4638.

⁽²²⁾ *Cass., Sez. un., 19 dicembre 2012, n. 23464*.

Riv. Dir. Civ., 2019, 1, 243 (dottrina)

ANNULLAMENTO DELL'ATTO AMMINISTRATIVO E LESIONE DELL'AFFIDAMENTO INCOLPEVOLE

ALFIO GUIDO GRASSO - Dottorando di ricerca

La risarcibilità del pregiudizio, causato dall'annullamento di un provvedimento favorevole al soggetto che ha confidato sulla sua legittimità, si pone al crocevia di gravi questioni non solo di ordine processuale, ma anche di natura sostanziale. Ricondotta la giurisdizione al giudice ordinario, le Sezioni unite hanno riconosciuto tutela, nelle forme della responsabilità extracontrattuale, alla posizione del soggetto beneficiario dall'atto illegittimo, che hanno qualificato in termini di diritto soggettivo al patrimonio. Vi sono perciò dubbi sulla natura della responsabilità, nonché sulle caratteristiche che deve avere l'affidamento del soggetto leso perché sia meritevole di tutela.

SOMMARIO: 1. I problemi. - 2. La questione di giurisdizione. - 3. Il diritto all'integrità del patrimonio. - 4. La natura della responsabilità della P.A. - 5. L'incolpevole affidamento.

1. - La risarcibilità del pregiudizio, causato dall'annullamento di un provvedimento favorevole al soggetto che ha confidato sulla sua legittimità⁽¹⁾, si pone al crocevia di gravi dubbi non solo di ordine processuale, ma anche di natura sostanziale.

La soluzione dei primi, aventi a oggetto questioni di giurisdizione, si deve a due successivi interventi delle Sezioni unite, che hanno risolto il conflitto a favore del giudice ordinario. Un primo gruppo di sentenze, risalente al 2011, aveva già negato la giurisdizione alle corti amministrative; ma la reazione vivace della dottrina pubblicistica, e della stessa giurisprudenza, ha imposto alla Cassazione di tornare in argomento nel 2015, con più ampie motivazioni volte a confermare la scelta già adottata.

Le argomentazioni a sostegno dell'attribuzione della giurisdizione alle corti ordinarie interpellano il cultore del diritto privato. Il giudice di legittimità, infatti, riconosce tutela, sul piano della responsabilità extracontrattuale, alla posizione del soggetto beneficiario dall'atto illegittimo, ricondotta alla controversa qualificazione del diritto soggettivo al patrimonio, soltanto nei limiti in cui si dimostri l'incolpevolezza dell'affidamento; accogliendo soluzioni che, sul piano del diritto

sostanziale, hanno suscitato critiche nella dottrina civilistica e che meritano di essere ulteriormente esaminate e approfondite.

2. - In contrasto con la prevalente giurisprudenza amministrativa, che qualificava la fattispecie in termini di responsabilità per lesione di interessi legittimi⁽²⁾, i supremi giudici hanno negato la giurisdizione del giudice speciale già nel 2011⁽³⁾, osservando, per un verso, che si verteva in materia di diritti soggettivi e, per altro verso, che il pregiudizio del privato non era causalmente connesso con l'illegittimità dell'atto amministrativo⁽⁴⁾. Secondo le Sezioni unite il privato non ha, in questo caso, interesse a censurare un agire illegittimo della pubblica amministrazione - che non l'ha direttamente pregiudicato, essendo ampliativo della sua sfera giuridica e satisfattivo della sua richiesta - né ha invocato l'accertamento di tale illegittimità, avendo anzi interesse a contrastarlo: il privato, piuttosto, si è lamentato del comportamento incoerente dell'amministrazione, che l'ha indotto a fare affidamento su un provvedimento illegittimo a lui favorevole, successivamente annullato in autotutela o in via giurisdizionale. Il provvedimento rileva non quale esercizio del pubblico potere, ma soltanto quale mero comportamento: ne discende, nell'ottica della Cassazione, che non vi sarebbe giurisdizione neanche in quelle materie in cui al giudice speciale è riservata la giurisdizione esclusiva.

La posizione delle Sezioni unite non solo non è stata seguita dalla giurisprudenza amministrativa prevalente⁽⁵⁾, ma è stata anche oggetto di vivaci critiche della dottrina pubblicistica: anche se solo pochi autori hanno negato la correttezza della qualificazione della posizione del privato in termini diversi dall'interesse legittimo⁽⁶⁾, la maggior parte ha considerato irricevibile l'idea che andasse negata la giurisdizione del giudice amministrativo anche nelle materie di giurisdizione esclusiva⁽⁷⁾, traendo talora argomento dalla sopravvenuta riforma del codice del processo amministrativo⁽⁸⁾.

Con un'ordinanza particolarmente articolata con cui ha innanzitutto inteso superare il punto di vista di quella parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa per la quale la posizione del privato sarebbe stata da qualificare in termini di interesse legittimo al corretto svolgimento dell'azione amministrativa, la Cassazione è ritornata sul tema nel 2015 e, confermata la natura di diritto soggettivo della situazione giuridica vantata dal privato, ha, da un canto, precisato meglio, dopo aver descritto compiutamente i contorni della fattispecie, di che diritto si stesse trattando, richiamando la figura del diritto al patrimonio, e, dall'altro canto, ha puntualizzato alcuni passaggi del ragionamento che aveva già condotto la stessa Corte a escludere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁽⁹⁾.

Secondo le Sezioni unite la legittimità dell'azione amministrativa non sarebbe parte costitutiva del contenuto della posizione giuridica che l'istante vuole far valere, la quale si esaurisce nella pretesa a un determinato bene della vita. Dal punto di vista del destinatario l'atto "è *del tutto irrilevante in termini di efficacia lesiva e dunque il suo interesse legittimo non si può dire leso, di modo che non si può configurare alcun danno ingiusto alla stregua dell'art. 2043 c.c.*"⁽¹⁰⁾. Una volta intervenuta la rimozione definitiva dell'atto⁽¹¹⁾, ciò che il privato lamenta non è la violazione dell'interesse legittimo che gli era stato indebitamente riconosciuto⁽¹²⁾, ma "la lesione di una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione dell'integrità del suo patrimonio", concretizzatasi nell'avere egli sopportato perdite e/o mancati guadagni per colpa dell'agire della P.A., idoneo, per le circostanze e le modalità con cui è stato esercitato, a determinare un affidamento sulla legittimità del provvedimento e, quindi, sulla conservazione del beneficio ottenuto⁽¹³⁾.

Ricondotta la fattispecie alla lesione di un diritto soggettivo, la Corte di cassazione si è chiesta se dovesse comunque conoscerne il giudice amministrativo quale giudice esclusivo di determinate materie anche ai sensi della sopravvenuta formulazione dell'art. 7, commi 1 e 5, c.p.a.⁽¹⁴⁾. Secondo le Sezioni Unite difettano i presupposti sulla base dei quali la norma ora vigente devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di determinate materie. La lesione del diritto soggettivo non deriva, infatti, dall'esercizio del potere amministrativo⁽¹⁵⁾, sulla cui modalità non può esservi più controversa una volta che l'illegittimità è stata definitivamente accertata e l'atto annullato, in quanto quel che rileva piuttosto è "l'attitudine del pregresso esercizio del potere (...) a determinare come conseguenza causale l'insorgenza di un incolpevole affidamento (...) nella permanenza della situazione di vantaggio". Individuata la giurisdizione, le Sezioni Unite hanno escluso che l'adozione del provvedimento favorevole illegittimo fosse di per sé idonea a ingenerare nel destinatario il positivo

convincimento della legittimità dello stesso, in contrasto con l'opinione che sembrava trasparire dalle decisioni del 2011 e che era condivisa dalla dottrina⁽¹⁶⁾. Secondo i giudici, ove si accogliesse l'opposta opinione⁽¹⁷⁾, non si dovrebbe dare rilievo all'incolpevolezza dell'affidamento, in quanto la mera emissione attribuirebbe al destinatario dell'atto illegittimo *"per ciò solo ragione, per essere convinto che il provvedimento è stato emesso a seguito di un'attività della P.A. legittima"*, senza tenere in considerazione la possibilità che il privato, che ha chiesto il provvedimento, avrebbe potuto essere perplesso sulle sue condizioni di legittimità ovvero addirittura consapevole dell'infondatezza della sua richiesta.

Muovendo da questo assunto, le Sezioni Unite addossano sul privato la deduzione delle specifiche ragioni in forza delle quali sia stato indotto a compiere attività e a sopportare costi, confidando incolpevolmente sulla legittimità del provvedimento: per cui si pretende l'allegazione di elementi, *"idonei ad evidenziare, in concorso con l'emissione del provvedimento, la fattispecie determinativa del danno evento costituito dalla creazione dell'affidamento"*⁽¹⁸⁾.

3. - È singolare che le Sezioni Unite si siano attardate sulla figura del diritto all'integrità del patrimonio, come se ancora avessero inteso aderire all'idea secondo la quale per integrare l'ingiustizia del danno sarebbe occorsa la lesione di un diritto soggettivo⁽¹⁹⁾; idea in contrasto con l'opinione ormai consolidata in dottrina⁽²⁰⁾ e in giurisprudenza⁽²¹⁾ che ammette più genericamente la risarcibilità di tutte le situazioni soggettive la cui meritevolezza trovi fondamento nel bilanciamento di interessi⁽²²⁾.

Né tale prospettazione può trovare giustificazione nella circostanza che la Corte si stesse occupando di giurisdizione: la riconduzione degli interessi legittimi agli organi di giustizia amministrativa, ai sensi dell'art. 103 Cost., non presuppone che la giurisdizione ordinaria si occupi esclusivamente di situazioni che debbono essere qualificate in termini di diritto soggettivo.

Non occorre in questa sede insistere sulle critiche, ampiamente e autorevolmente manifestate dalla dottrina contro questa ricostruzione⁽²³⁾. È sufficiente ribadire che la configurazione di un diritto all'integrità del patrimonio, identificando qualsiasi danno patrimoniale con il danno ingiusto, sopprimerebbe il requisito dell'ingiustizia del danno, svuotando di significato la regola posta dall'art. 2043 c.c., in forza della quale si pretende che il danno patrimoniale per essere risarcibile debba essere ingiusto⁽²⁴⁾: accogliendo quella figura, verrebbe introdotto nel nostro ordinamento *"un principio antagonista in grado di scardinare l'intero sistema del danno patrimoniale"*⁽²⁵⁾.

In questa particolare fattispecie, tuttavia, il richiamo alla figura del diritto all'integrità del patrimonio non è solo il frutto della volontà di ricondurre ad uno schema collaudato la soluzione di un problema nuovo⁽²⁶⁾, ma trova spiegazione negli stessi precedenti giurisprudenziali che hanno utilizzato questa figura per risolvere questioni in cui, come nel nostro caso, entra in gioco un problema di lesione di affidamento incolpevole⁽²⁷⁾.

Non è un caso che la prima pronuncia in cui è stato configurato questo diritto abbia risolto il famoso caso De Chirico, in cui si controverteva sulla meritevolezza dell'interesse dell'acquirente di un quadro che aveva confidato sulla firma del pittore sul retro della tela, apposta senza avere diligentemente accertato l'autenticità del dipinto⁽²⁸⁾. Così come la stessa configurazione è stata utilizzata per risolvere quei casi in cui un soggetto richiedente riceveva positive rassicurazioni da parte di un istituto di credito circa la solvibilità di un determinato soggetto, il quale, per converso, si scopriva essere già fallito ovvero insolvente (cd. benefondi⁽²⁹⁾).

È, quindi, ai profili della lesione dell'affidamento incolpevole che bisogna rivolgere l'attenzione, al di là della circostanza che la situazione soggettiva tutelata sia descritta o no richiamando specifiche situazioni di diritto soggettivo⁽³⁰⁾.

In quest'ottica le questioni che sono state segnalate dalla dottrina civilistica come più rilevanti attengono per un verso alla natura della responsabilità⁽³¹⁾ e, per altro verso, alle caratteristiche che deve avere l'affidamento perché sia meritevole di tutela⁽³²⁾.

4. - In dottrina è stato sollevato il dubbio della riconducibilità della fattispecie *de qua* nell'ambito della responsabilità contrattuale anziché in quella extracontrattuale, alla quale era stata ricondotta dalla Cassazione. In particolare, autorevole dottrina ha ritenuto appropriato evocare, nelle situazioni di fatto oggetto delle pronunce delle Sezioni Unite, la ricostruzione che aveva accreditato la responsabilità della p.a. come responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente⁽³³⁾, considerando particolarmente congruo il modello della responsabilità da lesione

dell'affidamento "*rispetto ad una relazione qualificata sorta all'esito dell'esercizio del potere da parte della Pubblica Amministrazione e che ha determinato l'affidamento*"⁽³⁴⁾.

Pare, tuttavia, opportuno, sul piano della fattispecie, distinguere il rapporto e il dovere di protezione, che trovano la loro fonte nel contatto sociale, dall'affidamento che sorge con l'adozione del provvedimento: anche temporalmente non vi è coincidenza tra questi due momenti. Per un verso, si può prospettare che il dovere di protezione conseguente al contatto sociale derivi dalla richiesta del privato o dall'offerta della pubblica amministrazione, ben prima dell'emissione del provvedimento illegittimo, sul quale confida il privato. Per altro verso, non sembra dubbio che non è dall'emissione del provvedimento che si configura per l'amministrazione un dovere di protezione nei confronti del destinatario dell'atto - posto che il provvedimento sia illegittimo - emergendo piuttosto il dovere di porre nel nulla l'attività provvedimentale svolta, non potendo l'amministrazione essere tenuta a salvare i risultati di un'attività *contra legem*, salvo che non ricorra uno di quei casi in cui non sussista un pubblico interesse al ripristino della legalità.

Le difficoltà che si riscontrano nel momento in cui si tenti di inquadrare la responsabilità della lesione da affidamento nell'una o nell'altra disciplina di responsabilità civile si sono poste già con riguardo ad altre fattispecie. Non occorre evidenziare che vi sono casi in cui si può affermare che l'affidamento non si sviluppa nell'ambito di un contesto relazionale⁽³⁵⁾; ma, al contempo, si deve registrare che proprio i casi in cui emerge la lesione dell'affidamento sono quelli in cui è ricorrente il dilemma della qualificazione contrattuale o extracontrattuale della responsabilità. Emblematiche sono le ipotesi della responsabilità da informazioni inesatte - la cui riscontrata difficoltà di inquadramento ha indotto l'elaborazione di una teoria generale di responsabilità da affidamento (*Vertrauenshaftung*)⁽³⁶⁾ - e della responsabilità precontrattuale - recentemente ricondotta dalla Cassazione nell'ambito della responsabilità contrattuale, in quanto radicata nel contatto sociale che lega le parti, da cui discende un reciproco affidamento dei contraenti, retto dal criterio della buona fede e dai correlati obblighi di informazione e di protezione⁽³⁷⁾.

Il dubbio nasce dalla difficoltà di parte della dottrina di inquadrare nell'ambito della responsabilità extracontrattuale quelle ipotesi di responsabilità caratterizzate dalla lesione di posizioni giuridiche soggettive ad opera di un terzo legato all'offeso da un rapporto qualificato e, quindi, a vario modo tenuto ad un onere di protezione specifico⁽³⁸⁾, anziché indifferenziato come quello del *quisque de populo*⁽³⁹⁾.

Atteso che l'esame esclusivo della fattispecie non consente indicazioni univoche, si prospetta l'esigenza di analizzare le differenze di disciplina derivanti dall'eventuale qualificazione in termini di responsabilità contrattuale o di responsabilità extracontrattuale, al fine di ricostruire la fattispecie in correlazione dialettica con la disciplina⁽⁴⁰⁾.

Tradizionalmente le principali conseguenze derivanti dall'opzione per l'uno o per l'altro modello di responsabilità sono state individuate: a) nella prevedibilità del danno; b) nell'onere della prova; c) nel termine prescrizione.

Per quanto riguarda la prevedibilità del danno, in dottrina, a fronte di posizioni tese a sottolineare la perdurante differenza di disciplina sussistente tra le due forme di responsabilità⁽⁴¹⁾, si è prevalentemente superato il mancato richiamo dell'art. 1225 c.c. da parte dell'art. 2056 c.c.: seppure al diverso fine di accertare se sussiste il nesso di causalità, e, più specificamente, la regolarità causale dei danni, il criterio della prevedibilità, insito nel giudizio di colpa, sembra emergere anche nella responsabilità aquiliana, con il risultato di escludere comunque la risarcibilità dei danni imprevedibili⁽⁴²⁾.

Anche con riferimento al riparto dell'onere della prova nelle due specie di responsabilità la dottrina prevalente ha ridimensionato le differenze di disciplina, mettendo in evidenza come le varie presunzioni di responsabilità disseminate in materia extracontrattuale consentono di pervenire a risultati non diverse da quelli ai quali si può giungere con la regola di cui all'art. 1218 c.c.⁽⁴³⁾. Risulta quindi abbandonata quella tralatizia rappresentazione secondo la quale l'inversione dell'onere probatorio sussisterebbe, in linea di principio, soltanto nella responsabilità contrattuale⁽⁴⁴⁾.

In altra prospettiva, seppure convergente nei risultati, si richiamano i criteri probatori generali, quale il principio di inerzia e il criterio della vicinanza, coordinandoli con le disposizioni di diritto sostanziale su cui si fonda la pretesa azionata in giudizio⁽⁴⁵⁾; con risultati, peraltro, non lontani da quelli cui è giunta la giurisprudenza⁽⁴⁶⁾.

La differenza di disciplina resta particolarmente evidente, perciò, soltanto in ordine al diverso termine di prescrizione: la ragione per la quale si decise di stabilire termini prescrizionali inferiori per la responsabilità aquiliana - innovando così rispetto al codice del 1865 dove si prevedeva l'applicazione del termine generale trentennale alla responsabilità da delitto⁽⁴⁷⁾ - sembra coincidere con la presa di coscienza che, di regola, il contenzioso nascente dal fatto illecito piuttosto che fondarsi su documenti scritti era solito basarsi su prove testimoniali⁽⁴⁸⁾.

L'assunto è contestato da parte della dottrina che pone in luce l'inspiegabilità, in base a tale parametro, dei termini di prescrizione breve nei contratti tipici, dove il rapporto è sovente invertito⁽⁴⁹⁾. Ma la difficoltà di giustificare le differenze nelle discipline settoriali, spesso derivanti da contingenze storiche⁽⁵⁰⁾, fa emergere solo la mancanza di un disegno complessivo ben coordinato, ma non inficia la correttezza della spiegazione più diffusa, fondata, per un verso, sulla difficoltà empirica del danneggiato, stante l'ordinaria assenza di prova scritta o la difficoltà di procurarsene copia, di provare l'illecito con mezzi diversi dalla prova testimoniale e, per altro verso, sull'esigenza di scongiurare condanne basate su testimonianze inattendibili perché troppo lontane nel tempo⁽⁵¹⁾.

Se si condivide la prospettiva adottata si possono trarre alcune conclusioni.

Il ricorso, da un lato, al criterio della migliore attitudine alla prova e la considerazione, dall'altro lato, dell'impossibilità di provare un fatto negativo se indeterminato e generico, conduce a ritenere che ricada sul privato l'onere di dover provare la fonte del danno sofferto, ossia l'ingeneramento dell'incolpevole affidamento e, per converso, sulla P.A. il peso di fornire la prova che l'incolpevole affidamento del privato è dipeso da fattori ad essa non imputabili: anche se resta incerto, alla luce della pluralità di prospettive adottate dalla nostra cultura giuridica, se a tale risultato si debba pervenire applicando direttamente la disciplina dell'art. 1218 c.c.⁽⁵²⁾ ovvero restando all'interno delle possibili combinazioni tra regole sostanziali e processuali riferibili alla responsabilità aquiliana.

Relativamente alla prescrizione, un possibile criterio per determinare l'applicazione dell'uno o dell'altro termine alle fattispecie non immediatamente sussumibili in quelle tipiche dell'inadempimento e del fatto illecito, può essere rappresentato dalla presumibile rilevanza della prova testimoniale, sicché, il contenzioso nascente dall'azione di risarcimento danni promossa dal privato leso nel suo affidamento dall'annullamento del provvedimento amministrativo, basandosi principalmente su prove documentali piuttosto che su prove testimoniali, non sembra compatibile con la *ratio* seguita dai compilatori del codice nel momento in cui scelsero di prevedere un termine abbreviato per la responsabilità extracontrattuale.

Anche a condividere tale ragionamento rimarrebbe aperto il dubbio se trarre da tale considerazione elementi per ricollocare la fattispecie nell'ambito della responsabilità contrattuale, muovendo dall'idea dell'atipicità delle fonti delle obbligazioni, o preferire il ricorso ad un *tertium genus*, al quale applicare la regola generale della prescrizione.

5. - Secondo la Cassazione il danno al privato deriverebbe dalla lesione dell'incolpevole affidamento riposto sulla legittimità e stabilità del provvedimento, affidamento che lo avrebbe indotto ad affrontare delle spese rivelatesi improduttive e inutili: i supremi giudici hanno escluso che l'adozione del provvedimento favorevole illegittimo fosse, di per sé, automaticamente idonea a ingenerare nel destinatario il positivo convincimento della legittimità dello stesso⁽⁵³⁾, pretendendo dall'attore l'allegazione di ulteriori elementi, idonei a integrare, in uno con il provvedimento, la fattispecie determinativa del danno rappresentato dalla creazione dell'affidamento⁽⁵⁴⁾.

L'ordinanza pare rifiutare quell'assunto, in precedenza sostenuto in dottrina, secondo il quale il principio dell'incolpevolezza dell'affidamento, se applicato ai rapporti con la P.A., soffrirebbe delle deroghe, o meglio, verrebbe sostituito da "*quella che una volta veniva chiamata presunzione di legittimità dell'atto e che oggi deve essere piuttosto chiamato come un diritto all'affidamento del contraente debole nell'esattezza dei comportamenti del p.a., [che] crea sempre, laddove sia violato, un diritto soggettivo al risarcimento del danno, sia che tale affidamento abbia ad oggetto un provvedimento ampliativo sia che esso abbia ad oggetto un provvedimento restrittivo*"⁽⁵⁵⁾. In questa prospettiva, il requisito dell'incolpevolezza sarebbe integrato dalla mera sussistenza dell'atto amministrativo, sulla cui legittimità il cittadino potrebbe fare affidamento per presunzione.

Si potrebbe, invero, dubitare che sia tuttora attuale la presunzione di legittimità dell'atto amministrativo e in ogni caso che tale presunzione rilevi rispetto a questo specifico conflitto⁽⁵⁶⁾. Ma quel che più rileva è che indici di segno opposto si possono ricavare dalla più recente disciplina del procedimento amministrativo in cui si prevede che a fronte al proposito dell'amministrazione di annullare d'ufficio il provvedimento illegittimo, l'ordinamento predispone una serie di garanzie di carattere pubblicistico dirette a tutelare la posizione del privato destinatario dell'atto annullando: rientrano tra queste i brevi termini di 60 giorni e di 18 mesi dall'adozione del provvedimento entro i quali, rispettivamente, deve proporsi l'azione di annullamento da parte di un terzo ovvero deve intervenire l'annullamento in autotutela⁽⁵⁷⁾. Di conseguenza, un giustificato affidamento non potrebbe sorgere nel privato prima della scadenza dei suddetti termini, visto che l'atto sarebbe ancora suscettibile di venire meno, salvo che non fosse intervenuto un *quid pluris* che giustificasse l'insorgere prematuro dell'affidamento: *quid pluris* che ben potrebbe coincidere con uno di quei requisiti dettati, a mo' di esemplificazione, dalle Sezioni unite nell'ordinanza⁽⁵⁸⁾. Risulta, peraltro, significativo che, a fronte di queste garanzie, in caso d'annullamento d'ufficio il c.p.a. non preveda, a differenza che nella revoca (art. 21-*quinques*), alcun obbligo indennitario in capo alla P.A.⁽⁵⁹⁾; a dimostrazione che di per sé il cittadino non possa fare affidamento sulla permanenza dell'atto amministrativo favorevole.

In altra prospettiva vi è chi ha criticato la giurisprudenza sostenendo che l'affidamento sorga già con il provvedimento amministrativo e che pertanto non occorra che sussistano altri elementi a dimostrazione dell'incolpevolezza⁽⁶⁰⁾. A parere di autorevole dottrina tale evidenza giurisprudenziale *"starebbe a significare che i provvedimenti della P.A., ossia atti vincolanti emanati a seguito di un intero procedimento amministrativo da parte di un soggetto tenuto istituzionalmente al rispetto del principio di legalità, non sarebbero di per sé idonei ad ingenerare un affidamento, mentre nel modello della responsabilità precontrattuale e nel rapporto fra privati atti del tutto non vincolanti in via definitiva - come una minuta di contratto o una lettera di intenti - ben sono idonei a ingenerare un affidamento. In altri termini, gli atti della P.A. sarebbero come gravati da una sorta di presunzione di inaffidabilità, sicché la loro idoneità ad ingenerare un affidamento sarebbe costantemente subordinata alla decisione, magari del tutto emulativa, di un qualunque soggetto legittimato ad impugnare l'atto"*⁽⁶¹⁾.

La tesi, pur suggestiva, non sembra pienamente condivisibile.

È vero che una semplice minuta o puntuazione è idonea di per sé a creare un affidamento incolpevole sulla volontà della controparte a pervenire alla stipulazione del contratto⁽⁶²⁾: ma in questo caso non ci troviamo di fronte al tipo di problemi che vengono tradizionalmente assegnati alla regola posta dal nucleo centrale dell'art. 1337 c.c. Piuttosto, il conflitto di interessi è appropriatamente riconducibile alla regola posta dall'art. 1338 c.c., in forza della quale la dichiarazione contrattuale di controparte non è sufficiente a creare una situazione di apparenza che dia vita ad un affidamento tutelabile, in quanto occorre che il destinatario abbia confidato senza colpa sulla validità "dell'atto": regola che si applica, come rivela la lettera dell'art. 1398 c.c., anche nel caso in cui la situazione di apparenza sia stata creata, quantomeno colpevolmente, dal soggetto che ha dato luogo all'invalidità (*rectius*, inefficacia), dichiarandosi rappresentante di un altro nonostante l'assenza di una valida procura⁽⁶³⁾.

Accogliendo il principio dell'affidamento incolpevole si tutelano equamente le parti, perché, nonostante l'ordinamento predisponga già delle garanzie di diritto pubblico a tutela dell'affidamento del destinatario del provvedimento, applicando tale principio al caso di specie si sgrava il privato dalle conseguenze della disfunzione amministrativa, socializzando il peso della disfunzione, subordinando, allo stesso tempo, la tutela del destinatario alla condizione che non abbia concorso a determinare il vizio del provvedimento, né che fosse tenuto a conoscerlo⁽⁶⁴⁾.

Non appare dunque condivisibile il rilievo secondo il quale *"il principio della risarcibilità del danno risentito da chi senza sua colpa abbia confidato sulla validità del contratto, ed a ciò sia stato indotto dalla mancata comunicazione delle cause d'invalidità da parte di chi le conosceva o le doveva conoscere introduce, ove trasposto nell'ambito dei rapporti tradizionalmente considerati come pubblicistici, un obbligo della p.a. di comunicare le cause d'invalidità del provvedimento da cui nasce, non solo il contratto, ma anche il "contatto" sul quale il privato ha riposto il proprio affidamento, cause d'invalidità che ella, parte forte del rapporto, avrebbe potuto e dovuto conoscere"*⁽⁶⁵⁾.

In realtà, se si tengono ferme le logiche del diritto privato, il discorso si potrebbe addirittura capovolgere.

Nel quadro del codice civile vigente, ad esempio, non è l'errante, nella cui sfera si è verificata la disfunzione, ad essere tenuto al risarcimento del danno, ogni qualvolta l'errore non fosse scusabile, secondo un modello seguito sotto il codice abrogato⁽⁶⁶⁾.

È la controparte dell'errante, anche quando non ha dato causa all'invalidità con un comportamento decettivo, ad essere responsabile perché non ha controllato la correttezza del processo di formazione della volontà del suo interlocutore⁽⁶⁷⁾.

Non si intende proporre questo modello nel conflitto tra P.A. e privato, quanto piuttosto sottolineare la complessità della ricerca di una soluzione appropriata alla luce degli indici normativi vigenti.

Nello specifico la soluzione dipenderà dalla riconducibilità del vizio all'interno della sfera di controllo dell'amministrazione o del privato e dal livello di conoscenze e informazioni tendenzialmente esigibili dal beneficiario⁽⁶⁸⁾.

Nel caso in cui l'illegittimità del provvedimento fosse ascrivibile al privato (ad esempio, l'impresa aggiudicatrice non fosse in regola con la disciplina sul diritto al lavoro dei disabili oppure il progetto edilizio presentato non fosse conforme alla legge⁽⁶⁹⁾) ovvero, a fortiori, fosse stata determinata da sue dichiarazioni od omissioni⁽⁷⁰⁾, non apparirebbe meritevole di tutela il suo affidamento⁽⁷¹⁾, visto che non solo avrebbe potuto essere in grado di accertare il vizio, ma ne sarebbe stato il diretto responsabile⁽⁷²⁾. Mentre, nel caso in cui il vizio fosse ricollegabile alla sfera dell'amministrazione (ad esempio, attenesse alla formazione del bando di gara), la soluzione non sarebbe altrettanto pacifica. Per risolvere la questione occorre muovere dal presupposto che l'ignoranza inescusabile delle cause d'illegittimità del provvedimento deve essere parametrata al livello di conoscenze e informazioni ordinariamente esigibili da una determinata categoria di operatori professionali (1176 c.c.)⁽⁷³⁾. Di conseguenza, se non è ragionevole attendersi che, di fronte a provvedimenti amministrativi di settore particolarmente articolati, il destinatario privo di competenze specialistiche possa percepirne i vizi, non si comprende per quale ragione non debba viceversa aspettarsi che il professionista o l'impresa, in considerazione della propria competenza tecnica, possano riconoscere il vizio di illegittimità che colpisce l'atto⁽⁷⁴⁾.

La meritevolezza dell'affidamento potrebbe risultare un requisito necessario ma non sufficiente ai fini del risarcimento del danno, in quanto, potrebbe ritenersi onere del danneggiato difendere, altresì, la legittimità del provvedimento su cui ha riposto affidamento, tanto in sede amministrativa quanto in sede giudiziaria. Effettivamente, un tale onere di difesa parrebbe incombere sul privato - al quale deve esserne comunicato l'avvio (art. 7, l. n. 241/1990) - nell'ambito del procedimento in autotutela, procedimento nel quale ha ancora la possibilità di difendere la legittimità del provvedimento ricevuto, cercando di evitare, in tal modo, la produzione del danno costituito dall'emanazione del provvedimento d'annullamento. Alla stessa soluzione potrebbe forse giungersi allorché all'annullamento del provvedimento si giungesse in fase giudiziaria, all'esito del giudizio d'impugnazione introdotto da un terzo. In tale processo - nel quale il privato interviene in quanto parte necessaria, in qualità di controinteressato - il danneggiato avrebbe la possibilità (spendendo le proprie difese a fianco dell'amministrazione resistente) di evitare l'emissione di una sentenza d'annullamento lesiva dei suoi interessi. Un ulteriore onere a suo carico potrebbe essere quello di impugnare l'atto finale del procedimento di autotutela, con il quale l'amministrazione ha annullato il provvedimento a lui favorevole. A riguardo, per poter giungere ad una risposta plausibile, è opportuno articolare qualche ulteriore considerazione. È noto che, con l'introduzione del c.p.a., è venuta meno la c.d. pregiudiziale amministrativa⁽⁷⁵⁾, tuttavia, il mancato proponimento dell'azione di annullamento rimane un elemento che mantiene una sua rilevanza ai fini dell'esame della domanda di risarcimento (art. 30, comma 3, c.p.a.)⁽⁷⁶⁾. Se è vero che la sottrazione alla giurisdizione amministrativa della controversia di cui ci stiamo occupando comporta l'impossibilità di applicazione di questa norma, tuttavia, dei danni che avrebbero potuto essere evitati mediante il tempestivo esperimento dell'azione di annullamento il giudice civile potrebbe tenerne conto sulla base della norma generale di cui all'art. 1227 c.c. (di cui l'art. 30, comma 3, c.p.a., costituisce, peraltro, espressione). A tal proposito, però, la giurisprudenza di legittimità ha escluso che l'onere di diligenza di cui al secondo comma dell'art. 1227 vada inteso nel senso che il danneggiato è tenuto ad agire tempestivamente in giudizio contro il danneggiante per far valere le proprie

ragioni, in quanto, l'istaurazione di un processo costituisce un'attività gravosa e rischiosa, che può comportare pur sempre un apprezzabile sacrificio in termini di costi e di rischi e che fuoriesce dalla nozione di ordinaria diligenza richiamata dalla norma in questione⁽⁷⁷⁾. Di conseguenza, e allo stesso modo, non costituisce un onere del privato - il cui mancato assolvimento potrebbe essere tenuto in considerazione dal giudice al momento della liquidazione del danno - contestare la sentenza mediante l'opposizione di terzo (artt. 108 e 109 c.p.a.), nel caso in cui, per qualche motivo, fosse rimasto estraneo al giudizio amministrativo di annullamento dell'atto. Come parimenti non potrebbe essere valutata come una carenza di diligenza e, come tale, sanzionata con l'esclusione del risarcimento del danno, la mancata proposizione dell'appello avverso la sentenza di primo grado che avesse disposto l'annullamento del provvedimento o che avesse riconosciuto la legittimità del provvedimento d'annullamento d'ufficio.

(1) Può essere utile, per un'adeguata comprensione dei problemi giuridici, descrivere sinteticamente le vicende che hanno dato vita ai contenziosi pervenuti poi all'attenzione dei giudici di legittimità.

Le prime due vicende hanno ad oggetto il risarcimento del danno causato a imprese che avevano avviato la costruzione di edifici in base a concessioni edilizie rilasciate illegittimamente da amministrazioni comunali: concessioni successivamente annullate, nel primo caso in autotutela dalla stessa amministrazione comunale un anno dopo il rilascio, nell'altro caso con un provvedimento giurisdizionale in accoglimento del ricorso di terzi. In entrambe le vicende il Comune ha successivamente ordinato la demolizione delle opere nel frattempo realizzate. La terza vicenda ha quale oggetto il risarcimento del danno causato all'impresa aggiudicataria di un appalto, che aveva sostenuto spese confidando sulla prosecuzione dei lavori, a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione conseguente all'accoglimento del ricorso di altri concorrenti.

La quarta vicenda riguarda una società concessionaria per la realizzazione e la successiva gestione di un porto turistico, la quale, avendo subito giudizialmente l'annullamento della concessione, cita in giudizio l'amministrazione per sentirla condannare a risarcirle i danni derivanti dalla perdita della titolarità della concessione e delle opere già realizzate sulle aree demaniali marittime.

(2) In tal senso, per tutti, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 2 novembre 2008 (dep. 12 gennaio 2009) n. 21 (www.giustizia-amministrativa.it), riportata e commentata da F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, 6ª ed., Milano 2011, p. 532.

(3) Cass. sez., un., 23 marzo 2011, ordd. nn. 6594, 6595 e 6596, in *F. it.*, 2011, I, 9, 2387, con nota di A. TRAVI; vedi anche i commenti di A. DIMAJO, *L'affidamento nei rapporti con la p.a.*, in *Corr. giur.*, 2011, 7, p. 933; A. LAMORGESE, *Stop della Cassazione alla concentrazione della giurisdizione a senso unico*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 1217; G.D. COMPORTI, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *G. it.*, 2012, p. 192; C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 1749; S.R. MASERA, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, in *Urb. app.*, 2011, 8, p. 915; R. VILLATA, *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?*, in *D. proc. amm.*, 2011, p. 1515; M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *D. proc. amm.*, 2011, p. 896; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *www.Federalismi.it*, n. 7/2011; S. SALVAGO, *Danno da affidamento in rapporto all'attività illegittima della pubblica amministrazione e giurisdizione*, in *Giust. civ.*, 2012, p. 2770; R. CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *R. g. ed.*, 2011, p. 413.

(4) Il punto di partenza del ragionamento della Cassazione è che la giurisdizione amministrativa, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, sia preordinata a risolvere quelle controversie nelle quali si lamenti un pregiudizio dall'esercizio di pubblici poteri: pregiudizio rimediabile principalmente mediante l'annullamento dell'atto illegittimo. In questa prospettiva, i giudici di



legittimità richiamano quanto messo in evidenza da Corte Costituzionale (C. cost., 17 luglio 2000, n. 292, in *F. it.*, 2000, I, 2393; C. cost., 28 luglio 2004, n. 281, in *Urb. e app.*, 2004, 9, 1031), dove si rappresenta il risarcimento del danno - piuttosto che quale nuova materia conferita alla giurisdizione del giudice speciale (ex art. 35, d. legisl. n. 80 del 1998) - quale strumento di tutela strettamente connesso al rimedio demolitorio, al fine di consentire al privato di invocare l'eliminazione di quei pregiudizi ancora persistenti nonostante l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo. Da qui l'affermazione secondo la quale, per ammettere la giurisdizione del giudice amministrativo, occorre che il danno, anche quando l'azione risarcitoria sia autonoma dal giudizio di annullamento, sia collegato causalmente all'esercizio illegittimo di pubblici poteri. La posizione è condivisa da A. LAMORGESE, *op. cit.*, p. 1217, il quale ne segnala la continuità con quanto sostenuto da C. cost. n. 204/2004 (in *F. it.*, 2004, I, c. 2594), "*la quale ha ritenuto illegittima la devoluzione al giudice amministrativo in sede esclusiva di blocchi di materie ovvero di materie in blocco, essendo la discrezionalità del legislatore ordinario (di devolvere al giudice amministrativo la cognizione di diritti soggettivi 'in particolari materie') costituzionalmente limitata a quelli incisi da provvedimenti amministrativi che costituiscono espressione di pubblici poteri*"; e da R. CAPONIGRO, *op. cit.*, p. 415.

(5) La giurisprudenza amministrativa maggioritaria ha preso espressamente le distanze dall'orientamento avviato dalle Sezioni unite nel 2011. Un primo punto di vista (T.A.R. Sicilia, sez. III, n. 1571/2011, www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, n. 1751/2012, in *D. proc. amm.*, 2013, IV, p. 1275) ha considerato la violazione del legittimo affidamento del privato, ad opera dell'agire incoerente dell'amministrazione, espressione dell'esercizio della funzione pubblica, e, come tale, lo ha ricondotto all'interno della propria giurisdizione esclusiva, qualificandolo come atto illecito lesivo dei principi di buona fede e correttezza (artt. 1337 e 1175 c.c.). Mentre, secondo un diverso orientamento (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, n. 1307/2013, in *F. amm. - T.A.R.*, 2013, 5, 1148; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, n. 1168/2015, in *F. amm. - T.A.R.*, 2010, 5, 1579; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, n. 374/2015, www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, n. 218/2015, www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, n. 2144/2015, www.giustizia-amministrativa.it) l'affidamento non costituisce un'autonoma posizione soggettiva ma un elemento che arricchisce il contenuto delle singole posizioni giuridiche, e che può inerire tanto ad un rapporto fra privati, i cui termini della relazione sono l'obbligazione da una parte e il diritto soggettivo dall'altra, quanto (come in questo caso) ad un rapporto fra p.a. e cittadino, in cui le posizioni hanno la consistenza del potere autoritativo e dell'interesse legittimo. Di conseguenza, se l'amministrazione, esercitando il proprio pubblico potere, intacca l'affidamento del privato, sta ledendo il suo interesse legittimo, senza che assuma rilievo l'esito (favorevole o meno) dell'esercizio stesso, e le controversie che ne scaturiscono rientrano nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

(6) In tal senso, soprattutto, A. TRAVI, *op. cit.*, p. 2399, il quale, sottolineata la natura relazionale dell'interesse legittimo e la possibilità che ricorra anche quando non sia garantito un bene della vita, ne fa discendere che possa essere leso non solo quando l'amministrazione neghi, illegittimamente, un provvedimento favorevole al privato, ma anche quando gli riconosca, illegittimamente, un provvedimento favorevole.

(7) Comune alla maggioranza degli autori è la preoccupazione che siffatta soluzione possa contrastare le ragioni di opportunità a sostegno della volontà del legislatore di concentrare le controversie sotto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Divergenti invece le argomentazioni tecniche, per le quali si possono segnalare almeno tre distinte posizioni: quella rappresentata da M.A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 11, la quale ha insistito sulla connessione causale tra la lesione e il provvedimento illegittimo esercizio del pubblico potere; quella espressa da V. CINGANO, *Il danno causato da un provvedimento favorevole illegittimo: giurisdizione e risarcibilità*, in *Danno e resp.*, n. 2015, p. 7, e S.R. MASERA, *op. cit.*, p. 918, per i quali il comportamento della pubblica amministrazione sarebbe comunque esercizio di pubblico potere, salvo che nel caso (che qui non ricorrerebbe) in cui il privato sia posto su un piano paritario; quella riconducibile a M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 899 e R. VILLATA, *op. cit.*, p. 866, per i quali il comportamento della pubblica amministrazione, essendo anche mediatamente connesso

all'esercizio del potere, sarebbe comunque soggetto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

(8) In tal senso V. CINGANO, *op. cit.*, p. 7, per la quale il nuovo codice del processo amministrativo (e in particolare gli artt. 7, 30 e 34) non solo ha svincolato l'azione risarcitoria da quella demolitoria (così anche S.R. MASERA, *op. cit.*, p. 919), ma ha reso indifferente, ai fini del riparto di giurisdizione delle controversie risarcitorie, il tipo di effetti (favorevoli o meno) provocati dall'atto. Invero, in forza del principio *tempus regit actum*, di cui all'art. 5 c.p.c., il codice del processo amministrativo non risultava applicabile alle fattispecie di cui alle ordinanze delle Sezioni unite del 2011.

(9) Cass., sez., un., 4 settembre 2015, ord. n. 17586, in *D. proc. amm.*, 2016, II, p. 547, con nota critica di C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*; anche in *R. g. ed.*, 2015, V, p. 1044, con nota di M. SINISI, *Annullamento della concessione per la realizzazione e gestione di un porto turistico*. Da ultimo Cass., sez. un., 22 maggio 2017, n. 12799 (www.italggiure.giustizia.it). Il principio della Cassazione è seguito dalla costante giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, n. 1895/2015 (www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, n. 11825/2016 (www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Puglia, Bari, n. 1153/2016 (www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 7 novembre 2016, n. 11025, in *F. amm.*, 2016, XI, p. 2760; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 7 luglio 2016, n. 3463, in *F. amm.*, VII-VIII, p. 1951; Cons. St., sez. V, 2 agosto 2016, n. 3997, in *F. amm.*, 2016, VII-VIII, p. 10956; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, n. 527/2017 (www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, n. 1453/2017 (www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., sez. III, n. 3160/2017 (www.giustizia-amministrativa.it). *Contra*, ma isolata, T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, n. 298/2017 (www.giustizia-amministrativa.it).

(10) *Contra* C.E. GALLO, *op. cit.*, p. 569, per il quale "non può essere disgiunto dalla legittimità del provvedimento; e ciò innanzitutto perché l'interesse legittimo è attribuito al cittadino in relazione a vicende nelle quali all'Amministrazione è attribuito un potere, che per definizione deve essere esercitato legittimamente al fine di perseguire il pubblico interesse, cosicché la coesistenza armoniosa delle due posizioni, interesse legittimo e potere, vi è soltanto se entrambe corrispondono al diritto". La conseguenza (in qualche modo paradossale) di questa prospettiva critica è che, in mancanza delle condizioni per l'emanazione del provvedimento favorevole, l'interesse del privato sarebbe soddisfatto con la negazione della tutela, ovvero sia con un provvedimento sfavorevole di rigetto dell'istanza presentata.

(11) Ad opera di un atto in autotutela emesso dalla stessa amministrazione ovvero di un annullamento pronunciato in sede giurisdizionale a seguito di un ricorso presentato da un controinteressato.

(12) Per potersi configurare, detta lesione avrebbe richiesto la mancata soddisfazione dell'interesse al conseguimento del provvedimento. Inoltre, l'interesse legittimo che era risultato soddisfatto dal provvedimento illegittimo, risulta, una volta rimosso l'atto, insoddisfatto legittimamente e, dunque, senza che si possa configurare alcuna sua lesione ex art. 2043 c.c.

(13) Secondo la ricostruzione fornita dai supremi giudici, la fattispecie costitutiva del danno ingiusto, ex art. 2043 c.c., deriverebbe dalla lesione dell'integrità del patrimonio e sarebbe, quindi, riconducibile ad una fattispecie complessa, costituita (a) dall'emissione di un provvedimento ampliativo illegittimo, (b) da un agire della P.A. determinativo di un affidamento incolpevole, (c) dalla rimozione definitiva del provvedimento illegittimo.

(14) Secondo la tesi sostenuta dagli Enti pubblici costituiti e dal Sostituto Procuratore Generale intervenuto, sulla scorta delle riflessioni della dottrina, la posizione delle Sezioni unite del 2011 non sarebbe stata più riproponibile stante la soggezione della controversia al c.p.a.

(15) E, infatti, l'art. 7, comma 1, c.p.a., prevede siano devolute, nelle particolari materie indicate dalla legge, alla giurisdizione amministrativa quelle controversie nelle quali si faccia questione anche di diritti soggettivi, purché "concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni".



(16) Secondo C.E. GALLO, *op. cit.*, p. 568, la specificazione che "l'affidamento in tanto è rilevante in quanto il comportamento del cittadino possa ritenersi incolpevole" esprimerebbe un punto estraneo alla tesi prospettata dalle ordinanze del 2011.

(17) C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, cit., p. 1757; E. NAVARRETTA, *La responsabilità della p.a. da lesione dell'affidamento: il bisogno di giustizia e di certezza del diritto*, in *giustiziacivile.com*, 26 agosto 2014, p. 5; G. AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione: tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento*, in *Contratto e impr.*, 3/2012, p. 862.

(18) La Cassazione, nella sua opera di esemplificazione, pur non avendo la pretesa di creare un *numerus clausus*, ha stabilito che questi ulteriori elementi possono (a) essere inerenti al contenuto del provvedimento ovvero (b) essere estranei al diretto esercizio del potere dell'amministrazione espressosi con il provvedimento, ovvero (c) essere pregressi o (d) successivi all'agire dell'amministrazione, e ancora (e) derivanti da comportamenti dei terzi noti al beneficiario e all'amministrazione, o (f) concernenti la situazione in cui si trovava lo stesso beneficiario ovvero (g) fatti a lui noti. Ad esempio, proprio nel caso sottoposto alle Sezioni unite l'affidamento incolpevole della società attrice è stato fondato sulla lunghezza dell'iter del procedimento e sulla conformità con la prassi ordinariamente seguita dall'amministrazione in vista dell'emanazione di provvedimenti analoghi.

(19) Sui danni meramente economici e sul diritto all'integrità del patrimonio si veda fra tutti F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, p. 41; A. DIMAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *R. crit. d. priv.*, p. 1984, 297; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano 2018, p. 299; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino 2011, p. 118; anche A. THIENE, *Uso giurisprudenziale del diritto all'integrità del patrimonio*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2000, II, p. 34.

(20) *Ex multis*: M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano 2010, p. 867; G. ALPA, *La responsabilità civile*, Padova 2010, p. 358; M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e impr.*, 1987, p. 85; F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impr.*, 1985, p. 1; G. ALPA - M. BESSONE, *Atipicità dell'illecito*. Parte I: *I profili dottrinali*, 2ª ed., Milano 1980, p. 247.

(21) Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2261, con nota di M.R. MORELLI.

Già prima del 1999 si registravano aperture in giurisprudenza in tal senso, *ex multis*: Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, in *F. it.*, 1971, I, p. 342; Cass. 1º aprile 1980, n. 2105, in *F. it.*, 1981, I, c. 388, con nota di C. LIBERATISCISO e in *Mass. g. lav.*, 1981, p. 369, con nota di C. CASTRONOVO; Cass. 18 dicembre 1987, n. 9407, in *F. it.*, 1988, I, c. 2321; Cass. 16 dicembre 1966, n. 2951, in *Resp. civ.*, 1967, p. 259; Cass. 25 giugno 1981, n. 4137, in *F. it.*, I, 1, p. 2951; Cass., sez. un., 6 dicembre 1982, n. 6651, in *G. it.*, 1984, I, 1, p. 150; Cass. 28 febbraio 1994, n. 2988, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1849; Cass. 19 dicembre 1985, n. 6506, in *F. it.*, 1986, I, c. 383, con nota di A.M. PRINCIGALLI; Cass. 9 giugno 1998, n. 5659, in *Danno e resp.*, 1999, p. 56, con nota di G. PEDRAZZI.

(22) Si avverte che è stata criticata la lettura di dottrina e giurisprudenza che tendono ad autorappresentarsi secondo un modello per cui dagli anni sessanta in poi si sarebbero poste in una linea di discontinuità rispetto la tradizione precedente (ancorata alla stretta equivalenza tra diritto soggettivo assoluto e danno ingiusto), principiando a considerare risarcibili, *ex art. 2043 c.c.*, non solo i danni derivanti dalla lesione di un diritto relativo, quale un diritto di credito, ma anche quelli conseguenti alla violazione di un mero interesse, quale una legittima aspettativa, in quanto già la dottrina e la giurisprudenza sotto la vigenza del c.c. del 1865 solevano ammettere la tutela di posizioni giuridiche soggettive diverse dal diritto soggettivo assoluto: A. BELFIORE, *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milano 1979, 298, *nota 32*. In questa prospettiva, anche il superamento del dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi piuttosto che il frutto di un modello espansivo della responsabilità può essere letto come la conseguenza puntuale dell'influenza della giurisprudenza comunitaria in relazione alla violazione del diritto europeo. I giudici di Lussemburgo (CGCE, 19 novembre 1991, cause C-6/ e 9/90; CGCE, 5 marzo 1996, cause C-46/93 e C-48/93; CGCE, 23 maggio 1996, causa C-5/94) avevano già stabilito che lo Stato avrebbe dovuto risarcire i privati per quei danni inferti in violazione di posizioni giuridiche soggettive riconosciute dall'ordinamento comunitario: C. GUACCI, *Le*



situazioni giuridiche soggettive, in *Percorsi di diritto amministrativo*, a cura di AA.VV., Torino 2014, p. 125.

(23) Si vedano in particolare: F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, cit., p. 10; C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *R. crit. d. priv.*, 1989, p. 550; L. BIGLIAZZIGERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, III, Torino 1991, 715; P.G. MONATERI-D. GIANI-L.S. CINELLI, *Danno e risarcimento*, in *Tratt. sulla Responsabilità civile*, dir. da P.G. MONATERI, Torino 2011, p. 118; M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, cit., 105; S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europ. dir. priv.*, 2008, p. 368; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino 2015, p. 229; A. THIENE, *op. cit.*, p. 34.

Dubbi sono stati posti anche sul fondamento costituzionale identificato dalla giurisprudenza per giustificare il diritto all'integrità del patrimonio, individuato nell'immediata rilevanza riconosciuta ai fini aquiliani ai doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. e sull'applicabilità diretta della norma di cui all'art. 41 Cost. al giudizio di ingiustizia del danno: cfr. F. GALGANO, *Sub art. 41*, in *Comm. cost. Branca*, Bologna-Roma 1982, p. 7; C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno*, cit., 15, i quali, invero, mettono in rilievo che con l'art. 41 Cost. i costituenti piuttosto che perseguire l'intento di assegnare una siffatta autonoma dignità giuridica al patrimonio hanno, per un verso, inteso scongiurare indiscriminate statalizzazioni e socializzazioni di massa delle imprese e, per altro verso, hanno voluto garantire la libertà di concorrenza tra i diversi soggetti economici.

(24) C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma 1996, p. 16.

(25) C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, cit., p. 551, secondo il quale di fronte al diritto all'integrità del patrimonio ogni altra situazione soggettiva patrimoniale, "quale elemento la cui lesione è indispensabile per il risarcimento del danno", perderebbe in radice di significato, perché diventerebbe "peregrino individuare sotto quale profilo particolare esso sia stato leso".

(26) Al riguardo rileva correttamente S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 372, che il diritto all'integrità del patrimonio sarebbe "frutto dell'inversione metodologica, che sul presupposto della risarcibilità del danno meramente patrimoniale, immagina e crea un diritto che dovrebbe poi costituire la giustificazione della tutela risarcitoria di quel pregiudizio - il danno meramente patrimoniale - il cui risarcimento si dà però per assunto".

(27) In altri termini l'affidamento a volte può assumere "i contorni di una condizione per lo più invocata proprio al fine di estendere la tutela giuridica a lesioni che non rientrano nella sfera di protezione offerta dalle situazioni giuridiche soggettive, come la natura non di rado meramente patrimoniale del danno lamentato sta a testimoniare": F. PIRAINO, *op. cit.*, p. 6.

(28) Cass. 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1745, con nota di A. DIMAJO. De Chirico era solito apporre, soprattutto alla fine della sua vita (per contenere le falsificazioni sempre più frequenti), sul retro di quei "propri" dipinti che recavano già una sua firma, una seconda ed ulteriore firma, autenticata da un notaio, per attestare l'avvenuto riconoscimento della paternità. Ciononostante, l'acquirente di uno di quella serie di dipinti ("Interno metafisico") sul cui retro della tela era apposta la seconda firma autentica del pittore, indotto all'acquisto anche perché sicuro dell'autenticità del quadro stante la doppia firma del pittore, aveva in un secondo tempo citato in giudizio De Chirico accertosi della falsità dell'opera.

(29) Cass. 1° agosto 1992, n. 9167, in *G. it.*, 1993, I, 1, p. 1268, con nota di R. WEIGMANN.

(30) Fa ricorso al diritto soggettivo alla libertà di iniziativa economica M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, cit., p. 105, la cui qualificazione risulta particolarmente appropriata se letta alla luce della fattispecie risolta da Cass. 25 luglio 1986, n. 4755, in *Nuova g. civ. comm.*, 1987, I, 3 p. 86, con nota di M. LIBERTINI.

(31) È il tema messo in luce nella nota di C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1757.

(32) Sulle quali si è soffermata l'analisi di E. NAVARRETTA, *op. cit.*, 5, e di G. AGRIFOGLIO, *op. cit.*, p. 857.

(33) La difficoltà d'inquadramento della responsabilità civile della P.A., per gli atti posti in essere nell'esercizio della propria potestà, nell'ambito dell'illecito (2043 c.c.) ovvero entro il perimetro della disciplina generale dell'inadempimento delle obbligazioni (1218 c.c.) nasce dalla considerazione dell'aspetto relazionale che connota tale tipo di fattispecie, rendendola, già



empiricamente, "irriducibile - per quella misura di 'cura' dell'interesse del cittadino che all'attività della medesima è connessa - alla responsabilità del passante, o del chiunque, nella quale consiste invece la responsabilità aquiliana": C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento*, cit., p. 1752. Proprio la valorizzazione del momento relazionale che colora il rapporto fra cittadino e amministrazione, ha condotto a ritenere più adeguato configurare la responsabilità civile della P.A. come responsabilità da inadempimento di una obbligazione preesistente, piuttosto che come responsabilità da illecito: C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1221; Id, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 647, per il quale il rapporto obbligatorio sorgerebbe comunque dal principio di buona fede che disciplina il rapporto sussistente tra pubblica amministrazione e privato, sulla base del modello dell'obbligazione senza prestazione, nonostante la mancanza di un dovere di prestazione specifico in capo all'Ente pubblico.

(34) C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento*, cit., p. 1757, secondo il quale "è la preesistente situazione di rapporto, originata dall'esercizio del potere (...) a rendere giuridicamente rilevante l'affidamento".

(35) A titolo esemplificativo, nel caso De Chirico, il compratore aveva acquistato il quadro presso una galleria d'arte senza entrare in relazione con il pittore, il quale, a sua volta, aveva apposto la seconda firma al di fuori di ogni rapporto con colui il quale avrebbe successivamente acquistato il "suo" quadro. "A meno di non ipotizzare che l'apposizione della "autentica" a un quadro (ritenuto in buona fede proprio) sia sufficiente a stabilire il predetto "contatto" con tutti i possibili soggetti che possano in futuro divenire acquirenti (o comunque acquistare diritti su) del dipinto": G. D'AMICO, *"Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto"*, Napoli 1996, p. 235, nota 333.

(36) C. W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *R. crit. d. priv.*, 1983, p. 809 e F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impr.*, 1991, p. 561, secondo il quale dagli artt. 1338 c.c. e 5, comma 1, d.p.r. n. 224/1988 in materia di responsabilità da prodotti difettosi, l'interprete potrebbe muovere "per legittimare, sotto il profilo dell'ingiustizia del danno, la costruzione di una figura generale di responsabilità che (...) può qualificarsi come responsabilità da affidamento", il cui "nucleo centrale è costituito (...) dalla responsabilità da informazioni inesatte". Fortemente critici verso questa posizione C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 579, e S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 392.

(37) Cass. n. 14188/2016, in *G. it.*, 2016, p. 2568, con nota di A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, che accoglie una prospettiva già anticipata da L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *R. d. comm.*, 1956, II, p. 360 e ripresa da F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e impr.*, 2008, p. 91. Anche se va segnalato che la più recente giurisprudenza, complice un ambiguo richiamo ai "doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c.", sembra ritornare sui suoi passi (Sez. un., 27 aprile 2017, n. 10413, in *Quotidiano giur.*, 2 maggio 2017, n. 1/4).

(38) Circa i c.d. doveri di protezione cfr. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1988, p. 233; C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, p. 1990, 1; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano 1991, p. 370.

(39) C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 521; A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., p. 446. Cfr. P. RESCIGNO, *Note minime attorno alla responsabilità civile*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, II, Milano 2008, p. 450, per il quale anche nell'area della responsabilità extracontrattuale si riscontrano "indizi di relazionalità tra i soggetti, laddove un tempo la responsabilità aquiliana era vista come la responsabilità del passante, dell'uomo in precedenza ignoto a chi soffre la perdita".

(40) Ha evidenziato la "necessaria correlazione dialettica tra fattispecie e disciplina" A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium iuris*, 2008, p. 424, secondo il quale "non è possibile ricostruire appropriatamente la fattispecie indipendentemente da una contestuale considerazione della disciplina e viceversa" perché "ogni disposizione di legge racchiude non già la descrizione di un qualche evento, bensì il criterio di valutazione-risoluzione di uno specifico problema pratico, di uno specifico conflitto d'interessi".



(41) V. DIGRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano 1999, p. 134; C. TURCO, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *R. crit. d. priv.*, 1986, p. 93.

(42) C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1973, sub art. 1218, p. 374; P. CENDON, *Danno imprevedibile e illecito doloso*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. VISINTINI, Milano 1984, p. 23; S. PATTI, voce *Danno patrimoniale*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 102; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti: Art. 2043-2059*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Roma-Bologna 1993, p. 759; C. CASTRONOVO, *Le due specie*, cit., 108; F. GIARDINA, *op. cit.*, p. 157; M. MAGGIOLO, *Causa in concreto e danni prevedibili*, in *Obb. contr.*, 2012, p. 725. Nello stesso senso è orientata anche la giurisprudenza cfr. Cass. 29 luglio 2011, n. 16763, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 281; Cass. 19 luglio 1982, n. 4236, in *Resp. civ. prev.*, 1983, p. 451, con nota di P.G. MONATERI e in *G. it.*, 1983, I, c. 424, con nota di M. PERFETTI.

(43) G. SBISÀ, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi?*, in *Resp. civ.*, 1977, p. 723; F.D. BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Resp. civ.*, 1977, p. 748.

(44) La responsabilità contrattuale non fa eccezione ai criteri di riparto dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c.: F. GIARDINA, *op. cit.*, p. 145, mette in luce come la ragione per la quale nella responsabilità da inadempimento, a differenza che nella responsabilità extracontrattuale, non è richiesta la prova del collegamento della responsabilità al debitore risiede nella morfologia del rapporto obbligatorio, il quale identifica già a priori i soggetti titolari del diritto e dell'obbligo risarcitorio.

(45) A. BELFIORE, *Onere della prova e responsabilità contrattuale*, in *Ann. Semin. Giur. Univ.*, Catania 2006-07, Milano 2008, p. 3.

(46) È indicativo di questo approccio della giurisprudenza il fatto che la stessa, in presenza di un obbligo sorto nell'ambito di un contesto relazionale qualificato, piuttosto che indugiare su assiomatiche differenze di disciplina fra le due forme di responsabilità, ricorra più pragmaticamente ai criteri probatori generali per determinare il riparto dell'onere probatorio, richiedendo al danneggiato la mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre dal debitore convenuto pretendendo, per evitare la condanna, la prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento (ovvero, se inadempimento vi è stato, la prova che è dipeso da fattori indipendenti dalla propria volontà). A titolo esemplificativo cfr. Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, in *F. it.*, 2008, I, c. 451 in materia di rapporto tra medico e paziente; Cass. 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Danno e resp.*, 2009, p. 503, in tema di danni sorti nell'ambito della contrattazione di intermediazione finanziaria; Cass. 3 marzo 2010, n. 5067, in *Giust. civ.*, 2011, p. 2932, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione dell'alunno nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante; Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *F. it.*, 2008, c. 2968, per quanto riguarda la responsabilità della banca per il pagamento dell'assegno non trasferibile a persona diversa dal beneficiario indicato sul titolo; Cass. 14 luglio 2009, n. 16382, in *G. it.*, 2010, p. 1065, relativamente alla responsabilità del mediatore per la violazione dei doveri di correttezza e di informazione.

(47) Previsione questa criticata, tra gli altri, da G. PUGLIESE, *La prescrizione nel diritto civile*, II, *La prescrizione acquisitiva*, Torino 1921, p. 585, perché ritenuta incompatibile con le esigenze dei traffici moderni e con il ritmo di vita accelerato della contemporaneità. Non a caso, la giurisprudenza vigente sotto il codice civile del 1865 faceva rientrare nella prescrizione decennale prevista dall'art. 917 del Codice di commercio, anziché nella prescrizione trentennale ordinaria, le obbligazioni derivanti da delitto se riferibili ad un'attività di carattere commerciale: cfr. C. RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, in *G. sist. d. civ. comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino 1985, 331. Perciò i compilatori del '42 decisero in seguito di adottare, come termine generale di prescrizione, il termine decennale già stabilito dal codice di commercio del 1882 (art. 917): cfr. Verbale Commissione Legge, libro: "*Obbligazioni*", p. 436, Berio (relatore); *Relazione al Re su testo definitivo del cod. civ.*, n. 1205.

(48) *Relazione al Re su testo definitivo del cod. civ.*, n. 1206.



(49) Nel codice civile non è inconsueto rinvenire termini di prescrizione più brevi in materia contrattuale rispetto al termine quinquennale aquiliano - a titolo esemplificativo, per far valere i diritti nascenti dai contratti di trasporto e spedizione ([art. 2951 c.c.](#)), ovvero per avanzare le azioni edilizie nella compravendita ([art. 1495](#)), il termine è di un anno - difficilmente giustificabili, secondo F. GIARDINA, *op. cit.*, p. 160 e G. ANZANI, *L'irragionevole diversità dei termini prescrizionali nelle due specie di responsabilità civile*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2017, p. 1351, sul piano razionale e sistematico. Rileva, in particolare, T. MAUCERI, *Risarcimento del danno e violazione del dovere di fedeltà coniugale*, in *ODCC*, n. 2/2017, p. 467, [nota 85](#), che la giustificazione offerta nella Relazione al Re al ridotto termine aquiliano "*non aiuta a capire, ad esempio, per quali ragioni l'azione contrattuale del trasportato a seguito di un sinistro stradale si prescriva in un anno e non in due anni come, invece, quella del terzo, che subisca un anno dal medesimo sinistro*".

(50) L'[art. 2951 c.c.](#) trae origine dall'ultimo articolo del codice di commercio del 1882 ([art. 926](#)), il quale prevedeva che le azioni contro il vettore derivanti dal contratto di trasporto si prescrivessero in sei mesi, se la spedizione fosse avvenuta in Europa, e in un anno se la spedizione fosse stata effettuata in altro luogo. Il legislatore del '42 (cfr. *Relazione del Guardasigilli al Re Imperatore*, n. 1208), pur condividendo l'esigenza di mantenere ferma una prescrizione breve per le azioni nascenti dai contratti di trasporto e spedizione (nell'ottica di adeguare il diritto alla sempre più celere mobilità dei commerci) ritenne eccessivamente brevi tali termini e decise quindi di elevare ad un anno il termine generale di prescrizione ([art. 2951](#), comma 1) e ad un anno e mezzo il termine per i trasporti effettuati fuori dall'Europa ([art. 2951](#), comma 2). Per quanto concerne, invece, l'[art. 2947](#), comma 2, quest'ultima norma si inquadra nell'ambito delle prescrizioni brevi del diritto al risarcimento del danno, e costituisce norma speciale rispetto alla norma generale ([art. 2947](#), comma 1) che prevede un termine quinquennale di prescrizione dell'azione, giustificata dal fatto che un termine più lungo dei due anni avrebbe reso eccessivamente difficile al convenuto vincere la presunzione di colpa di cui all'[art. 2054](#), comma 1 (*Relazione del Guardasigilli al Re Imperatore* n. 1206).

(51) Invero, la previsione di cui all'[art. 2947](#), comma 1, non scongiura definitivamente il rischio di condanne basate su testimonianze inattendibili perché, interrotta la prescrizione, il test potrebbe essere chiamato a testimoniare anche a distanza di moltissimo tempo dall'avvenimento dei fatti; per scansare radicalmente questo rischio il legislatore avrebbe potuto prevedere, accanto al termine di prescrizione dell'azione, un termine di decadenza, per impedire l'escussione del test trascorso un determinato periodo di tempo dall'avvenimento sul quale è chiamato a rendere testimonianza.

(52) Soluzione che andrebbe sostenuta ove si configuri un obbligo in capo alla P.A. di non ingenerare nel destinatario un indebito affidamento sulla legittimità dell'atto. Così ricostruito, tale obbligo di non *facere*, farebbe eccezione al principio per cui il creditore che agisce in giudizio, fornita la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte: Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1934, ha chiarito, infatti, aderendo ad un'opinione unanime in dottrina, *ex multis*, L. COVIELLO, *L'obbligazione negativa*, Napoli 1931, II, p. 69; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, Napoli 1965, p. 794; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli 1974, p. 427; S. PATTI, *Prove*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, IV, Bologna-Roma 1987, p. 120; C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, Milano 1991, p. 176; U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1990, p. 74; L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, p. 1096, estende il ragionamento anche alle obbligazioni di protezione; che "*ove sia dedotta la violazione di un'obbligazione di non fare, la prova dell'inadempimento è sempre a carico del creditore*", dal momento che "*l'inadempimento di siffatte obbligazioni integra un fatto positivo e non già un fatto negativo come avviene per le obbligazioni di dare o fare*" e, dunque, che nel caso delle obbligazioni negative non può operare il principio della persistenza del diritto insoddisfatto, "*perché il diritto nasce soddisfatto e ciò che viene in considerazione è la sua successiva violazione*". In dottrina è stato evidenziato che, quando il creditore lamenta l'inadempimento di una obbligazione negativa, afferma un mutamento della realtà fattuale, un *quid novi*, che, come tale, deve essere provato, mentre, nel caso di obbligazione positiva, quando il creditore agisce

a motivo di un inadempimento, fa valere una situazione di fatto che è identica a quella derivante dal sorgere del vincolo: M. DECRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in questa Rivista, 1994, p. 589; dello stesso avviso anche V. MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è a una svolta?*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 790. È stato sostenuto, inoltre, richiamandosi i criteri probatori generali, che nelle obbligazioni negative "il criterio di vicinanza della prova gioca tipicamente a scapito del creditore, che potrà provare l'inadempimento del debitore ben più agevolmente di quanto il debitore possa provare di aver rispettato il vincolo assunto": A. BELFIORE, *Onere della prova*, cit., p. 14.

(53) Basandosi sul rilievo che il destinatario avrebbe potuto essere consapevole che l'atto non avrebbe dovuto essergli concesso ovvero dubbioso sulle sue condizioni di legittimità, i giudici hanno equiparato il dubbio alla consapevolezza di non possedere le condizioni di legittimità per l'ottenimento del provvedimento favorevole (malafede). Tuttavia, questa assimilazione non è così scontata come appare dal testo della sentenza, infatti, sarebbe stato possibile anche adottare l'equiparazione opposta, ovvero sia dubbio = non consapevolezza = buona fede: cfr. R. SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, p. 665. In generale sull'affidamento cfr. V. PIETROBON, *Affidamento*, *Enc. giur.*, I, Roma 1988, p. 1; C. AMATO, voce *Affidamento*, *Dig. disc. priv.- sez. civ.*, Agg., Torino 2012, p. 302.

(54) Da ultimo, la Corte d'Appello di Catania (App. Catania, I sez., 25 maggio 2017, n. 1003, Pres. R. Cordio, Est. A. Vitale), chiamata a determinare la giurisdizione in un caso avente ad oggetto la richiesta risarcitoria di un'impresa, aggiudicataria di appalto, presentata a seguito dell'annullamento giudiziale del bando di gara e dell'atto di aggiudicazione, ha individuato in alcuni comportamenti contraddittori della p.a. quegli ulteriori elementi la ricorrenza dei quali determinerebbe la fattispecie complessa dell'incolpevole affidamento. In particolare, l'amministrazione, la quale nel primo grado del giudizio amministrativo aveva difeso la legittimità degli atti a fianco dell'impresa aggiudicataria, non attendendo gli esiti del giudizio di secondo grado, cui lo stesso Ente aveva fatto ricorso, imponeva l'interruzione dei lavori a distanza di più di due anni dalla conclusione del giudizio di primo grado (periodo durante il quale l'impresa aveva regolarmente proseguito con l'esecuzione del contratto).

(55) G. AGRIFOGLIO, *op. cit.*, p. 862.

(56) Secondo GALLO, *op. cit.*, p. 578, "venuto meno il principio della presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo" il cittadino non è più "tutelato dal fatto che il provvedimento amministrativo si presume legittimo, e deve, viceversa, anche quando incolpevole (...) esercitare la sua ordinaria diligenza per verificare che il provvedimento che riceve sia legittimo anche in considerazione dell'introduzione del diritto di accesso ed ora dell'accesso civico". D'altronde, è cambiato il parametro di riferimento delle relazioni tra amministrazione e cittadini, il modello non è più quello del paternalismo giuridico ma quello della collaborazione, della condivisione finalizzata ad uno scopo comune: vedi per approfondimenti B. GAGLIARDI, *Intervento nel procedimento amministrativo, giusto procedimento e tutela del contraddittorio*, in *D. amm.*, 2017, p. 373.

(57) Già autorevole dottrina amministrativistica aveva avuto modo, pur in assenza di puntuali norme in tal senso, di valorizzare le tutele pubblicistiche di cui avrebbe goduto il destinatario dell'atto: F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano 1970, p. 145. Attualmente, l'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, siccome modificato dalla legge 124/2015, (a) esclude l'annullamento d'ufficio nel caso in cui il vizio di cui è affetto il provvedimento riguardi le norme sul procedimento, (b) richiede la sussistenza delle ragioni dell'interesse pubblico, (c) assoggetta l'annullamento ad un termine non superiore a diciotto mesi dalla sua adozione, e, infine, (d) impone che si tenga conto degli interessi del destinatario.

(58) V. *supra*, § 2, nota 18 e testo corrispondente.

(59) In realtà, la legge finanziaria per il 2005 (art. 1, comma 136, l. 30 dicembre 2004, n. 311) aveva previsto l'obbligo per la P.A. in caso d'annullamento d'ufficio di tenere indenne il privato dai danni derivanti e, nonostante la lettera della norma ne limitasse l'ambito di applicazione ai provvedimenti amministrativi illegittimi "incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali" anche se ancora in corso, la dizione talmente ampia ne avrebbe consentito l'estensione a tutti i provvedimenti in genere: M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 905. Tuttavia, la legge Madia (all'art. 6, comma 2, l. 7 agosto 2015, n. 124) ha abrogato questa disposizione, prevedendo, a tutela

dell'affidamento del destinatario, un termine ridotto di diciotto mesi dall'emanazione del provvedimento entro il quale è possibile procedere alla sua rimozione d'ufficio.

(60) I rilievi si sono diretti, in particolare, verso una pronuncia (Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2014, (ud. 12 novembre 2013, dep. 17 gennaio 2014), n. 183 (www.giustizia-amministrativa.it) con la quale i giudici amministrativi avevano negato il risarcimento del danno sostenendo, per un verso, che *"l'affidamento per essere ingenerato [necessitasse] del decorso di un congruo lasso temporale"*, e, per altro verso, che colui il quale avesse presentato *"un progetto edilizio, avvalendosi per giunta dell'opera di qualificati professionisti, [avesse] per primo l'onere di verificarne la conformità alla normativa vigente"*, e non [avrebbe potuto] pretendere di addossare all'Amministrazione, che non abbia rilevato profili di contrasto con la normativa di settore, gli effetti dannosi, risentiti in proprio, da lui stesso voluti". Risolvendo un caso avente ad oggetto il rilascio di una concessione edilizia poi annullata, il T.A.R. Milano, (Lombardia), sez. II, 16 dicembre 2005, (ud. 10 novembre 2005, dep. 16 dicembre 2005), n. 5004 (www.giustizia-amministrativa.it), la cui sentenza ha dato origine alla pronuncia del Consiglio di Stato, valorizzando il principio di autoresponsabilità insito nel nostro ordinamento, aveva negato la risarcibilità del pregiudizio sostenendo che la mancata realizzazione delle opere autorizzate dal Comune trovasse *"causa non nella illegittimità della concessione edilizia, ma nell'illiceità intrinseca dell'intervento, così come progettato dalla Società stessa, la quale non ha diritto alcuno al ristoro di un danno sprovvisto - a tale stregua - dei caratteri stessi dell'ingiustizia"*.

(61) E. NAVARRETTA, *op. cit.*, 7.

(62) Sulla rilevanza di tale atto v., già, L. RICCA, *Carattere vincolativo della minuta nella fase precontrattuale*, nota critica a Corte App. Milano, 17 gennaio 1961, in *Giust. civ.*, 1961, I, 2, p. 1668.

(63) È opportuno sottolineare che per il solo fatto di non aver chiesto la giustificazione dei poteri altrui non può considerarsi in colpa colui il quale abbia contrattato con lo pseudo-rappresentante, in quanto *"solo di fronte al singolo rapporto ci si può rendere conto della diligenza con cui il terzo ha accertato l'esistenza del potere di rappresentanza del soggetto con cui tratta"*: F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano 1963, p. 69; dello stesso avviso F. CARRESI, *Il contratto*, t. 2, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, Milano 1987, p. 720. In linea appare, peraltro, la giurisprudenza in tema di rappresentanza, la quale ha sostenuto che *"il terzo contraente ha soltanto la facoltà, e non anche l'obbligo, di controllare, a mente dell'art. 1393 cod. civ., se colui che si qualifichi rappresentante sia in realtà tale, sicché non basta il semplice comportamento omissivo del terzo stesso per costituirlo in colpa nel caso di abuso della procura (o di mancanza della stessa), occorrendo, per converso, ai fini dell'affermazione che egli abbia agito senza la dovuta diligenza, il concorso di altri elementi"*: Cass. 9 luglio 2001, n. 9289, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1355, con nota di G. CHINÉ; conformi Cass. 30 marzo 2004, n. 6301, (www.italgiure.giustizia.it); Cass. 29 marzo 1995, n. 3691, (www.italgiure.giustizia.it). Mentre, nel caso in cui il falso rappresentante abbia dolosamente creato l'apparenza della propria legittimazione a contrarre in nome e per conto del rappresentato, la colpa del terzo contraente diviene irrilevante: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano 1987, p. 121; U. SALANITRO, *Contratto concluso con il falso rappresentante e tecniche di tutela del terzo contraente in buona fede: il diritto allo scioglimento unilaterale del vincolo*, in questa *Rivista*, 1997, 481, [nota 40](#), in quanto la colpa di colui che vanta un affidamento vale a paralizzare la pretesa risarcitoria che egli stesso intende fare valere, salvo che controparte abbia agito con dolo: G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli 1990, p. 333. D'accordo anche la giurisprudenza Cass. 14 marzo 1985, n. 1987, in *F. it.*, 1985, I, c. 2279; Cass. 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2109.

(64) F. TRIMARCHI-BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *D. amm.*, 2005, 855, ritiene che valorizzando il requisito della buona fede soggettiva del destinatario del provvedimento si ridimensioni il contrasto fra diritto interno e diritto comunitario (conseguenza del più limitato riconoscimento del principio della tutela dell'affidamento vigente nel diritto comunitario). In particolare, le istituzioni comunitarie avrebbero l'esigenza di assicurare che l'effettività del diritto comunitario - in particolare del divieto di aiuti di Stato - non venga minata da norme di diritto interno che ostacolano il recupero degli aiuti contrari al diritto comunitario.

Secondo questo punto di vista, nell'ipotesi di aiuti pubblici sarebbe ragionevole escludere la buona fede dell'operatore economico non informato sulle condizioni che il diritto comunitario pone per la legittimità degli aiuti stessi, trattandosi di un'ignoranza colpevole inescusabile.

(65) G. AGRIFOGLIO, *op. cit.*, p. 860.

(66) G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Torino 1930, p. 349; A. DECUPIS, *La scusabilità dell'errore nei negozi giuridici con particolare riferimento ai contratti*, Padova 1939; G. P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. La colpa contrattuale*, Torino 1925, p. 15; G. AMORTH, *In tema di annullamento del contratto per errore: considerazioni sul preteso requisito della scusabilità*, in *G. it.*, 1962, I, 1, c. 111; N. LIPARI, *Riconoscibilità e scusabilità dell'errore*, in questa *Rivista*, 1963, II, p. 468; P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano 1962, p. 196. In giurisprudenza, Cass. 11 dicembre 1931, n. 3932 (www.italgiure.giustizia.it). Da poco varato il nuovo codice si registrava una tendenza giurisprudenziale a ritenere vigenti entrambi i requisiti (scusabilità e prevedibilità) Cass. 27 gennaio 1948, n. 120, in questa *Rivista*, 1948, II, p. 179; Cass. 8 giugno 1948, n. 864, in *G. cass. civ.*, 1948, II, 349. Col passare del tempo, tuttavia, anche per la Suprema Corte il requisito della scusabilità dell'errore divenne irrilevante Cass. 16 maggio 1960, n. 1177, in *G. it.*, 1962, I, 1, c. 111; Cass. 9 ottobre 1963, n. 2684, in *R. d. comm.*, 1963, II, 468, con nota di N. LIPARI; Cass. 17 maggio 1974, n. 1464, in *Mass. F. it.*, 1974, c. 351; Cass. 20 settembre 1978, n. 4240, in *F. it.*, 1979, I, c. 82; Cass. 2 febbraio 1998, n. 985, in *Contratti*, 1998, p. 437. In dottrina, hanno sostenuto che il requisito della riconoscibilità comporti una diversa configurazione del ruolo svolto dall'elemento soggettivo nel quadro della disciplina dell'errore A. FEDELE, *Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. cod. civ.*, D'Amelio-Finzi, Libro delle Obbligazioni, I, Firenze 1948, p. 707; A. PAVONELAROSA, *Nullità e annullabilità (rassegna di giurisprudenza)*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1949, 438; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1955, p. 137; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1956, p. 216; A. TRABUCCHI, voce *Errore (diritto civile)*, *Nov. D.*, VI, Torino 1960, p. 671; C. ROSSELLO, *L'errore nel contratto*, in *I contratti in generale*, dir. da Alpa e Bessone, vol. VI, T. II, Torino 1991, p. 178. Cfr. però F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1954, p. 147, il quale, pur concordando con la dottrina maggioritaria che il requisito cui aver riguardo è oramai la riconoscibilità, in omaggio alla tutela dell'affidamento, non manca di evidenziare una continuità con il passato, in quanto "*nella riconoscibilità è in un certo senso implicita la scusabilità, perché normalmente è riconoscibile l'errore scusabile*"; R. SACCO, in R. SACCO-G. DENOVA, *Il contratto*, nel *Trattato Sacco*, Torino 1993, 376, per il quale la mancata menzione della scusabilità non comporta l'irrilevanza della colpa del dichiarante, posto che il criterio dell'affidamento non esclude il criterio della responsabilità; L. PATANIA, *Sulla scusabilità e riconoscibilità dell'errore*, in *F. it.*, 1958, IV, c. 201, secondo il quale la scusabilità sarebbe, invece, compresa nella essenzialità.

(67) Il criterio della riconoscibilità si impose appunto perché l'accoglimento del principio della dichiarazione, diversamente dall'accoglimento del principio volontaristico, avrebbe impedito che l'errore occulto del dichiarante potesse compromettere le aspettative del destinatario fondate sulla dichiarazione: vedi E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, nel *Trattato Vassalli*, XV, Torino 1952, p. 442. Attraverso il criterio della riconoscibilità il legislatore mirò a rendere i traffici più sicuri e celeri, dando certezza sull'esistenza dello stato di cose così come risultanti dalla dichiarazione: Relazione di accompagnamento al Codice Civile del Ministro Guardasigilli al Re Imperatore, n. 652, "*la buona fede del destinatario non deve essere sacrificata alle esigenze di un intento che non fu palesato, e che perciò non poté essere preso in considerazione dalla controparte nella valutazione complessiva del contegno del dichiarante*".

(68) Potrebbe accadere che il soggetto leso dall'annullamento dell'atto non sia l'originario destinatario del provvedimento, ma un soggetto terzo - eventualmente estraneo al giudizio di annullamento - subentrato nella titolarità della medesima posizione giuridica: si fa riferimento alle ipotesi dell'erede o dell'acquirente di un titolo che sia stato successivamente annullato. Ponendo l'attenzione innanzitutto sulla prima ipotesi, l'erede, in quanto continuatore della personalità giuridica del defunto, successore nel suo stesso *universum iuris*, vanterà il suo stesso tipo di affidamento verso la P.A., nei confronti della quale potrà agire *iure successionis*, facendo valere una posizione consolidatasi in capo al *de cuius*. Mentre, per quanto riguarda la seconda



ipotesi, se è indiscusso che l'acquirente possa senz'altro esercitare nei confronti del proprio dante causa le azioni derivanti dal suo titolo d'acquisto, non è altrettanto indubbio se possa agire in giudizio contro l'amministrazione. La soluzione positiva sembra preferibile in relazione a provvedimenti che potremmo definire *propter rem*, che, come tali, sono destinati ad essere trasferiti con il passaggio della proprietà del bene, espansivi dei diritti su di una determinata *res* - si pensi all'acquirente del destinatario di un titolo edilizio (permesso di costruire, piano di lottizzazione) che sia stato annullato dopo il perfezionarsi dell'atto traslativo della proprietà sul bene immobile. In questo caso, il terzo acquirente - portatore di una situazione giuridica qualificata e differenziata rispetto a quella in cui versano terzi che dalla convenzione o dal piano di lottizzazione avrebbero potuto ottenere un semplice vantaggio (ad es. proprietari di fondi limitrofi) - pur non avendo intrattenuto rapporti con la P.A., può, all'atto dell'acquisto, aver confidato incolpevolmente sulla legittimità del titolo. Dunque, abbandonando schematismi troppo rigidi, è forse opportuno ammettere la possibilità che il terzo avente causa - nonostante non sia stato il destinatario originario del provvedimento favorevole - possa, almeno in tali casi, avere azione nei confronti dell'amministrazione: cfr. le conclusioni cui giunge A. MARRA, *L'interesse dei terzi nelle convenzioni di lottizzazione*, in *D. proc. amm.*, 2006, p. 751, in relazione a questioni solo parzialmente affini. Per quanto concerne, invece, altri tipi di provvedimenti espansivi, non assimilabili a quelli qui definiti come *propter rem*, e, come tali, non destinati alla circolazione, l'unica iniziativa che è possibile immaginare da parte del terzo nei confronti dell'amministrazione è costituita dall'invocazione della tutela aquiliana del credito.

(69) Come nel caso deciso da Consiglio di Stato n. 183, cit.

(70) Ciò appare lampante allorché il titolo oggetto di annullamento non sia un provvedimento amministrativo esplicito, bensì un titolo semplificato, sostitutivo del provvedimento medesimo (s.c.i.a., d.i.a., silenzio - assenso); in questi casi, il titolo viene formato sulla base delle dichiarazioni e/o delle certificazioni che l'istante presenta all'amministrazione. È vero che la P.A., cui viene sottoposta la documentazione, avrebbe la possibilità di verificarne la corrispondenza con i requisiti di legittimità dell'atto amministrativo e, se del caso, emanare un provvedimento di divieto di prosecuzione dell'attività (art. 19, comma 3, l. n. 241/1990), o un ordine di non effettuare il previsto intervento (art. 23, comma 6, d.p.r. n. 380/2011), ovvero un provvedimento di diniego (art. 20, comma 1, l. n. 241/1990), tuttavia, è nella realtà delle cose che tale verifica di legittimità venga sostanzialmente compiuta dal privato stesso, sì da incrinare concretamente la possibilità che egli possa vantare un affidamento incolpevole.

(71) Tanto che si adotti la posizione di chi ritiene che l'obbligo di comunicazione, ai sensi dell'art. 1338 c.c., non sussista per tutte le cause di invalidità, ma solo per quelle non conoscibili con l'ordinaria diligenza, in quanto la colpa del danneggiato funge da criterio di esclusione dell'obbligo di controparte di comunicare le cause d'invalidità conosciute o conoscibili (di conseguenza, ricorrendo la colpa del danneggiato, si esclude l'illiceità dell'omessa comunicazione e, più in generale, del comportamento del danneggiante): su tutti L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 364; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova 1972, p. 111; G. GRISI, *op. cit.*, p. 84; M. MANTOVANI, "Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio, Torino 1995, 239; quanto che si privilegi la posizione di chi ritiene che l'eventuale colpevolezza del danneggiato non faccia venir meno l'obbligo d'informazione che ricade su controparte, ma, piuttosto, debba essere apprezzata nell'ambito dei parametri d'imputazione causale, implicando l'eventuale riduzione (o, financo, esclusione) del risarcimento (in ragione dell'influenza spiegata sulla produzione del danno): P. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 210; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano 1990, p. 133; G. D'AMICO, *op. cit.*, Napoli 1996, p. 151; P.G. MONATERI, *Concorso di colpa e affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1985, 757, quando il comportamento si pone come causa assorbente dell'evento dannoso, il danno deve essere sopportato dal danneggiato: C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano 2000, p. 172.

(72) Sull'applicabilità all'obbligazione negativa del regime generale della responsabilità debitoria si registra un contrasto in dottrina e in giurisprudenza. In particolare, risulta controverso se nelle obbligazioni negative possa trovare applicazione la norma dell'art. 1218 c.c., nella parte in cui consente al debitore di fornire la prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Secondo un primo



orientamento, più risalente nel tempo, nelle obbligazioni di non fare non si porrebbe neppure il problema dell'impossibilità della prestazione, in quanto ogni fatto compiuto in violazione dell'obbligazione di astenersi, rappresenterebbe un fatto volontario del debitore o dei suoi ausiliari, di cui il debitore sarebbe sempre e comunque responsabile: Cass. 10 maggio 1951, n. 1094, in *G. it.*, 1952, I, p. 686, con nota critica di L. COVIELLO; più recentemente F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, 1, Padova 1993, 64. Tale ricostruzione è stata criticata sulla base di un'interpretazione attenta a non escludere i rapporti giuridici omissivi dalle disposizioni di cui al Titolo I del Libro IV del codice civile in relazione alle "obbligazioni in generale", dal momento che l'[art. 1222 c.c.](#) si limita a negare l'applicabilità delle norme sulla mora all'obbligazione negativa, ma non dispone che il debitore di una prestazione negativa non possa liberarsi dalla responsabilità provando la non imputabilità dell'inadempimento. L'orientamento prevalente, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, ammette dunque che il debitore di un'obbligazione negativa risponda per l'inadempimento secondo le regole generali della responsabilità contrattuale, compresa la regola per la quale può liberarsi dalla responsabilità fornendo la prova liberatoria di cui all'[art. 1218 c.c.](#): L. COVIELLO, *L'impossibilità della prestazione e l'obbligazione negativa*, in *G. it.*, 1952, I, 1, c. 686; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 1218, Bologna-Roma 1979, p. 245; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 593; A. GRECO, *Le obbligazioni negative*, in *Le Obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale* ([artt. 1173-1320 c.c.](#)), II, a cura di M. FRANZONI, Torino 2004, p. 1563; S. DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, Napoli 2014, p. 144; in giurisprudenza Cass. 9 aprile 1991, n. 3724, in *Resp. civ.*, 1992, p. 790; da ultimo Cass. 29 agosto 2011, n. 17716, (www.italgiure.giustizia.it). Per ottenere la liberazione il debitore dovrà provare che l'inadempimento, ossia la violazione dell'obbligo di non fare, è dipesa da una causa a sé non imputabile, quale il *factum principis* ovvero il fatto del terzo. Se si condivide questa ricostruzione può allora concludersi che nel caso di specie, qualora l'illegittimità dell'atto rientrasse nella sfera di controllo del privato, la P.A. potrebbe liberarsi dalla propria responsabilità sostenendo, da un canto, l'inevitabilità e l'imprevedibilità dell'evento di danno, e, dall'altro canto, la non imputabilità della causa d'illegittimità del provvedimento.

(73) R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale* ([artt. 1321-1352](#)), nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1970, p. 224. Anche per questa ragione la dottrina: G. VISINTINI, *La reticenza*, cit., 265; R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 224; F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impr.*, 1987, p. 294, è fortemente critica verso quella tendenza giurisprudenziale che, sulla scorta del principio dell'inescusabilità dell'*ignorantia legis* e, quindi, della correlativa presunzione di conoscenza delle norme, esclude l'applicazione dell'[art. 1338 c.c.](#) "allorquando la causa di invalidità del negozio, nota a uno dei contraenti, e da questi in ipotesi taciuta, derivi da una norma di legge che per presunzione assoluta deve essere nota alla generalità dei cittadini": Cass. 8 luglio 2010, n. 16149, in *Resp. civ.*, 2011, II, p. 1065, con nota di M. MATTIONI; anche Cass. 6 aprile 2001, n. 5144, in *F. it.*, 2001, I, c. 2185, con nota di E. FILOGRANA; Cass. 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2109; Cass. 26 giugno 1998, n. 6337, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2773, con nota di G. SAPIO; di recente Cass. 10 maggio 2016, n. 10156 (www.italgiure.giustizia.it). Si è perciò suggerito un approccio elastico e concreto, piuttosto che rigido e astratto di tale principio, che tenda conto tanto delle competenze tecnico-professionali dei contraenti, quanto del tipo di norma giuridica che la parte avrebbe dovuto conoscere (procedurale o sostanzialmente, facilmente interpretabile od estremamente oscura); atteso che, oramai, soprattutto dopo C. cost., 24 marzo 1988, n. 364 (in *F. it.*, 1988, I, 1385 con nota di G. FIANDACA, con la quale si è dichiarata "l'illegittimità costituzionale dell'[art. 5 c.p.](#), nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità della legge penale l'ignoranza inevitabile"), appare superata la concezione imperativistica del diritto, che non concedeva alcuno spazio alle giustificazioni soggettive, dovendo, invece, trovare riconoscimento, anche in questo ambito, il principio di eguaglianza sostanziale, ex [art. 3, comma 2, Cost.](#), e, per suo tramite, lo stesso principio di buona fede di cui all'[art. 1337 c.c.](#): C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., 136; G. GRISI, *op. cit.*, 184; M. ALBERICI, *Il dovere precontrattuale di buona fede*, in *Rass. d. civ.*, 1982, II, p. 1076.

(74) Fermo restando che nell'ipotesi in cui il privato, a prescindere dalla propria qualificazione professionale, avesse comunque riconosciuto il vizio in cui fosse caduta l'amministrazione e, tuttavia, non l'avesse informata, questa condotta potrebbe apparire contraria al dovere di



comunicazione di cui [all'art. 1338 c.c.](#) e, ad ogni modo, contrastante con il dovere generale di buona fede ex [art. 1337 c.c.](#): G. GRISI, *op. cit.*, p. 325; M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 236.

(75) Non è certo questa la sede per soffermarsi sulle vicende che ne hanno preceduto il superamento, basti accennare al fatto che le Sezioni unite, con la celebre sentenza n. 500, avevano già accolto - seppure in un *obiter dictum* - una visione ispirata all'assoluta autonomia delle due azioni: Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.*, p. 2273.

(76) Tra i tanti che hanno parlato di una "pregiudizialità mascherata", v. A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giorn. d. amm.*, 2010, p. 889.

(77) Cass. 27 giugno 2007, n. 14853, in *Assicurazioni*, 2008, II, p. 62, con nota di M. ROSSETTI; Cass. 21 aprile 1993, n. 4672, in *Nuova. g. civ. comm.*, 1994, I, p. 233, con nota *Urbanistica e appalti*, 2018, 6, 747 (commento alla normativa)

IL "BENE DELLA VITA" È TUTTO NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO?

di Vincenzo Neri

c.c. art. 2043

Lo scritto, dopo avere brevemente analizzato i mutamenti intervenuti nel diritto amministrativo dal 1999 ad oggi, si sofferma sull'attenzione che la giurisprudenza, a partire dalla sentenza n. 500/1999, ha riconosciuto al "bene della vita" nel giudizio sul risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo e sull'importanza che tale nozione ha avuto nell'ottica di un diverso "rapporto" tra il privato e la pubblica amministrazione. Esaminati, poi, i diversi orientamenti della dottrina più recente sull'importanza del "bene della vita" nella definizione di interesse legittimo e nel giudizio risarcitorio, viene affrontata la questione relativa alla risarcibilità dei danni nelle ipotesi in cui, ai sensi dell'art. [21 octies, comma 2, L. 7 agosto 1990, n. 241](#), l'atto illegittimo non è annullabile. Ribaltando l'orientamento prevalente che esclude la risarcibilità, si opta per la risarcibilità anche in queste ipotesi ricordando che, oltre al bene della vita "finale", esistono beni "intermedi" e che tale conclusione è maggiormente conforme ai principi CEDU e più vicina alle esperienze degli altri Paesi europei.

Sommario: [Le trasformazioni del diritto amministrativo e l'attenzione al bene della vita - La "nuova" definizione di interesse legittimo legata al bene della vita e le positive novità nel diritto amministrativo - L'attenzione al "bene della vita". Pregi e difetti - Per la revisione dell'orientamento consolidato - Una \(timida\) conclusione](#)

[Le trasformazioni del diritto amministrativo e l'attenzione al bene della vita](#)

Come è noto, con la sentenza 22 luglio 1999, n. 500, le sezioni unite hanno cambiato il corso del diritto amministrativo stabilendo la risarcibilità dei danni correlati alla lesione degli interessi legittimi anche di tipo pretensivo. È altrettanto noto che la Corte di cassazione con la decisione in questione non ha affermato l'indiscriminata risarcibilità delle lesioni agli interessi legittimi ma ha stilato una sorta di vademecum cui il giudice di merito deve attenersi per risarcire il danno: tra l'altro, dolo o colpa dell'amministrazione in quanto apparato e non del singolo funzionario e risarcimento collegato all'effettiva lesione del bene della vita⁽¹⁾.

La S.C. ha affermato che al risarcimento si può arrivare "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".

Per quanto concerne gli interessi legittimi oppositivi, per le sezioni unite il danno ingiusto può ravvisarsi "nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all'illegittimo esercizio del potere" realizzando al contempo un ampliamento della tutela "nell'ipotesi in cui siffatta forma di tutela piena non sia ravvisabile e tuttavia l'interesse risulti giuridicamente rilevante nei sensi suindicati".



In relazione agli interessi pretensivi, invece, la Cassazione ha stabilito che doveva *"vagliarsi la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. Valutazione che implica un giudizio prognostico, 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 suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta"*⁽²⁾.

Non v'è dubbio che la sentenza in questione, oltre a rendere necessaria la riforma avviata con la [L. 21 luglio 2000, n. 205](#), ha notevolmente influenzato sia la giurisprudenza ordinaria, come è naturale, sia la giurisprudenza amministrativa nel frattempo divenuta "competente" per il risarcimento del danno ex art. 7, L. 6 dicembre 1971, n. 1934 come modificata dalla [L. n. 205/2000](#), cit. ("Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, 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"). Sotto tale aspetto basti qui ricordare che, anche il giudice amministrativo, seppure all'inizio non univocamente⁽³⁾, ha ricondotto la responsabilità della pubblica amministrazione nello schema della responsabilità aquiliana⁽⁴⁾, così come fatto dalla Cassazione, e ha richiesto l'accertamento del dolo e della colpa, anche se con sfumature diverse a seconda della specifica materia trattata⁽⁵⁾.

Altro dato importante è rinvenibile nella particolare attenzione che dal 1999-2000 la giurisprudenza amministrativa ha riservato al "bene della vita" correlato all'interesse legittimo. Sono numerose le sentenze del giudice amministrativo che negano il risarcimento del danno perché in giudizio non si è raggiunta la prova circa la spettanza del bene della vita al ricorrente⁽⁶⁾; ed altrettanto numerose sono le decisioni che, sulla scia dell'adunanza plenaria e, soprattutto prima della modifica introdotta con l'art. 2 bis, [L. 7 agosto 1990, n. 241](#), hanno escluso la risarcibilità del danno da mero ritardo, ossia il danno collegato alla ritardata adozione di un legittimo provvedimento di diniego⁽⁷⁾.

Anche il legislatore, nel frattempo, ha preso consapevolezza dell'importanza che il "bene della vita" riveste nel diritto amministrativo e del fatto che questo faccia da "sfondo" alla posizione principe del diritto amministrativo che è l'interesse legittimo. Basti qui considerare che l'art. 2, [L. 7 agosto 1990, n. 241](#), nel testo sostituito dall'art. 3, comma 6 bis, [D.L. 14 marzo 2005, n. 35](#), ed ormai non più in vigore, nel giudizio sul silenzio stabiliva che il giudice amministrativo potesse conoscere della "fondatezza dell'istanza", così evidentemente collegando l'istanza, seppure in modo impreciso (come si dirà dopo), al bene della vita cui il privato aspirava.

Il diritto amministrativo e la giustizia amministrativa sono divenuti dunque strumenti importanti, e armi potenti, nelle mani del cittadino per reagire all'illegittimità dell'azione amministrativa nell'ottica di una tutela non più formale - legata alla coincidenza tra l'interesse privato e quello pubblico o alla "pretesa di legittimità" - ma sostanziale, attenta all'effettiva consistenza del rapporto giuridico amministrativo⁽⁸⁾. Numerosi sono stati i segnali in questa direzione. Oltre alla già richiamata possibilità di valutare la fondatezza dell'istanza nel giudizio sul silenzio (nel frattempo divenuto) inadempimento, va ricordata la possibilità, sempre introdotta dalla [L. 21 luglio 2000, n. 205](#), di impugnare gli atti connessi con motivi aggiunti ("Tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti") nonché la sanatoria (processuale) dei vizi formali introdotta dalla [L. 11 febbraio 2005, n. 15](#) con l'aggiunta dell'art. 21 *octies*, comma 2, nella [L. 7 agosto 1990, n. 241](#). Quest'ultima è una "disposizione che si ispira in parte alla tradizione tedesca"⁽⁹⁾ e che dimostra il cambio di passo dell'ordinamento perché si smette di assicurare una tutela solo formale al ricorrente - tutela che spesso si tramutava in una "vittoria di Pirro" - e ci si preoccupa del contenuto concreto dell'atto impendendo l'annullamento se tale contenuto, nonostante l'illegittimità, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Per una parte (condivisibile) della dottrina si realizza, infatti, una scissione tra illegittimità e annullabilità poiché "ferma restando l'illegittimità del provvedimento, si sancisce un'esclusione dell'annullabilità che ne dovrebbe solitamente derivare"⁽¹⁰⁾.

L'opera è certamente completata dal codice del processo amministrativo che, oltre a confermare gli istituti prima richiamati, ha ampliato il ventaglio di azioni proponibili davanti al giudice



amministrativo per garantire una tutela maggiormente conforme al principio di effettività della tutela giurisdizionale e ha riservato particolare attenzione al rapporto giuridico intercorrente tra il privato e la pubblica amministrazione, pur rispettando gli spazi di autonomia della parte pubblica. Prova di ciò è possibile rinvenirla all'art. 31, comma 3, c.p.a. ove, trattando il giudizio sul silenzio inadempienza, il legislatore del 2010 ha stabilito che il giudice amministrativo può pronunciare sulla fondatezza della "pretesa" dedotta in giudizio con una modifica lessicale di non trascurabile importanza: si è passati, infatti, dalla fondatezza dell'istanza - e dunque da una valutazione legata alla domanda formulata - alla fondatezza della pretesa e quindi ad una valutazione legata al concreto ed effettivo atteggiarsi del rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione. Dopo il correttivo, di particolare importanza è anche la generalizzazione dell'azione di condanna al rilascio di un provvedimento contestualmente all'azione di annullamento o all'azione avverso il silenzio (art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.)⁽¹¹⁾. Per evitare che ciò comporti un'invasione della sfera d'azione riservata all'amministrazione, opportunamente, nell'uno e nell'altro caso, è stato previsto che tutto questo possa accadere solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

La "nuova" definizione di interesse legittimo legata al bene della vita e le positive novità nel diritto amministrativo

Questi brevi, e certamente non esaustivi, cenni giustificano quanto affermato dall'Adunanza Plenaria con la sent. 23 marzo 2011, n. 3, ove, riprendendo la sentenza delle SS.UU. 22 luglio 1999, n. 500, "viene confermata e potenziata la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo in una con la centralità che il bene della vita assume nella struttura di detta situazione soggettiva". Nella stessa decisione il Consiglio di Stato ricorda che "l'interesse legittimo non rileva come situazione meramente processuale, ossia quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, né si risolve in un mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa in sé intesa, ma si rivela posizione schiettamente sostanziale, correlata, in modo intimo e inscindibile, ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione a seconda che si tratti di interesse oppositivo o pretensivo) può concretizzare un pregiudizio"⁽¹²⁾.

L'interesse legittimo va, quindi, inteso come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene.

Anche la dottrina ha compreso la svolta ed oggi è possibile leggere questa definizione: "l'interesse legittimo è una situazione giuridica soggettiva, correlata al potere della pubblica amministrazione e tutelata in modo diretto dalla norma di conferimento del potere, che attribuisce al suo titolare una serie di poteri e facoltà volti ad influire sull'esercizio del potere medesimo allo scopo di conservare o acquisire un bene della vita ... Siffatti poteri e facoltà tendono a riequilibrare in parte la posizione di soggezione nei confronti del titolare del potere ... L'interesse legittimo acquista così una dimensione attiva ... il titolare dell'interesse legittimo fa valere una pretesa nei confronti dell'amministrazione a che il potere sia esercitato in modo legittimo e, per quanto possibile, in senso conforme all'interesse sostanziale del privato alla acquisizione o alla conservazione di un bene della vita"⁽¹³⁾.

Altra dottrina, in una recente monografia dedicata all'interesse legittimo, ha espresso una posizione parzialmente differente ritenendo che "l'interesse legittimo, in termini generali (ossia tanto se pretensivo quanto se oppositivo), dev'essere costruito ... come interesse al provvedimento favorevole (non, si badi bene, come interesse al provvedimento legittimo), in vista (ma solo in vista) della conservazione o dell'acquisto di un bene della vita"⁽¹⁴⁾. Per l'illustre Autore "il bene della vita è sì nello sfondo, costituisce sì il fine ultimo (mediato) per il quale il privato "dialoga" con l'amministrazione, ma resta fuori dalla portata dell'interesse legittimo: la conservazione o la acquisizione del bene della vita saranno l'effetto del provvedimento, se sarà favorevole; si collocheranno nell'ordine delle conseguenze dell'azione amministrativa, fuori e oltre l'esercizio del potere. L'interesse legittimo presidia, invece, l'esercizio del potere, l'iter di formazione del provvedimento"⁽¹⁵⁾.

Non è certamente questa la sede per soffermarsi sull'importanza dei cambiamenti sin qui descritti. Tralasciando ogni possibile approfondimento, va qui messo in rilievo che tutto ciò sta determinando anche un cambiamento culturale dell'amministrazione che oggi deve esercitare il suo potere avuto riguardo a tutti gli interessi pubblici coinvolti (sempre più spesso infatti non c'è solo un interesse pubblico da perseguire) e traguardando anche l'interesse finale di cui è portatore il richiedente (sovente contrapposto a quelli di altri privati) senza arroccarsi su posizioni formali. Si è anche assistito ad un forte mutamento del modo di intendere la legalità dell'azione amministrativa oggi ampliata alla legalità sostanziale e procedurale⁽¹⁶⁾. Inoltre, le novità descritte hanno definitivamente spazzato l'idea, prima presente in una parte della dottrina (oltre che della giurisprudenza ordinaria), che l'interesse legittimo sia figlio di un Dio minore o una posizione giuridica "ancillare" rispetto al diritto soggettivo. La Corte costituzionale, infatti, ha ricordato la "chiara opzione del Costituente in favore del riconoscimento al giudice amministrativo della piena dignità di giudice: riconoscimento per il quale milita, oltre e più che l'apprezzamento, più volte espresso nell'Assemblea costituente, per l'indipendenza con la quale il Consiglio di Stato aveva operato durante il regime fascista, la circostanza che l'art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi - la cui tutela l'art. 103 riserva al giudice amministrativo - 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"⁽¹⁷⁾.

L'attenzione al "bene della vita". Pregi e difetti

Sin qui sono state messe in luce le novità positive scaturite dall'attenzione riservata al "bene della vita" nel diritto amministrativo dal 1999 in poi.

È necessario ora soffermarsi su alcuni aspetti che, al contrario, hanno costituito, a giudizio di alcuni, un ostacolo ad una piena tutela del privato.

È proprio la necessità di guardare al bene della vita che nel 2005 ha convinto l'adunanza plenaria ad escludere la risarcibilità del danno da mero ritardo, ossia il danno subito dal privato a causa di un diniego legittimo ma tardivo. È chiaro il passaggio della decisione nella parte in cui afferma che "il sistema di tutela degli interessi pretensivi - nelle ipotesi in cui si fa affidamento (come nella specie) 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'interessato (suscettibile di appagare un 'bene della vita')"⁽¹⁸⁾. Da allora molta acqua è passata sotto i ponti e dottrina e giurisprudenza hanno dovuto confrontarsi con l'art. 2 bis, L. 7 agosto 1990, n. 241 che, a giudizio di alcuni, è servito proprio a risarcire il danno da mero ritardo⁽¹⁹⁾.

Guardare al bene della vita ha impedito anche il risarcimento del danno nelle ipotesi di cui all'art. 21 octies, comma 2, L. 7 agosto 1990, n. 241. Per l'opinione maggioritaria, infatti, la circostanza che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, esclude che l'atto, pur illegittimo, possa essere fonte di danno risarcibile: la sostanziale "giustizia" del provvedimento, infatti, porta a concludere che nessuna lesione al bene della vita si è consumata e dunque nessun risarcimento è dovuto⁽²⁰⁾.

Non vi è dubbio, dunque, che la giurisprudenza riservi particolare attenzione al "bene della vita" traendone le relative conseguenze. Parte della dottrina però si è espressa criticamente sul ragionamento portato avanti dalle sezioni unite perché reputa che se il danno è ingiusto, ogni qual volta c'è la lesione di una situazione giuridicamente tutelata, come affermato dalla Cassazione, non è possibile poi far seguire un giudizio di meritevolezza⁽²¹⁾ sulla spettanza del bene della vita. Lo stesso Autore, dopo aver preso atto che l'interesse al bene della vita è richiamato da tutta la giurisprudenza successiva al 1999, afferma che in realtà *"l'interesse al bene della vita, di per sé inafferrabile, rimane comunque sullo sfondo o tale deve comunque rimanere se non si vuole obliterare l'interesse legittimo. Sinteticamente di interesse ne basta uno"*⁽²²⁾. Accertato che la responsabilità non coincide con l'illegittimità dell'atto, per l'A. "lesione dell'interesse al bene della vita", risulta fuorviante. In effetti, invece, non è altro che il danno, e in questi termini non può non esservi nel giudizio di responsabilità. Si tratta anzi dell'elemento fondante della responsabilità civile tale che: niente danno, nessuna responsabilità⁽²³⁾.

Per la revisione dell'orientamento consolidato



L'impossibilità di risarcire il danno nelle ipotesi di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, L. 7 agosto 1990, n. 241, come detto, è conforme all'idea di dover guardare al bene della vita ogni qual volta si discuta di interessi legittimi e di risarcimento del danno⁽²⁴⁾.

Anche chi non è pregiudizialmente contrario al risarcimento, infatti, evidenzia la difficoltà di accertare l'esistenza di un danno in presenza di un provvedimento sostanzialmente corretto⁽²⁵⁾. Una parte della dottrina ha rilevato profili di possibile incompatibilità tra la norma ora richiamata e l'art. 113, comma 2, Cost.⁽²⁶⁾. Volendo ricorrere ad una frase ad effetto, potremmo dire che l'attenzione per il "bene della vita" nel diritto amministrativo ha determinato tante novità positive ed è dunque necessario sopportare l'effetto collaterale legato all'impossibilità di risarcire il danno quando il provvedimento illegittimo non può essere annullato.

Altra opinione, invece, ha reputato possibile il risarcimento in ipotesi limite: "ad esempio, il soggetto espropriato che non abbia ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento potrà chiedere i danni derivanti dalle spese sostenute sul proprio fondo e che non avrebbe affrontato se avesse saputo per tempo della procedura di esproprio"⁽²⁷⁾.

Altri ancora hanno preferito dilatare la nozione di bene della vita estendendolo anche alla dignità umana che, a loro giudizio, sarebbe tutelata dalle norme sul procedimento⁽²⁸⁾.

A giudizio di chi scrive, occorre preliminarmente sgombrare il campo da ogni possibile equivoco e respingere innanzitutto l'idea che l'art. 21 *octies*, comma 2, L. cit. abbia potenziali effetti negativi perché induce l'amministrazione, soprattutto nel caso di provvedimenti vincolati, a trascurare il rispetto delle regole formali e procedurali; v'è infatti chi ha parlato di schizofrenia del legislatore del 2005 che, per un verso, ha migliorato le garanzie procedurali e, per altro verso, le ha depotenziate proprio con il secondo comma dell'art. 21 *octies* più volte citato. Convince invece l'idea che la disposizione ora citata in un'ottica moderna risulti essenziale tanto da potersi affermare che di essa oggi non si può più fare a meno anche perché istituti simili sono conosciuti in altri ordinamenti⁽²⁹⁾.

Bisogna però evitare che l'amministrazione cada nella tentazione di violare le regole formali e procedurali avendo acquisito la consapevolezza che, oltre a non subire l'annullamento dell'atto, non verrà condannata al risarcimento del danno pur in presenza di un atto illegittimo. Detto in altri termini occorre scongiurare il pericolo "che la degradazione di molte ipotesi di violazione di legge a forme di illegittimità non invalidanti produca la discutibile conseguenza di svalutare, riducendolo ad inutile formalismo, il rispetto di regole aventi una valenza che va al di là della tutela degli interessi specifici del singolo"⁽³⁰⁾.

Deve dunque ammettersi la risarcibilità del danno, seppure con limiti e precisazioni, anche nel caso in cui l'atto illegittimo non possa essere annullato giusta il disposto dell'art. 21 *octies*, comma 2, L. cit.

Militano in tal senso diversi argomenti.

In primo luogo - continuando a ragionare nella prospettiva per cui è necessario ricercare il bene della vita - va sottolineato che nel rapporto tra l'amministrazione e il privato non esiste solo il bene della vita finale cui l'interessato aspira (la concessione del bene demaniale, il permesso di costruire l'edificio, la sovvenzione economica, ecc.) ma anche una vasta tipologia di beni "intermedi" che vengono in rilievo nel procedimento amministrativo in una fase antecedente l'emanazione del provvedimento finale. In un rapporto moderno tra l'amministrazione e il privato, il rispetto delle regole formali e procedurali può essere identificato come un autonomo bene della vita, diverso dal bene finale cui il privato aspira⁽³¹⁾: il privato vuole ottenere il permesso di costruire - e questo è il bene della vita finale - ma l'ordinamento gli riconosce, a prescindere dal permesso di costruire, una serie di garanzie formali e procedurali che se violate non possono non avere conseguenze giuridiche in termini risarcitori⁽³²⁾. Peraltro una conferma dell'esistenza di un bene diverso rispetto a quello finale si trova all'art. 2 *bis*, L. 241/1990 cit. ove, contrapponendo l'indennizzo al risarcimento, risulta palese l'esistenza di un bene - il rispetto dei tempi del procedimento - e di una lesione diversi dal bene finale cui il privato aspira⁽³³⁾. Come affermato in dottrina "l'ipotesi è particolarmente significativa, perché, ai fini dell'ingiustizia del danno, non viene in nessuna considerazione (l'aspettativa de) il bene della vita richiesto"⁽³⁴⁾.

Nonostante il fatto che l'adunanza plenaria non abbia preso posizione sullo specifico problema⁽³⁵⁾, vi è più di una ragione per riflettere sull'importanza del contatto "qualificato" tra amministrazione e privato e dunque per valorizzare anche il rispetto delle regole procedurali e formali⁽³⁶⁾. Con



la lente del civilista nel procedimento volto all'adozione del provvedimento si instaura un rapporto giuridicamente rilevante: oltre che nel caso classico in cui una parte, detta debitore, deve una prestazione alla controparte, detta creditore, ci sono casi in cui si scorge una relazione giuridica qualificata che prescinde dall'adempimento di una prestazione. Per dirla con le parole di un illustre studioso può ipotizzarsi anche un obbligo di relazione a prescindere dall'obbligo di prestazione⁽³⁷⁾. "Non c'è nulla che il soggetto privato debba aspettarsi dalla pubblica amministrazione, tranne la correttezza del suo operato" e tali obblighi "non nascono dal semplice contatto procedimentale bensì specificamente dallo status della p.a. che impone ad essa di agire in maniera legittima" creandosi dei veri e propri "obblighi di protezione" quale corollario del principio di buona fede⁽³⁸⁾.

Per altro verso, anche con la lente dell'amministrativista, si deve affermare che il passaggio dalla legalità formale a quella sostanziale serve, nelle intenzioni della migliore dottrina e della giurisprudenza, ad innalzare il livello di tutela goduto dal privato e non già ad abbassarlo. L'accoglimento di una visione "sostanziale" nei rapporti con l'amministrazione - con conseguente applicazione della regola sancita all'art. 21 *octies*, comma 2 - non può servire dunque a lasciare sguarnito di ogni tutela il destinatario dell'atto illegittimo e conseguentemente deve ammettersi lo strumento risarcitorio anche nei casi in cui la legge esclude l'annullamento dell'atto illegittimo.

Analogo discorso deve essere fatto in relazione alla c.d. legalità procedurale che, come è noto, serve a rafforzare le tutele procedurali in tutte quelle ipotesi in cui il legislatore non può individuare con precisione il possibile contenuto del provvedimento⁽³⁹⁾. Sarebbe ben strano un sistema che rinforza il procedimento per aumentare le garanzie del privato esposto al provvedimento dell'amministrazione e poi nei fatti non contempla alcuna conseguenza per la violazione delle predette regole procedurali. La dottrina ha evidenziato che occorre dare "rilievo alle c.d. forme dell'azione amministrativa"⁽⁴⁰⁾ e che "le prerogative procedurali dei privati sono espressione ... di principi costituzionali, la democraticità dell'ordinamento e dunque di tutte le pubbliche funzioni, dell'imparzialità e del buon andamento"⁽⁴¹⁾.

La soluzione ora prospettata appare anche più conforme ai principi CEDU. Ed invero, fermo restando che, come detto, è da approvare la regola della non annullabilità degli atti il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, i principi di prevedibilità, accessibilità e chiarezza sembrano contrari ad un sistema che non contempli il risarcimento del danno dopo aver escluso l'annullabilità dell'atto illegittimo nei casi di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, l. cit. Giova spendere qualche parola sul punto. La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie sono concordi nel ritenere che nelle ipotesi di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, non vi è una semplice irregolarità dell'atto amministrativo rilevante sul piano del diritto sostanziale, ma una vera e propria illegittimità che, tuttavia, non porta all'annullamento dell'atto per mancanza di interesse in considerazione del fatto che il contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato⁽⁴²⁾. Conseguentemente il destinatario dell'atto rimane onerato dell'impugnazione in presenza di un atto illegittimo anche perché nel relativo giudizio l'esito è del tutto imprevedibile dipendendo dalla natura vincolata o discrezionale dell'atto, dagli elementi raccolti in giudizio e dall'attività difensiva spiegata dalla pubblica amministrazione. Ad esempio, in presenza di un atto discrezionale viziato dalla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, la "sanatoria" potrà realizzarsi solo se l'amministrazione - sulla quale incombe il relativo onere probatorio - riesce a dimostrare che il contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato⁽⁴³⁾; è evidente però che il privato non può sapere, prima della proposizione del giudizio, quale attività processuale compirà la controparte e se tale attività riuscirà a convincere il giudice dell'ineluttabilità della decisione amministrativa. Quindi l'interessato per evitare che il provvedimento si consolidi per acquiescenza avrà l'onere impugnarlo. E allora non si può sfuggire a questa alternativa: se il privato non impugna l'atto, prestandovi acquiescenza, non potrà ottenerne l'annullamento in virtù di una scelta che ricade interamente su di lui; se chiede l'annullamento al giudice - iniziando un giudizio con i relativi costi - può vedersi respinta la domanda di annullamento, in applicazione dell'art. 21 *octies*, comma 2, pur rimanendo accertato che l'atto è illegittimo. Tale ultima conclusione è perfettamente coerente col sistema, e condivisibile, a condizione che il destinatario dell'atto illegittimo non si veda preclusa la tutela di tipo risarcitorio legata alla violazione di tipo formale o procedimentale perché, in caso contrario, le conseguenze dell'atto illegittimo, piuttosto che ricadere sull'autore dell'atto (l'amministrazione), andrebbero a pesare sul destinatario dell'atto.

In ogni caso non può non considerarsi un pregiudizio vedersi onerato dell'impugnazione di un atto che poi non sarà annullato nonostante il fatto che sia illegittimo. Ciò sarebbe anche contrario ad uno dei principi fondamentali dell'analisi economica del diritto perché si scoraggerebbe il cittadino a proporre ricorso per restaurare la legalità violata e si incentiverebbe la violazione delle norme procedurali da parte dell'amministrazione.

Anche la prospettiva di diritto comparato porta a concludere per la risarcibilità⁽⁴⁴⁾. Come affermato in dottrina, "in termini generali tutti gli ordinamenti continentali e quello comunitario configurano la possibilità di ricorrere alla tutela risarcitoria in quei casi in cui l'atto amministrativo ancorché affetto da mero vizio di forma, determini - in ragione della sua invalidità - un pregiudizio per il soggetto destinatario dei suoi effetti"⁽⁴⁵⁾. Il cambiamento sarebbe utile pure "per il diritto europeo, la cui unità si realizza non solo adottando leggi comuni ma pure facendo a meno delle differenze che, quando pure siano glorioso retaggio delle tradizioni nazionali, rendono difficile l'idea europea"⁽⁴⁶⁾.

Una (timida) conclusione

Le considerazioni sino a qui esposte portano a concludere che, a differenza di quanto tradizionalmente affermato, quando il giudizio si conclude senza l'annullamento dell'atto illegittimo in applicazione dell'art. 21 *octies*, comma 2, non deve aprioristicamente escludersi il risarcimento del danno, se richiesto.

Continuando a ragionare con gli schemi inaugurati da SS.UU. n. 500/1999, il giudice, investito della domanda, dovrà parametrare il risarcimento non al bene della vita finale cui aspira il privato ma a beni della vita diversi e identificabili in quei beni legati al corretto rapporto tra cittadino e amministrazione, così come oggi è un autonomo bene della vita la tempestività della risposta della pubblica amministrazione.

Potrebbe anche abbandonarsi la prospettiva fatta propria dalle sezioni unite e, aderendo alla proposta della dottrina (Castronovo⁽⁴⁷⁾), limitarsi ad accertare se dalla lesione dell'interesse legittimo - che non ha portato all'annullamento ma che connota la vicenda in termini di ingiustizia - sia 'semplicemente' conseguito un danno ingiusto al privato. Si immagini il caso di chi, legittimo concessionario di un bene, non viene avvisato dell'avvio del procedimento volto alla revoca del titolo; in casi del genere, ad esempio, le spese fatte per incrementare la produttività del bene, e che il concessionario non avrebbe fatto se avesse saputo dell'intenzione dell'amministrazione di procedere alla revoca, potrebbero essere risarcite a prescindere dal fatto che l'atto non venga annullato.

Il danno⁽⁴⁸⁾ naturalmente dovrà essere subito e provato da chi si afferma danneggiato e, seguendo l'orientamento tradizionale, la relativa responsabilità sarà inquadrata nell'art. 2043 c.c. anche se, a sommosso avviso dello scrivente, esistono diverse ragioni per tentare una ricostruzione in termini di responsabilità da contatto qualificato⁽⁴⁹⁾. Rimanendo allora nello schema dell'art. 2043 e della comparazione tra gli interessi del danneggiato e del danneggiante (così come richiesto dalle SS.UU. nel 1999⁽⁵⁰⁾), è chiara la necessità di dare tutela a chi è destinatario di un atto illegittimo pur non dimenticando che da tempo ormai si precisa che, in ossequio al principio di tolleranza e solidarietà, vanno esclusi i risarcimenti per pregiudizi che non si connotano per l'esistenza del requisito della serietà e gravità⁽⁵¹⁾. Ed invero le sezioni unite della Corte di cassazione hanno ipotizzato addirittura che i danni alla persona di valore bagatellare non devono essere risarciti senza per questo negare che esista la lesione di un bene personale⁽⁵²⁾.

In ogni caso il ricorso agli ordinari principi sconsiglia la possibilità che l'amministrazione sia chiamata a pagare danni inesistenti o che il privato possa ottenere una somma superiore al pregiudizio effettivamente subito⁽⁵³⁾, fermo restando che anche in questo caso vige la regola della non risarcibilità dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza.

Se la giurisprudenza dovesse accogliere questo nuovo orientamento, ad avviso di chi scrive, si colmerebbe una lacuna nell'ordinamento giuridico e si farebbe un passo in avanti nella migliore ricostruzione del rapporto tra amministrazione e destinatari dei provvedimenti.

Le conclusioni cui si è giunti non devono 'scandalizzare' perché fanno parte della naturale evoluzione del sistema. Cinquanta anni fa (e forse meno) era normale considerare non risarcibili le lesioni agli interessi legittimi; la regola è cambiata nel momento in cui si è compreso che la "sovranità ha perso i suoi caratteri di assolutezza e di supremazia"⁽⁵⁴⁾. Oggi il potere pubblico

trova la sua giustificazione "nel collegamento con il circuito democratico, nel rispetto delle regole di diritto, nella partecipazione degli interessati alle decisioni, nell'*accountability*, nel sindacato giurisdizionale"⁽⁵⁵⁾ e non si può "pretendere che, in ragione della sua posizione di supremazia, il potere pubblico non sia chiamato a compensare con il risarcimento i danni ingiusti che produce"⁽⁵⁶⁾. "L'amministrazione è venuta gradualmente scendendo da un piedistallo di intangibilità e perciò di privilegio per diventare soggetto di un *diritto amministrativo* sempre più *paritario*"⁽⁵⁷⁾.

I tempi sono maturi dunque per eliminare questa residua sacca di privilegio. Potrebbe anche auspicarsi, con la migliore dottrina (Clarich⁽⁵⁸⁾), l'introduzione di un sistema sanzionatorio simile a quello previsto dall'art. 123 c.p.a. per le violazioni commesse nell'affidamento dei contratti di appalto.

(1) Va ricordato che le Sezioni Unite con la sent. n. 500/1999, contrariamente all'orientamento sino a quel momento consolidato, hanno ritenuto che l'art. 2043 c.c. costituisce norma primaria e che il risarcimento deve essere disposto previa comparazione tra l'interesse del danneggiante e quello del danneggiato senza essere legati alla qualificazione in termini di danno *contra jus* del pregiudizio. Per i commenti alla sentenza delle SS.UU. n. 500/1999, si veda L. Torchia, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 9, 832; V. Carbone, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999, 10, 974 ss.; L.V. Moscarini, *La risarcibilità degli interessi legittimi: un problema tuttora aperto*, in *Contratti*, 1999, 10, 869; A. di Majo, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*, in *Corr. giur.*, 1999, 11, 1376; V. Mariconda, *"Si fa questione di un diritto civile..."*, in *Corr. giur.*, 1999, 11, 1381; C. Sabino, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 12, 1221; A. Pajno, *La "giurisdizione" concentrata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 10, 1043; S. Cacace, *La responsabilità della P.A. per lesione degli interessi legittimi negli anni '90: dieci tappe di una evoluzione*, in *Danno e resp.*, 2001, 121. Per una critica ragionata all'idea per cui l'art. 2043 c.c. è norma primaria si veda C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 211-213.

(2) Per una lettura della sentenza delle sezioni unite, si veda C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 199 ss. ove, tra le molte (e tutte interessantissime) cose, si mette in evidenza che all'espressione *contra jus* "non si accredita più, se mai ha potuto averla, la funzione di rappresentare linguisticamente la lesione del solo diritto soggettivo".

(3) Per la qualificazione in termini di responsabilità da contatto qualificato, Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1392; in *Giur. it.*, 2004, 417 con nota di Rodriquez; in questa *Rivista*, 2003, 9, 1071, con nota di Manganaro. Nello stesso anno e nella medesima direzione, Cass., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro amm. CDS*, 2003, 32 e 479; in *Corr. giur.*, 2003, 5, 586, con nota di Lamorgese; in *Danno e resp.*, 2003, 477, con nota di Conti: "Il contatto del cittadino con l'amministrazione è oggi caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento nell'ambito di un rapporto che in virtù delle garanzie che assistono l'interlocutore dell'attività procedimentale, diviene specifico e differenziato".

(4) Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 2017, n. 602; Cons. Stato, Sez. IV, 22 novembre 2016, n. 4901; Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675; Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2610; Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5124; Cons. Stato, Sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3723; Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3059; Cons. Stato, Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981; Cons. Giust. Amm. Sic., 18 aprile 2006, n. 153; Cons. Stato, Sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012.

(5) In base alle regole ordinarie in materia di responsabilità ex art. 2043 c.c., anche per l'accertamento della responsabilità della P.A. è necessario provare l'esistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito, ossia il dolo o la colpa della P.A. intesa come apparato. Per quanto concerne la consistenza dell'onere probatorio incombente sul privato circa la dimostrazione della colpa della P.A., la giurisprudenza amministrativa più recente è ormai orientata nel senso di ritenere che "anche inquadrando la responsabilità della Pubblica Amministrazione da

provvedimento illegittimo nel modello aquiliano, il privato può provare la colpa della P.A. anche semplicemente dimostrando l'illegittimità del provvedimento lesivo la quale, pur non identificandosi nella colpa, costituisce, tuttavia, un indizio (grave, preciso e concordante) idoneo a fondare una presunzione (semplice) di colpa, che l'Amministrazione può vincere dimostrando elementi concreti da cui possa evincersi la scusabilità dell'errore compiuto", Cons. Stato, Sez. VI, 16 aprile 2015, n. 1944; nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. IV, 18 gennaio 2017, n. 190; Cons. Stato, Sez. III, 15 maggio 2018, n. 2881; Cons. Stato, Sez. III, 15 maggio 2018, n. 2882. Tuttavia, la regola del necessario accertamento dell'elemento soggettivo in caso di responsabilità della P.A. trova una "deroga" nello specifico settore degli appalti pubblici: Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686 e anche, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 31 ottobre 2016, n. 4562: *"In materia di appalti pubblici, la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno non richieda la prova della colpa. L'art. 124 D.Lgs. n. 104/2010 (CPA) introduce al riguardo un'ipotesi di responsabilità oggettiva, che deve essere applicata a tutto il campo degli appalti pubblici, in base al principio generale di diritto eurounitario di effettività della tutela"* (in senso conforme, T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. III, 10 marzo 2017, n. 678).

(6) Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2018, n. 1859; Cons. Stato, Sez. IV, 8 febbraio 2018, n. 825.

(7) In senso contrario alla risarcibilità del danno da "puro" ritardo prima dell'introduzione dell'art. 2 bis della L. n. 241/1990, Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7: *"Il sistema di tutela degli interessi pretesivi - 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'interessato (susceptibile di appagare un 'bene della vita')"*; ancora, in riferimento ad una situazione in cui il ricorrente non era in condizione, *ratione temporis*, di invocare la nuova previsione di cui all'art. 2 bis della L. n. 241/1990 introdotta dall'art. 7, comma 1, lett. c), L. 18 giugno 2009, n. 69), Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2535: *"Il G.A. riconosce il risarcimento del danno causato al privato dal comportamento dell'Amministrazione solo quando sia stata accertata la spettanza del c.d. bene della vita: non è invece risarcibile il danno da ritardo provvedimento c.d. mero, occorrendo appunto verificare se il bene della vita finale sotteso all'interesse legittimo azionato sia, o meno, dovuto"*.

In senso contrario alla risarcibilità del danno da ritardo mero pure in seguito all'introduzione dell'art. 2 bis, L. 7 agosto 1990, n. 241, di recente anche Cons. Stato, Sez. IV, 2 novembre 2016, n. 4580: *"Il risarcimento del danno da ritardo, relativo ad un interesse legittimo pretensivo, non può essere avulso da una 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 (art. 2 bis L. 7 agosto 1990, n. 241)"*; Cons. Stato, Sez. IV, 5 aprile 2018, n. 2108: *"La possibilità di risarcimento del danno da ritardo/inerzia della pubblica amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo va inquadrato non già come effetto del ritardo in sé ma per il fatto che la condotta inerte o tardiva dell'amministrazione sia stata causa di un danno nella sfera giuridica del privato che, con la propria istanza, ha dato avvio al procedimento amministrativo"*.

(8) Di recente A. Pubusa, *L'interesse legittimo, un dono, un furto con destrezza e forse finalmente un diritto o quasi (ovvero l'opera di Enrico Follieri, gioioso e instancabile costruttore di tutele)*, in *giustamm.it*, luglio 2018 ha ricordato che *"la distinzione follieriana fra il rapporto dinamico (procedimento) e quello statico (provvedimento), poiché nella dinamica procedimentale il privato, parte del rapporto, interagisce col responsabile del procedimento, mentre nel provvedimento è solo destinatario rispetto all'assetto degli interessi, salva la contestazione processuale, che è altra storia"*.

(9) R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, II ed., 2017, 582 ove si richiama la legge tedesca 25 maggio 1976, modificata dalla L. 12 settembre 1996, che stabilisce: *"non si può richiedere l'annullamento di un atto amministrativo che non sia nullo ai sensi del par. 44 solamente perché esso è stato posto in essere violando prescrizioni riguardanti il*

procedimento, la forma o la competenza territoriale, ove risulti, in maniera palese, che la violazione non abbia influito sul contenuto della decisione".

(10) Ancora R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 611 ove un ampio inquadramento della portata dell'art. 21 *octies*, comma 2, L. n. 241/1990 e delle diverse tesi della dottrina e della giurisprudenza.

(11) C. Commandatore, *La piena tutela dell'interesse legittimo pretensivo, dopo l'azione di annullamento, l'azione di adempimento*, in questa Rivista, 2017, 5, 655; A. Pajno, *Le nuove disposizioni correttive ed integrative al codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1, 5; F. Saitta, *Ancora sulla condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto dal ricorrente: un'azione di adempimento che c'è, ma non si vede?*, in *Giur. it.*, 2012, 12, 2673; A. Comino, *La condanna "atipica" nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2011, 4, 960.

(12) Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3; F. Cortese, *L'Adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 9, 962; F.G. Scoca, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 7, 979; C.E. Gallo, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, in questa Rivista, 2011, 6; D. Pappano, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*, in *Giur. it.*, 2012, 2, 442.

(13) M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 129.

(14) F.G. Scoca, *L'interesse legittimo, storia e teoria*, Torino, 2017, 313.

(15) Ancora F.G. Scoca, *L'interesse legittimo, storia e teoria*, Torino, 2017, 313.

(16) Sul tema della legalità formale e procedurale, si veda M. Macchia, *Amministrazione pubblica, principio di legalità e regole di diritto*, in L. Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, II ed., Bologna, 2010, 9 ss.

(17) Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro amm. CDS*, 2004, 1895, con nota di Satta - Gallo - Siclari e 2475, con nota di Marzano; in *Giur. it.*, 2004, 2255, con nota di Poggio; in *Corr. giur.*, 2004, 9, 1167, con nota di Palma; in *Foro it.*, 2004, 1, 2594, con nota di Travi; in *Giornale dir. amm.*, 2004, 9, 969, con nota di Clarich; in questa Rivista, 2004, 1275, con nota di Lotti.

(18) Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 12, 1330; in *Danno e resp.*, 2006, 8-9, 903, con nota di Covucci; in *Guida dir.*, 2005, 42, 85, con nota di Forlenza; in questa Rivista, 2006, 1, 61, con nota di Clarich e di Fonderico; in *Foro it.*, 2006, 1, 3, 1, con nota di Sigismondi.

(19) Nel senso che dal tenore letterale della norma (art. 2 *bis*, comma 1, L. n. 241/1990 e art. 133, lett. a), n. 1), c.p.a.) sembra ricavarsi un *favor* del legislatore per la risarcibilità anche del danno da mero ritardo, Cons. Giust. Amm. Sic., 4 novembre 2010, n. 1368: "Il danno cagionato al privato dal ritardo dell'amministrazione è risarcibile anche se il procedimento non si è ancora concluso e anche se si è concluso negativamente, atteso che l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento, qualora incidente su interessi pretensivi agganciati a programmi di investimento di cittadini o imprese, è sempre un costo", in *Giur. it.*, 2011, 6, 1426, con nota di D'Antonio; Cons. Giust. Amm. Sic., Sez. giur., 24 ottobre 2011, n. 684; Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675 in *Danno e resp.*, 2015, 4, 448; Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271, in questa Rivista, 2011, 5, 610 e *Giorn. dir. amm.*, 2011, 6, 657. Anche per E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 644, la disposizione di cui all'art. 2 *bis*, L. n. 241/1990 "sembra prescindere dalla prova della effettiva spettanza del bene finale o dall'effettivo suo conseguimento e, dunque, ha uno spettro applicativo più ampio. Il ritardo, in altri termini, è risarcibile in quanto tale, ancorché il riferimento all'ingiustizia possa evocare la necessità di selezionare i casi di ritardo tenendo anche conto della parte...". Della stessa opinione, R. Chieppa - R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 942, secondo cui la norma di cui all'art. 2 *bis*, L. n. 241/1990, "pur lasciando aperta la questione sui presupposti per accedere alla tutela risarcitoria in caso di danni da ritardo, sembra potersi ricavare un *favor* del legislatore per una risarcibilità anche del danno da mero ritardo (ove provato), non collegato alla ritardata attribuzione di un bene della vita". Anche M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 245, è dell'opinione che la responsabilità del



danno da ritardo ex art. 2 *bis*, L. n. 241/1990 prescinde del tutto dalla legittimità o illegittimità del provvedimento emanato in ritardo: "Ciò significa che il tempo dell'agire amministrativo costituisce un 'bene della vita' autonomo da quello correlato all'esercizio del potere. Per esempio, anche un'autorizzazione legittima ma rilasciata in ritardo può provocare all'impresa un danno causato dal mancato utilizzo delle proprie attrezzature e maestranze per il periodo di tempo intercorrente dalla data di scadenza del termine per l'emanazione dell'atto a quella della sua effettiva emanazione", M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 245-246.

(20) Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2018, n. 1859; Cons. Stato, Sez. IV, 8 febbraio 2018, n. 825. Per un quadro delle opinioni della dottrina, si veda R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 614.

(21) C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 206-207. L'A. in altra parte aggiunge "se l'ingiustizia del danno richiesta dall'art. 2043, per espressa ammissione della stessa Cassazione va ritenuta quando sussista la violazione di una situazione soggettiva, l'interprete per questo profilo dovrà limitarsi ad accertare che nel caso concreto tale violazione sussista, e in base a questo, e a questo soltanto, proclamare la responsabilità, ovviamente quando ricorrano gli altri elementi della fattispecie" (216).

(22) C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 215.

(23) C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 217.

(24) Cons. Stato, Sez. IV, 8 febbraio 2018, n. 825: "Per accedere alla tutela risarcitoria, è indispensabile, ancorché non sufficiente, che il provvedimento (o il comportamento) illegittimo dell'amministrazione reso nell'esplicazione (o nell'inerzia) di una funzione pubblica incida sul bene della vita finale. Ciò funge da sostrato materiale dell'interesse legittimo e non consente di configurare la tutela degli interessi c.d. procedurali puri, delle mere aspettative o dei ritardi procedurali. Il giudicato di annullamento di un provvedimento amministrativo per vizi formali (quali il difetto di istruttoria o di motivazione), in quanto pacificamente non contiene alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento impugnato, non consente di fondare la pretesa al risarcimento del danno"; il Consiglio di Stato ha quindi concluso che "In materia di risarcimento del danno da mancata edificazione da provvedimento illegittimo, si dà corso alla tutela risarcitoria solo in presenza della prova seria della spettanza in concreto del diritto di edificare e delle conseguenze dannose". Ancora, Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2018, n. 1859: "... è applicabile al caso di specie il pacifico orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui l'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo per vizi formali (tra i quali si può annoverare non solo il difetto di motivazione, ma anche e soprattutto i vizi del procedimento), non reca di per sé alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento caducato *ope iudicis* e non può pertanto costituire il presupposto per l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno (*ex multis*: Cons. Stato, Ad. plen., 3 dicembre 2008, n. 13; III, 23 gennaio 2015, n. 302; IV, 8 febbraio 2018, n. 827, 4 luglio 2017, n. 3255, 6 febbraio 2017, n. 489; V, 27 novembre 2017, n. 5546, 17 luglio 2017, n. 3505, 6 marzo 2017, n. 1037, 15 novembre 2016, n. 4718, 23 agosto 2016, n. 3674, 10 febbraio 2015, n. 675, 14 ottobre 2014, n. 5115; VI, 30 novembre 2016, n. 5042). Come precisato nell'ambito di tale indirizzo giurisprudenziale, il risarcimento del danno non è infatti una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo ma richiede la verifica di tutti i requisiti dell'illecito (condotta, colpa, nesso di causalità, evento dannoso) e, nel caso di richiesta di risarcimento del danno conseguente alla lesione di un interesse legittimo pretensivo, è subordinato, alla dimostrazione, secondo un giudizio prognostico, che il provvedimento sarebbe stato rilasciato in assenza dell'agire illegittimo dell'amministrazione. Tale giudizio prognostico non può tuttavia essere positivo quando la spettanza del bene richiesto è subordinata al nuovo esercizio del potere amministrativo in ordine alla spettanza o meno del bene da conseguire, come nel caso di un annullamento che pone all'amministrazione l'obbligo di provvedere nuovamente, senza tuttavia vincolarla quanto alla determinazione finale da assumere".

(25) M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 206; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 543.



(26) R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 614 ove, alla [nota 738](#), si cita la bibliografia in argomento.

(27) R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 615 ove viene citata l'opinione di R. Chieppa.

(28) Ancora R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 615 ove viene citata l'opinione di D. Sorace.

(29) W. Gasparri, *Violazione delle regole formali tra invalidità degli atti e responsabilità risarcitoria*, in *Dir. pubb.*, 2007, 3, 721 ss.

(30) R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 616.

(31) Cass., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157 così si esprime: "Dall'inizio del procedimento l'interessato, non più semplice destinatario passivo dell'azione amministrativa, diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza 500-99-SU identifica nelle "regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità".

Tali interessi, di partecipare al procedimento, di vederlo concluso tempestivamente e senza aggravamenti, di poter accedere ai documenti in possesso dell'amministrazione, di vedere prese in esame le osservazioni presentate, di veder motivata la decisione che vanifica l'aspettativa, costituirebbero, secondo una lettura estrema, veri e propri diritti soggettivi, tutelati in quanto tali, e non situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale che verrebbe quindi protetto sub specie di interesse legittimo.

Di sicuro, l'interesse al rispetto di queste regole, che costituisce la vera essenza dell'interesse legittimo, assume un carattere del tutto autonomo rispetto all'interesse al bene della vita: l'interesse legittimo si riferisce a fatti procedurali".

Per F.G. Scoca, *L'interesse legittimo, storia e teoria*, Torino, 2017, 313, nt. 105 "l'interesse legittimo, quindi, è lesa da tutto ciò che impedisce, illegittimamente, il tempestivo conseguimento del provvedimento favorevole: in primo luogo il conseguimento del provvedimento; in secondo luogo il carattere favorevole del provvedimento. Le condotte illecite sono rapportabili alla violazione dei doveri procedurali, all'inerzia e al silenzio, al mancato rispetto dei termini entro i quali il procedimento dev'essere concluso; e, in ordine al contenuto del provvedimento, alla violazione di regole sostanziali e di principi che interferiscono con la discrezionalità".

(32) Di recente A. Pubusa, *L'interesse legittimo, un dono, un furto con destrezza e forse finalmente un diritto o quasi (ovvero l'opera di Enrico Follieri, gioioso e instancabile costruttore di tutele)*, in *giustamm.it*, luglio 2018: "Come negare che la disciplina dell'avvio del procedimento, del preavviso di diniego, dei tempi dell'azione amministrativa delineano l'esistenza di un rapporto, che è un *quid pluris* rispetto alla fase precontrattuale perché pone regole e vincoli più pregnanti, il cui rispetto ha riscontro nella motivazione, non a caso, di norma, sempre dovuta".

(33) Per la giurisprudenza favorevole alla risarcibilità del danno da mero ritardo ex art. [2 bis](#), [L. n. 241/1990](#), vedi [nota n. 19](#). Sulla distinzione tra indennizzo e risarcimento si veda Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4712; Cons. Stato, Sez. IV, 20 maggio 2014, n. 2543: "L'inosservanza del termine di conclusione del procedimento amministrativo comporta: in generale, il risarcimento del danno ingiusto, qualora - con dimostrazione del nesso di causalità - questo consegua alla predetta inosservanza colposa o dolosa della pubblica amministrazione; nei casi espressamente previsti, il riconoscimento di un indennizzo, il titolo a ricevere il quale (nelle condizioni previste dalla legge) sorge per il solo fatto del superamento del termine e che, ove concorra con la distinta obbligazione risarcitoria, è detratto dalla somme complessivamente riconosciuta a tale ultimo titolo". Ad ogni modo, parte della dottrina sottolinea come "la questione della risarcibilità del mero disagio sopportato dal privato a seguito della violazione dei termini di conclusione del procedimento appare stemperata" alla luce dell'introduzione del comma [1 bis](#) dell'art. [2 bis](#), [L. n. 241/1990](#), che sancisce il diritto ad ottenere un indennizzo da ritardo (M.L. Maddalena, *Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 192).

(34) F.G. Scoca, *L'interesse legittimo, storia e teoria*, Torino, 2017, 314.



(35) Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

(36) Come peraltro già affermato da Cass., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro amm. CDS*, 2003, 479; in *Corr. giur.*, 2003, 5, 586, con nota di Lamorgese; in *Danno e resp.*, 2003, 477, con nota di Conti; in questa *Rivista*, 2003, 8, 895, con nota di Sciascia; in *Studium juris*, 2003, 1378, con nota di Scalera; e da Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, in *Guida dir.*, 2003, 21, 75; in *Giur. It.*, 2004, 417, con nota di Rodriguez; in *Studium juris*, 2003, 1260, con nota di Scalera; in questa *Rivista*, 2003, 9, 1071, con nota di Manganaro.

(37) C. Castronovo, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 1233 ss.: "... Conclusivamente, ritengo che l'obbligazione senza prestazione vada presa per quello che è, cioè come un rapporto che partecipa della natura obbligatoria dell'obbligazione in senso tradizionale senza esserlo. Questa affermazione, presa sul piano puramente testuale può apparire contraddittoria, come può apparire un ossimoro la stessa espressione obbligazione senza prestazione. Ciò però è dovuto appunto all'idea, che certo ha dalla propria parte una tradizione più che bimillenaria, che identifica l'obbligazione con l'obbligo di prestazione. Una volta che ci si persuada della possibilità che la qualificazione obbligatoria sia estesa ad altri rapporti, nei quali ciò che rileva non è la pienezza del contenuto ma la dimensione formale nella quale le parti si trovano l'una di fronte all'altra, allora anche l'idea di un'obbligazione senza prestazione non solo non appare contraddittoria, ma anzi quello che per merito di essa si mette in luce come la vera essenza dell'obbligazione, la quale non consiste nel suo contenuto o oggetto che dir si voglia, più o meno ampio e vario a seconda del tipo contrattuale che lo genera, ma nella relazionalità come matrice di qualificazione del reciproco porsi di soggetti l'uno di fronte all'altro e in contemplazione dell'altro. Relazionalità che, nel momento in cui caratterizza l'obbligazione, con o senza prestazione, si rivela l'aspetto costante, la cornice dentro la quale la prestazione si iscrive solo come una variabile possibile. Onde il rapporto obbligatorio non è più nella sua essenza obbligo di prestazione ma quella relazione costante (konstante Rahmenbeziehung), teorizzata da Herholz e accolta da Mengoni, la quale in questa prospettiva acquista un significato nuovo e più pregnante ...".

(38) C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 224.

(39) Sul tema si rimanda nuovamente a M. Macchia, *Amministrazione pubblica, principio di legalità e regole di diritto*, in L. Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, cit., 9 ss.

(40) A. Pubusa, *L'interesse legittimo, un dono, un furto con destrezza e forse finalmente un diritto o quasi (ovvero l'opera di Enrico Follieri, gioioso e instancabile costruttore di tutele)*, in *giustamm.it*, luglio 2018.

(41) Ancora A. Pubusa, *L'interesse legittimo, un dono, un furto con destrezza e forse finalmente un diritto o quasi (ovvero l'opera di Enrico Follieri, gioioso e instancabile costruttore di tutele)*, in *giustamm.it*, luglio 2018 che poi si chiede "D'altronde, che senso avrebbe fissare una serie di diritti e obblighi, una trama di facoltà e doveri, per poi cancellarle a seconda del risultato?". Per l'A. la risposta è che "In realtà è solo la violazione di questi che si scarica sul provvedimento e non viceversa. L'autonomia fra i rapporti dinamico e statico è dunque a senso unico, vale per il primo rispetto al secondo, ma non viceversa. I vizi del primo si trasfondono nel secondo, ma non, vale il contrario, l'esito dell'assetto non incide sul procedimento".

(42) Secondo una certa impostazione, il provvedimento, pur difforme dal paradigma normativo, sarebbe sin dall'origine legittimo. Si tratta della tesi della irregolarità, sostenuta inizialmente da una parte della dottrina (G. Farina, *L'art. 21 octies della nuova legge 241/1990: la codificazione della era irregolarità del provvedimento amministrativo*, in www.lexitalia.it), ma non accolta dalla giurisprudenza maggioritaria del Consiglio di Stato: "L'art. 21 octies, benché norma processuale applicabile anche ai procedimenti in corso o già definiti alla data di entrata in vigore della [legge n. 15/05](#), non degrada un vizio di legittimità a mera irregolarità, ma fa sì che un vizio, che resta vizio di legittimità, non comporti l'annullabilità dell'atto sulla base di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate *ex post* dal giudice (il provvedimento non poteva essere diverso). L'irregolarità opera, invece, *ex ante* e in astratto; il provvedimento amministrativo affetto da vizio formale minore è un atto ab origine meramente irregolare, come già ritenuto dalla giurisprudenza in caso di mancata indicazione nell'atto impugnato del termine e dell'Autorità cui è possibile ricorrere (art. 3 della [L. n. 241/90](#)); inosservanza che costituisce



irregolarità che non rende l'atto illegittimo, ma che consente al limite il ricorso del privato oltre i termini di decadenza avvalendosi dell'errore scusabile, determinato dall'omissione compiuta dall'amministrazione. Deve quindi ritenersi che l'entrata in vigore del citato art. 21 *octies* non abbia inciso sulla categoria dell'irregolarità dell'atto amministrativo, come già definita da dottrina e giurisprudenza e abbia invece codificato quelle tendenze già emerse in giurisprudenza mirate a valutare l'interesse a ricorrere, che viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella già adottata (sulla base dell'art. 21 *octies* il provvedimento non è annullabile non perché assoggettato ad un diverso regime di invalidità o irregolarità, ma perché la circostanza che il contenuto non possa essere diverso priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna concreta utilità)". Cons. Stato, Sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2763, in questa *Rivista*, 2006, 7, 861. Dunque la giurisprudenza amministrativa prevalente qualifica la norma di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, come norma processuale, che mira a valutare l'interesse a ricorrere e che non fa venir meno, sul piano sostanziale, l'illegittimità del provvedimento. Ad ogni modo, occorre tener conto del fatto che anche altre tesi sono state sostenute dalla giurisprudenza amministrativa. Per la tesi del raggiungimento dello scopo, si veda Cons. Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 283 e Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2017, n. 990: "La norma di sanatoria dell'art. 21 *octies* (annullabilità del provvedimento) [L. n. 241/1990](#) ha carattere processuale ed è espressione di un principio generale dell'ordinamento, codificato anche [dall'art. 156 c.p.c.](#), per cui il raggiungimento dello scopo sana i vizi formali di un atto. Per tal ragione, essa è applicabile come parametro di legittimità anche ai procedimenti svoltisi prima della sua formale introduzione".

Infine, una parte della giurisprudenza, con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, parla di "meccanismo/effetto sanante", Cons. Stato, Sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2585. Per un'autorevole opinione sul punto, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 543 ss. si veda anche l'opinione di M. D'Orsogna, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2014, 331.

(43) Per la necessità di un'interpretazione restrittiva, anche in un'ottica di diritto comparato, si veda M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, III ed., 2017, 304 ss.

(44) Per un rapido quadro si veda M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 353 ss.

(45) W. Gasparri, *Violazione delle regole formali tra invalidità degli atti e responsabilità risarcitoria*, in *Dir. pubb.*, 2007, 3, 801-802 ove poi si esamina anche la soluzione prevista dall'ordinamento inglese.

(46) C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 201.

(47) Richiamato al par. 3.

(48) Comunque da parametrare all'interesse negativo, C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 229.

(49) Occorre infatti trasporre "in termini giuridici la dinamica relazionale tra cittadino e p.a." (C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 221 che poi ricorda che Cass., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157 "ha colto il fondamento di valore che io riconnettevo alla teorizzazione della natura contrattuale della responsabilità, quando ha affermato che 'il modello della responsabilità aquiliana appare più congeniale al principio di autorità (mentre) si rivela insoddisfacente e inadatto a risolvere i problemi applicativi dopo Cass., SS.UU., n. 500/1999 il modello finora utilizzato che fa capo [all'art. 2043 c.c.](#)'").

(50) Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500: "Quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori: caratteristica del fatto illecito delineato [dall'art. 2043 c.c.](#), inteso nei sensi suindicati come norma primaria di protezione, è infatti la sua atipicità. Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex [art. 2043 c.c.](#), è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un "danno ingiusto", ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza. Comparazione e valutazione che, è bene precisarlo, non sono rimesse alla



discrezionalità del giudice, ma che vanno condotte alla stregua del diritto positivo, al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche (così risolvendo in radice il conflitto, come avviene nel caso di interesse protetto nella forma del diritto soggettivo, soprattutto quando si tratta di diritti costituzionalmente garantiti o di diritti della personalità), ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così una esigenza di protezione (nel qual caso la composizione del conflitto con il contrapposto interesse è affidata alla decisione del giudice, che dovrà stabilire se si è verificata una rottura del "giusto" equilibrio intersoggettivo, e provvedere a ristabilirlo mediante il risarcimento)", in *Danno e resp.*, 1999, 10, 965, con nota di Carbone e Monateri; in *Giust. civ.*, 1999, 1, 2261, con nota di Morelli; in questa *Rivista*, 1999, 1067, con nota di Protto; in *Contratti*, 1999, 869, con nota di Moscarini; in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 9, 832, con nota di Torchia; in *Corr. giur.*, 1999, 11, 1367, con nota di Di Majo - Mariconda.

(51) Cass., SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972: "La gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili. Il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza. Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile. Pregiudizi connotati da futilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone ([art. 2 Cost.](#)). Entrambi i requisiti devono essere accertati dal giudice secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico...", in *Giur. it.*, 2009, 10, 2196, con nota di Angiuli; in *Danno e resp.*, 2009, 1, 19, con nota di Procida, Mirabelli, Di Lauro e Landini; in *Riv. dir. civ.*, 2009, 1, 2, 97, con nota di Busnelli; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 2, 102, con nota di Bargelli - Di Marzio; in *Fam. dir.*, 2009, 2, 113, con nota di Facci.

(52) Cass., SS.UU., 25 febbraio 2016, n. 3727: "Occorre invero ricordare che al principio della necessaria offensività, comunque declinato, fa da pendant, nell'ordinamento privatistico, quello della irrisarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità: della ristorabilità cioè di siffatto tipo di pregiudizio a condizione che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità, e che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita o alla felicità (cfr. Cass., SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972; Cass. 25 marzo 2009, n. 7211; Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847; Cass. 27 aprile 2011, n. 9422). Ed è significativo che tale affermazione - che costituisce il punto di chiusura del sistema - è stata espressamente ribadita con specifico riguardo alla diffamazione a mezzo stampa (Cass. 10 ottobre 2014, n. 21424), al danno da vacanza rovinata, anche nei profili particolarmente pregnanti elaborati dalla giurisprudenza comunitaria (Cass. 14 luglio 2015, n. 14663), al danno da lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali (Cass. 15 luglio 2014, n. 16133). È stato invero segnatamente evidenziato che il danno non patrimoniale qualsiasi danno non patrimoniale - giammai si sottrae alla verifica della gravità della lesione e della serietà del pregiudizio patito dall'istante, essendo consustanziale al principio di solidarietà di cui [all'art. 2 della Costituzione](#), di tolleranza della lesione minima: il che vuol dire che non v'è diritto per cui non operi la regola del bilanciamento, in forza della quale, perché si abbia una lesione ingiustificabile e risarcibile dello stesso, non basta la mera violazione delle disposizioni che lo riconoscono, ma è necessaria una violazione che ne offenda in modo sensibile la portata effettiva. E tanto alla stregua di un accertamento di fatto che pertiene al giudice di merito e che è incensurabile in sede di legittimità, ove adeguatamente motivato. Tutto ciò vuol dire, ridotta all'osso la questione, che la valutazione della marginalità della riproduzione, quand'anche dovesse ritenersi preclusa in ragioni di ipotetiche rigidità della norma incriminatrice, rientrerebbe in ogni caso dalla finestra delle regole che, nel diritto civile, presidiano la materia del risarcimento del danno", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 7-8, 1012 con nota di Priscoli e in *Giur. it.*, 2016, 5, 1106, con nota di De Carolis.



(53) Nel risolvere un contrasto giurisprudenziale relativo alla possibilità che la persona resa gravemente invalida a seguito dell'altrui illecito, oltre a conseguire l'indennità di accompagnamento dovutale per legge, ottenga dal responsabile l'intero importo che le spetterebbe a titolo di risarcimento del danno, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato l'operatività del principio della *compensatio lucri cum damno* nella fattispecie in esame. In particolare, a sostegno della soluzione nel senso della detraibilità, la S.C. richiama il c.d. principio di indifferenza, in base al quale il risarcimento non deve impoverire il danneggiato, ma neppure arricchirlo, sicché non può creare in favore di quest'ultimo una situazione migliore di quella in cui si sarebbe trovato se il fatto dannoso non fosse avvenuto, immettendo nel suo patrimonio un valore economico maggiore della differenza patrimoniale negativa indotta dall'illecito. Così Cass., SS.UU., 22 maggio 2018, n. 12567: "... il risarcimento deve coprire tutto il danno cagionato, ma non può oltrepassarlo, non potendo costituire fonte di arricchimento del danneggiato, il quale deve invece essere collocato nella stessa curva di indifferenza in cui si sarebbe trovato se non avesse subito l'illecito: come l'ammontare del risarcimento non può superare quello del danno effettivamente prodotto, così occorre tener conto degli eventuali effetti vantaggiosi che il fatto dannoso ha provocato a favore del danneggiato, calcolando le poste positive in diminuzione del risarcimento", in *Giur. it.*, 2018, 6, 1344, con nota di Gallo.

(54) E. Morlino, *La responsabilità della pubblica amministrazione nel diritto nazionale, comparato ed europeo*, in L. Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, cit., 170.

(55) Ancora E. Morlino, *La responsabilità della pubblica amministrazione nel diritto nazionale, comparato ed europeo*, in *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, cit., 170.

(56) Ancora E. Morlino, *La responsabilità della pubblica amministrazione nel diritto nazionale, comparato ed europeo*, in *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, cit., 170.

(57) C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 201.

(58) M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 206: "*De jure condendo, potrebbe essere valutata l'opportunità di introdurre una sanzione di tipo pecuniario a carico dell'amministrazione, analogamente a quanto già dispone il Codice del processo amministrativo in materia di contratti pubblici. In quest'ultimo ambito, il giudice amministrativo che accerta una violazione procedurale definita grave dal diritto europeo (per esempio, la mancata pubblicazione del bando di gara), non può disporre sempre ed automaticamente anche l'inefficacia del contratto. Quest'ultima evenienza gli è preclusa quando sussistono esigenze imperative connesse a un interesse generale che rendono preferibile mantenere in vita il contratto aggiudicato illegittimamente. Il giudice deve però irrogare alla stazione appaltante una sanzione pecuniaria (art. 123). Anche nel caso dei vizi formali non invalidanti, il giudice amministrativo potrebbe applicare un'analoga sanzione, in luogo dell'annullamento del provvedimento*".

LA PIENA TUTELA DELL'INTERESSE LEGITTIMO PRETENSIVO, DOPO L'AZIONE DI ANNULLAMENTO, L'AZIONE DI ADEMPIMENTO

di Calogero Commandatore(*)

D.Lgs. 02-07-2010, n. 104, epigrafe

L. 07-08-1990, n. 241, Art. 10-bis

"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 del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio": con l'aggiunta di tale periodo all'art. 34, comma 1, lett. c), D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 per opera dell'art. 1, comma 1, lett. e), D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160 - dopo un travagliato percorso legislativo, giurisprudenziale e dottrinario - l'azione di adempimento pubblicistica ha trovato positiva consacrazione legislativa nel novero delle azioni proponibili dinanzi al giudice amministrativo. La mera previsione legislativa di tale azione, però, non ha risolto, ma solamente riproposto, le questioni teoriche sottese alla esperibilità di tale forma di tutela giurisdizionale che involgono necessariamente i tradizionali dibattiti sulla natura del rapporto tra privato e pubblica amministrazione, sulla nozione di interesse legittimo, sui limiti del sindacato del giudice amministrativo sull'attività della pubblica amministrazione e su gli eventuali eccessi di potere giurisdizionale nonché sull'esatta individuazione dell'oggetto del processo amministrativo e del giudicato amministrativo.

L'ammissibilità delle azioni di adempimento e di accertamento nel processo amministrativo, nell'ambito della giurisdizione di legittimità, non può prescindere da un necessario collegamento con l'azione di annullamento del provvedimento amministrativo, la cui centralità nel giudizio amministrativo è consacrata dall'art. 113, comma 3, Cost. In particolare, l'azione di condanna della pubblica amministrazione all'adozione di uno specifico provvedimento amministrativo costituisce un ampliato e ulteriore effetto dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo teso ad assicurare la piena ed effettiva tutela dell'interesse legittimo.

Sommario: Le azioni strumentali alla tutela dell'interesse legittimo pretensivo - L'azione di adempimento pubblicistica nel codice del processo amministrativo e la compatibilità con l'art. 113 Cost. - La sentenza di condanna al rilascio del provvedimento richiesto e la successiva attività della P.A. tra sopravvenienze e procedimenti amministrativi di secondo grado

Le azioni strumentali alla tutela dell'interesse legittimo pretensivo

L'art. 1, comma 1, lett. e), D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160, c.d. secondo correttivo al codice del processo amministrativo, ha aggiunto al termine del comma 1, lett. c) dell'art. 34, D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 - rubricato "sentenze di merito" - il seguente periodo: "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 del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio" così allineandosi agli altri ordinamenti europei nella tecnica di protezione specifica degli interessi legittimi pretensivi.

Per alcuni autori⁽¹⁾, la novella legislativa appare improntata sul modello britannico in cui l'esperimento del *mandatory order* presuppone la contestuale proposizione della *quashing order*, ossia dell'azione di annullamento dell'atto.

Per altre opinioni⁽²⁾ (invero prevalenti) il secondo correttivo al codice avrebbe invece introdotto una forma di tutela specifica dell'interesse legittimo pretensivo già conosciuta in Germania tramite la *Verpflichtungsklage* di cui ai parr. 42 e 113 del *Verwaltungsgerichtsordnung* (codice del processo amministrativo tedesco) - ossia quell'azione che consente al giudice amministrativo di condannare la pubblica amministrazione all'emanazione di un atto amministrativo sia nel caso di rifiuto espresso o implicito (*per facta concludentia*), sia in caso di assoluta inerzia della P.A. nonché nell'ipotesi di provvedimento diverso da quello dovuto, sempre che il ricorrente vantì una pretesa giuridicamente qualificata al provvedimento⁽³⁾.

L'importanza di tale azione è stata sottolineata dalla dottrina amministrativa tedesca, la quale non ha esitato a definirla come l'azione che assicura la piena e completa tutela del cittadino nei confronti di un soggetto dominante⁽⁴⁾ poiché funzionalmente tesa a soddisfare, in natura, la sua pretesa, costituendo così necessario strumento per la piena esplicazione dello Stato di diritto e dell'effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive⁽⁵⁾.

Tale impostazione appare conforme alla nozione di pretesa creditoria vigente nell'ambito del diritto delle obbligazioni tedesco (par. 241 BGB), identificabile come l'aspettativa legalmente tutelata del creditore di ottenere il bene e l'utilità dovuti per mezzo di un'attività funzionale del debitore⁽⁶⁾.

Il par. 241 del BGB icasticamente sancisce che il creditore - in ragione della sussistenza rapporto obbligatorio - è autorizzato "a pretendere la prestazione dal debitore" senza la necessità di un'indagine sull'imputabilità dell'inadempimento.

Osservano lucidamente autorevoli contributi dottrinali come l'adempimento "in natura" di una pretesa costituisca un rimedio all'inadempimento del soggetto obbligato del tutto differente dalla sistematica risarcitoria, giacché il mero inadempimento non rileva come fonte di responsabilità, ma come semplice fatto negativo "e ciò nel senso di situazione di non-adempimento e/o di non performance, il che non fa che rendere azionabile quella "pretesa all'adempimento" (la c.d. *Anspruch* del diritto tedesco), che costituisce il cuore del diritto di credito"⁽⁷⁾.

Nell'ambito del diritto tedesco - che non conosce la dicotomia tra diritto soggettivo e interesse legittimo, ma regola il riparto di giurisdizione in ragione della natura pubblica o privatistica delle norme che disciplinano il rapporto controverso⁽⁸⁾ - il parallelismo tra pretesa amministrativa e pretesa creditoria di stampo privatistico non ha storicamente comportato particolari problemi teorici stante l'unitaria nozione di diritto soggettivo predicabile come unica situazione giuridica

soggettiva sia tra i privati sia tra cittadini e pubblica amministrazione, consentendo così la naturale ammissibilità dell'azione di adempimento in natura sia in ambito privatistico sia in ambito pubblicistico (la citata *Verpflichtungsklage*).

Non potendo in questa sede ripercorrere l'imponente dibattito sulla configurabilità dell'azione di adempimento nella sistematica del nostro codice civile⁽⁹⁾, deve necessariamente rilevarsi come, nel nostro ordinamento, a differenza di quello tedesco, per configurare un'azione di adempimento pubblicistica, sia stato necessario mutare la nozione di interesse legittimo, e in particolar modo dell'interesse legittimo pretensivo, onde configurarla come situazione giuridica soggettiva implicante una qualificata pretesa del privato nei confronti della P.A. e, così come ormai sicuramente assodato alla data di entrata in vigore del codice del processo amministrativo in cui il termine "pretesa" è utilizzato sia all'art. 31, comma 3, c.p.a. - richiamato dal novellato art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a. - sia all'art. 34, comma 5, c.p.a.

Superata la concezione di interesse legittimo come situazione giuridica frutto di una "degradazione" del diritto soggettivo o esclusivamente legittimante l'impugnazione di un provvedimento amministrativo (e quindi solo occasionalmente protetta), in un'ottica ormai paritaria con il diritto soggettivo, l'interesse legittimo se ne differenzia solo in ragione della sua correlazione al potere della P.A. cui corrisponde il conferimento al suo titolare una serie di poteri e facoltà volti a influire sull'esercizio del potere medesimo allo scopo di conservare o acquisire un bene della vita⁽¹⁰⁾.

Non a caso un'autorevole opinione chiaramente evidenzia come l'interesse legittimo sia "divenut[o] [...] una posizione [...] piena, che insegue ed incalza il potere pubblico ovunque esso sia, da chiunque sia esercitato ed in relazione a tutta la sua possibilità di esercizio, dietro il quale è divenuto apprezzabile e visibile il bene della vita che con la costruzione della situazione soggettiva l'ordinamento ha inteso tutelare"⁽¹¹⁾. Solo tale sostrato concettuale ha consentito di ipotizzare la sussistenza di una pretesa di provvedimento⁽¹²⁾ tutelabile in sede giurisdizionale⁽¹³⁾. L'interesse legittimo pretensivo, così come oggi delineato, costituisce la necessaria *causa petendi* dell'azione di adempimento pubblicistica il cui *petitum* immediato consiste nel provvedimento amministrativo che realizza la pretesa del privato.

Pur mancando nel nostro sistema normativo e, in particolare, nella [L. 7 agosto 1990, n. 241](#), una definizione di provvedimento amministrativo (a differenza di quanto previsto dalla legge sul procedimento amministrativo tedesca⁽¹⁴⁾) si può sicuramente concludere che l'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a., nell'ammettere l'azione di condanna al rilascio di un "provvedimento", implicitamente intenda richiamare la nozione di atto costituente la manifestazione di volontà della P.A. avente rilevanza esterna e indirizzata a soggetti determinati o determinabili e in grado di modificare la sfera giuridica dei privati in senso ampliativo o restrittivo a prescindere dalla volontà favorevole o contraria di questi ultimi. Appare estraneo a tale azione la generica richiesta di un comportamento di *dare, facere o non facere* rispetto al quale l'atto amministrativo costituisce solo strumento di attuazione (si pensi per un momento alla richiesta di pagamento di una somma di denaro nei confronti della P.A. la cui concreta erogazione presuppone l'emissione di una pluralità di atti amministrativi connessi [l'impegno, la liquidazione, l'ordinazione e il pagamento]).

In codesta ipotesi, la prestazione cui il privato aspira può già trovare adeguata tutela in sede civilistica poiché l'atto amministrativo rappresenta solamente la modalità attraverso cui l'amministrazione manifesta la propria volontà, alla stregua di ogni altra persona giuridica che, attraverso atti e procedure, esplicita la propria capacità d'agire.

Non a caso nell'ordinamento tedesco le azioni dirette ad ottenere una prestazione di dare, fare o non fare dalla P.A. (prive del carattere autoritativo, come ad esempio certificazioni, dichiarazioni di scienza), sono escluse della *Verpflichtungsklage* e previste o nell'ambito dell'azione generale di esecuzione di una prestazione (*Leistungsklage*) oppure nell'ambito delle azioni contro la P.A. conseguenti all'annullamento giudiziale di un atto amministrativo già eseguito al fine del ripristino e della reintegrazione dello *status quo ante* (*Folgenbeseitigungsanspruch*).

[L'azione di adempimento pubblicistica nel codice del processo amministrativo e la compatibilità con l'art. 113 Cost.](#)

Con il decreto correttivo del 2012 il "codice mutilato" dell'azione di adempimento per opera dell'"anonimo sforbiciatore"⁽¹⁵⁾ sembra riacquistare la sua originaria integrità.

È noto, infatti, che il progetto di codice sul processo amministrativo elaborato dalla Commissione costituita presso il Consiglio prevedesse all'art. 40⁽¹⁶⁾, rubricato - "Azione di adempimento" - che: "1. Il ricorrente può chiedere la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato. Le parti allegano in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa ai sensi dell'articolo 45, comma 2.

2. L'azione è proposta contestualmente a quella di annullamento o avverso il silenzio entro i termini previsti per tali azioni".

L'art. 45 del progetto - richiamato dall'art. 40 - nominava i tipi di sentenze di merito e al comma 1°, lett. c) stabiliva: "se è stata proposta anche l'azione di adempimento e se [il giudice] ritiene che sussistano i presupposti per una decisione sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, condanna l'amministrazione all'emanazione, entro un termine, del provvedimento rifiutato o omesso".

Lo stesso articolo al successivo comma 2 indicava, infine, i presupposti dell'azione di adempimento statuendo che: "Nei casi di cui alla lettera c) del comma 1, il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio quando si tratta di attività vincolata o accerta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione".

Confrontando i due testi legislativi si potrebbe sostenere la sostanziale sovrapposibilità tra le due discipline.

Ed invero, sia l'azione di adempimento formulata nel progetto sia quella introdotta dal codice prevedono:

- a) la contestuale proposizione dell'azione di adempimento con l'azione di annullamento o avverso il silenzio;
 - b) il limite dell'esaurimento (o dell'assenza nel caso di attività vincolata) della discrezionalità della P.A.;
 - c) la contestuale mancanza della necessità di ulteriori adempimenti istruttori "riservati" alla P.A.
- Nella disposizione codicistica, però, a differenza di quanto previsto nel processo, è stato omesso l'inciso "Le parti allegano in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa ai sensi dell'articolo 45, comma 2".

Il superiore inciso, apparentemente irrilevante, avrebbe però profondamente influito sulla natura del processo amministrativo.

Ed invero, prescrivendo all'amministrazione di allegare tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa del privato ne sarebbe conseguita l'ammissibilità dell'integrazione della motivazione del provvedimento amministrativo nel corso del giudizio da parte della P.A., trasformando definitivamente il processo amministrativo in un giudizio sul rapporto.

In questa prospettiva, il processo amministrativo si atteggierebbe come uno sviluppo meramente eventuale ma interamente devolutivo del procedimento amministrativo⁽¹⁷⁾, nell'ambito del quale, la P.A. potrebbe dimostrare la legittimità e la correttezza del regolamento d'interessi provvisoriamente fissato nel provvedimento amministrativo⁽¹⁸⁾. Nel caso di mancato uso di tale facoltà, sorgerebbe un preciso effetto preclusivo in capo alla P.A. con l'impossibilità per la stessa di addurre tali ragioni o tali fatti in sede di nuovo esercizio del potere, trovando così piena applicazione, anche nel processo amministrativo, il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile: "[così come] il ricorrente deve "spendere" nel ricorso tutti i motivi di invalidità dell'atto; la pubblica amministrazione deve dar conto nell'atto o nell'ambito del processo di tutti gli elementi e le ragioni che valgono a giustificare l'atto. Se per entrambe le parti il non dedotto non è più deducibile successivamente, si realizza allora la desiderata stabilità del rapporto e la definitiva attribuzione del bene della vita alla parte vittoriosa in giudizio"⁽¹⁹⁾.

Non a caso, uno dei più autorevoli studiosi dell'azione di adempimento, quasi trent'anni orsono, sottolineava al riguardo che "Una volta imboccata la strada sul rapporto, infatti, sarebbe stato necessario imporre alle parti l'onere di dedurre in giudizio (in via d'azione o di eccezione) tutti gli elementi che contribuiscono a definire il rapporto giuridico oggetto dell'accertamento



giudiziale [...]. Con tutta evidenza ciò presuppone un mutamento profondo del processo amministrativo [...] attribuendo alla fase istruttoria una configurazione più articolata"⁽²⁰⁾.

L'obbligo per l'amministrazione di esplicitare tutte le ragioni (allegando i fatti e prospettando le consequenziali valutazioni dell'interesse pubblico) per le quali il provvedimento amministrativo è stato emanato o rifiutato, tramite la possibilità di integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento, appare maggiormente rilevante se correlato all'introduzione dell'azione di adempimento⁽²¹⁾ la quale non può che proporsi contestualmente ad un'azione di annullamento o avverso il silenzio con la possibilità per il giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa sostanziale del privato solo non nei casi in cui non vi sia spazio per valutazioni discrezionali della P.A. o risulti completata l'attività istruttoria amministrativa richiesta.

D'altra parte, onde non privare di un'effettiva utilità per il privato la sentenza di condanna emessa all'esito dell'azione di adempimento, la regola per cui il giudicato copre sia il dedotto sia il deducibile (con conseguente impossibilità per la P.A. di confermare il provvedimento con motivazioni e sotto profili diversi da quelli esaminati o esaminabili in giudizio) deve necessariamente trovare applicazione⁽²²⁾ per evitare che la P.A. possa riproporre le proprie precedenti determinazioni basandosi, tuttavia, su elementi di fatto e valutazioni non dedotti *ab origine* nel processo amministrativo in ragione di un giudicato di condanna all'emanazione di un provvedimento amministrativo formatosi solo su quanto argomentato dalle parti nello specifico processo⁽²³⁾.

L'introduzione di un'azione adempimento nel codice del processo amministrativo si scontra così con il tradizionale principio dell'inesauribilità del potere della pubblica amministrazione.

L'inciso dell'art. 40 del progetto di Codice - nell'imporre alle parti di allegare "tutti gli elementi utili" per valutare la fondatezza dell'azione di adempimento - era verosimilmente diretto, in prima battuta, alla P.A., chiarendo l'onere di specifica allegazione e contestazione su di essa gravante circa l'indicazione dei fatti impeditivi all'accoglimento della domanda di adempimento e, nella specie, l'esistenza di profili di discrezionalità non esercitata così come e la necessità di adempimenti istruttori riservati.

La mancata riproposizione dell'inciso non sembra però aver impedito l'operare del sistema di preclusioni e della possibilità di esaurire processualmente il potere discrezionale della P.A. poiché costituenti, per parte della dottrina, dei meccanismi ormai immanenti nel nostro ordinamento in ragione del principio di cui [all'art. 111, comma 2, Cost.](#): la ragionevole durata del processo amministrativo non può consentire che nel processo amministrativo "non siano concentrate tutte le possibili questioni litigiose ed impugnatorie relative all'esercizio del corrispondente potere in quella situazione"⁽²⁴⁾.

Autorevoli contributi dottrinari hanno evidenziato come l'esaurimento dell'attività discrezionale (pura e tecnica) della P.A. possa essere giurisdizionalmente provocato tramite l'ampio ventaglio di nuovi strumenti istruttori attribuiti al giudice amministrativo con le riforme legislative dell'ultimo ventennio, con un più esteso utilizzo del *remand* anche nell'ambito del giudizio di merito⁽²⁵⁾, con l'applicazione del principio di non contestazione previsto dall'art. 64 c.p.a.⁽²⁶⁾, con la valorizzazione delle potenzialità di limitazione del *thema decidendum* e *probandum* delle valutazioni contenute nell'art. 10 *bis*, L. n. 241/1990⁽²⁷⁾ e con il ricondurre l'area d'insindacabilità dell'attività amministrativa nell'alveo delle eccezioni in senso stretto in ossequio al principio secondo cui essa costituisce una deroga e non la regola dei rapporti tra giudice ed amministrazione⁽²⁸⁾.

Così il divieto di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a. dovrebbe interpretarsi in senso "dinamico" e non statico poiché, integrando una condizione negativa dell'azione, può sussistere al momento di proposizione dell'azione, ma venire meno al momento della decisione⁽²⁹⁾.

In tale prospettiva si giustifica la previsione legislativa della necessaria contestualità della proposizione dell'azione di adempimento con l'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio.

Ed invero, antecedentemente alla modifica intervenuta con il secondo correttivo al codice del processo amministrativo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, nel ritenere già allora ammissibile l'azione di adempimento, aveva evidenziato che "alla stregua dell'inciso iniziale del comma 1 dell'art. 30, salvi i casi di giurisdizione esclusiva del giudizio amministrativo (segnatamente, con riferimento alle azioni di condanna a tutela di diritti soggettivi) ed i casi di

cui al medesimo articolo (relativi proprio alle domande di risarcimento del danno ingiusto di cui ai successivi commi 2 ss.), la domanda di condanna può essere proposta solo contestualmente ad altra azione e segnatamente, l'azione di annullamento e l'azione avverso il silenzio⁽³⁰⁾. Si ricava allora che mentre la domanda tesa ad una pronuncia che imponga l'adozione del provvedimento satisfattorio non è ammissibile se non accompagnata dalla rituale e contestuale proposizione della domanda di annullamento del provvedimento negativo (o del rimedio avverso il silenzio ex art. 31), per converso, la domanda risarcitoria è proponibile in via autonoma rispetto al rimedio caducatorio⁽³¹⁾.

In altre parole, la regola della contestualità e dell'accessorietà dell'azione di adempimento contenuta dal secondo correttivo appare mutuata da un'ampia e pregressa elaborazione giurisprudenziale che ne aveva già connotato la struttura e i requisiti di ammissibilità.

Preliminarmente deve sicuramente affermarsi che un'azione di adempimento proposta in via autonoma sarebbe destinata a sfociare in una pronuncia in rito (d'inammissibilità), giacché l'accessorietà dell'azione rappresenta - come sottolineato dall'Ad. Plen. n. 3/2011 - un requisito la cui mancanza costituisce motivo ostativo all'esame nel merito della domanda ex art. 35, comma 1, lett. b), c.p.a.

In secondo luogo, deve considerarsi la "tipicità" dell'azione di adempimento "agganciata" ad una limitata tipologia di azioni "presupposte", ossia all'azione di annullamento e all'azione avverso il silenzio rimanendo esclusa dalle azioni presupposte l'azione di nullità.

Alcuni autori⁽³²⁾ hanno sottolineato l'erroneità di tale scelta legislativa giacché l'azione di nullità non costituisce null'altro che una specie di "azione di annullamento forte" in quanto tesa ad eliminare *lato sensu* il provvedimento amministrativo invalido.

Altre opinioni⁽³³⁾ hanno, invece, evidenziato la correttezza del dettato legislativo poiché - alla luce del disposto dell'art. 21 *septies*, L. n. 241/1990 secondo cui "È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge" - l'azione di adempimento si atteggia come superflua. Ed invero, se la nullità degli atti adottati in violazione o elusione del giudicato è dichiarata ai sensi dell'art. 114, comma 4, c.p.a. dal giudice dell'ottemperanza, il quale può ampiamente sostituire/modificare il provvedimento nullo in forza dei poteri derivanti dalla giurisdizione estesa al merito, la nullità dovuta alla carenza degli elementi essenziali o al difetto assoluto di attribuzione non sembra riservare alcuno spazio per accertare la fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio ergendosi il limiti previsto dall'art. 34, comma 2, c.p.a.

Le ragioni della necessità del previo annullamento del provvedimento impugnato o dell'illegittima inerzia serbata dalla P.A. sono state puntualmente enucleate da Guido Greco. Segnatamente, l'Autore rileva l'ineluttabilità del previo annullamento del provvedimento di diniego in ragione della sua natura autoritativa e imperativa in grado di produrre, in ogni caso, l'estinzione della pretesa insita nell'interesse legittimo pretensivo ripristinabile solo con l'eliminazione del provvedimento che, dettando un assetto di interessi incompatibile con la sua esistenza, l'ha estinta⁽³⁴⁾.

Tale scelta consente di ricondurre l'azione di adempimento nell'alveo dell'art. 113, comma 3, Cost. anche in relazione ai prospettati effetti sul giudicato amministrativo e sulla possibilità di esaurire giurisdizionalmente l'area di discrezionalità della P.A.

Ed invero, tramite le azioni necessariamente presupposte, rimangono circoscritti, nell'ambito del tassativo principio di legalità, i "casi" (violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere) di accesso alla tutela giurisdizionale e la modulazione degli "effetti" della sentenza di annullamento consentendo che nel novero di quest'ultimi vi possa anche rientrare l'ordine alla P.A. di emanare uno specifico provvedimento⁽³⁵⁾.

Non smentisce tale assunto la possibilità di accordare tale effetto anche all'azione avverso il silenzio, essendo sufficiente a tal fine ricordare come, nella sua originaria configurazione, così come elaborata dalla giurisprudenza amministrativa, essa costituisse un giudizio impugnatorio del c.d. silenzio rigetto⁽³⁶⁾ e del c.d. silenzio rifiuto.

Sotto tale profilo si comprende pienamente il limite di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a. che, per autorevole opinione⁽³⁷⁾, si concretizza nel divieto per il giudice di conoscere del rapporto tra amministrazione e cittadino senza un previo esercizio delle competenze demandate alla stessa

P.A. che devono necessariamente sfociare in un provvedimento amministrativo o in un'inerzia illegittima⁽³⁸⁾.

La sentenza di condanna al rilascio del provvedimento richiesto e la successiva attività della P.A. tra sopravvenienze e procedimenti amministrativi di secondo grado

L'azione di adempimento pubblicistica costituisce un'azione di condanna che rimette all'attività della P.A. il rilascio del provvedimento richiesto dal privato non consentendo al giudice amministrativo di adottare una pronuncia costitutiva che tenga luogo del provvedimento amministrativo similmente a quanto previsto, dinnanzi al giudice ordinario, dall'art. 2932 c.c. per l'esecuzione specifica di concludere un contratto.

Illustre dottrina⁽³⁹⁾, valorizzando i poteri di cui è munito il giudice amministrativo in sede di cognizione ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a., si è interrogata sulla possibilità per il medesimo di pronunciare una sentenza - sostanzialmente surrogatoria dell'attività amministrativa - diretta alla produzione di effetti giuridici corrispondenti a quelli derivanti dall'esercizio doveroso dell'attività amministrativa.

In senso positivo, potrebbe sostenersi che tale pronuncia costituisca una delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio che l'autorità giurisdizionale può adottare ex art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.

Ed ancora tale potere del giudice amministrativo potrebbe ricavarsi implicitamente dall'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a. il quale, consentendo al giudice della cognizione di nominare un commissario *ad acta*, evidenzia come "vi sia, in questa parte, una "fungibilità" piena tra il giudizio di ottemperanza e quello di cognizione".

Tali suggestioni sembrano invero sconfessate dalla stessa lettera dell'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a. ai sensi del quale si prevede che alla P.A. venga generalmente concesso un termine dilatorio prima dell'attivazione dei poteri sostitutivi del commissario *ad acta* e dal portato dell'art. 34, comma 1, lett. d), c.p.a. che impedisce al giudice amministrativo - al di fuori della giurisdizione di merito - di sostituirsi alla P.A.⁽⁴⁰⁾.

Ne consegue che il provvedimento emesso dalla P.A. su ordine del giudice conserva interamente lo *status* di atto amministrativo imputabile all'amministrazione e di cui la stessa mantiene la responsabilità giuridica. L'accertamento immutabile avente valore di giudicato contenuto nella sentenza del giudice amministrativo di condanna al rilascio di un provvedimento amministrativo si configura limitatamente "alla sussistenza di determinati presupposti relativi alla pretesa del ricorrente"⁽⁴¹⁾ non attribuendo al provvedimento emesso *iussu iudicis*, con effetti durevoli e non meramente istantanei, aumentate caratteristiche di resistenza ad eventuali sopravvenienze fattuali non prevedibili o di sopravvenienze normative che ne rendessero necessaria la revoca⁽⁴²⁾ ai sensi e ricorrendo i presupposti di cui all'art. 21 *quinquies*, L. n. 241/1990.

Diversamente, pur non mutando natura, per il provvedimento amministrativo emesso su ordine del giudice il principio *tempus regit actum* deve essere interpretato coerentemente con il principio secondo cui la durata del processo non può andare a danno dell'attore che ha ragione⁽⁴³⁾; sicché il provvedimento amministrativo dovrebbe essere rilasciato in base alla normativa vigente al tempo in cui la P.A. avrebbe dovuto provvedere, rendendo irrilevanti le sopravvenienze normative *medio tempore* intervenute⁽⁴⁴⁾ così distinguendosi dal provvedimento emesso dall'amministrazione a seguito della sentenza di mero annullamento seppure completata dall'effetto conformativo in essa contenuto.

Non a caso, autorevoli opinioni⁽⁴⁵⁾ avevano auspicato l'introduzione dell'azione di condanna della P.A. all'adozione di un provvedimento amministrativo nel codice del processo amministrativo evidenziando come il mero effetto conformativo portato dalla sentenza di annullamento mostrasse delle palesi criticità in ordine all'incidenza dello *ius superveniens*. Ed invero, l'inidoneità della sentenza di annullamento e dell'effetto conformativo a formare un giudicato immutabile compiutamente delineante il rapporto controverso consente alla normativa successiva di incidere nuovamente sulla sua disciplina realizzandosi così una normale successione cronologica di regole di disciplina del potere pubblico⁽⁴⁶⁾.

Complesso, poi, appare il rapporto tra il provvedimento amministrativo emesso su ordine del giudice e il potere di annullamento in autotutela della P.A. giacché, esercitandolo,

l'amministrazione potrebbe facilmente sottrarsi all'obbligo di esecuzione contenuto nella sentenza.

Ne consegue che il sistema di preclusioni processuali a carico della P.A. prospettato nel paragrafo precedente non può limitarsi solamente ai fatti e alle scelte discrezionali della P.A., ma deve involgere anche gli eventuali profili di illegittimità di scelte provvedimenti alternative rispetto a quelle adottate e richieste dal privato in via satisfattiva.

Sotto tale profilo, così come esplicitato nel paragrafo precedente, quindi, il giudicato scaturente da una sentenza di condanna della P.A. all'adozione di un provvedimento non può coprire, così come normalmente predicato nel giudizio amministrativo, solo il "dedotto", identificato nella rispondenza del *petitum* e della *causa petendi* ai vizi censurati in sede giurisdizionale, ma anche il "deducibile" imponendo così alla pubblica amministrazione di spendere, in seno al processo, non solo tutti i motivi di fatto e di diritto per le quali è stato emanato o è stato rifiutato un determinato provvedimento ma anche dedurre eventuali profili di illegittimità del provvedimento amministrativo richiesto dal privato consumando altresì, in tale sede, il potere annullamento in autotutela ex art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990.

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) F. Caringella, *Il secondo correttivo processuale battezza l'azione di esatto adempimento*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2012, 11 ss.

(2) L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss.; G. Greco, *Ancora sulla Scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 L. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 645 ss.

(3) M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 565, e altresì F. La Valle, *Azione d'impugnazione e azione d'adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965, 157-159, in cui l'ellittica espressione "azione di adempimento" compare per la prima volta.

(4) La definizione è attribuita a Otto Bachof in R. Schröder, *L'azione di adempimento parr. 42 comma 1 113 comma 5 del codice di procedura amministrativa tedesco federale (VwGO)*, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

(5) Non a caso per Otto Mayer, la forma di ristoro per equivalente va considerata un rimedio degno più di uno "Stato di polizia" che di uno "Stato di diritto", citato in M. Clarich, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamento giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 68.

(6) F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 15 ss.

(7) A. Di Majo, *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2007; A. Di Majo, *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine a un libro recente)*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 1149 ss.; F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, op. cit.

(8) E. Schmidt-Aßmann - L. De Lucia - M.C. Romano, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 711 ss.

(9) Dovendosi rimandare, per un opportuno approfondimento, a Di Majo, *La responsabilità civile*, Torino, 2007.

(10) M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015.

(11) A. Pajno, *La giustizia amministrativa all'appuntamento della codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 130 ss., par. 7.

(12) D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 246-247 che individua - accanto al tradizionale interesse legittimo - un'ulteriore situazione giuridica soggettiva giuridicamente e pienamente tutelata dall'ordinamento: la pretesa ad un provvedimento favorevole. Tale situazione giuridica sarebbe, invero, il "nuovo interesse legittimo" risarcibile individuato dalle sezioni unite della S.C. con la sentenza n. 500/99 in cui - rispetto al tradizionale



interesse legittimo - non sussiste una posizione di istituzionale di subordinazione del privato rispetto alla P.A. e si riferisce direttamente al bene della vita /o utilità finale.

(13) F. La Valle, *Azione d'impugnazione e azione d'adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, op. cit., 170-171 ricollega l'azione di adempimento ad un'"attesa tutelata" del soggetto titolare dell'azione.

(14) Secondo il par. 35 *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG) (legge sul procedimento amministrativo) del 25 maggio 1976 l'atto amministrativo è ogni provvedimento, decisione o altra misura autoritativa adottata da un'autorità per la disciplina di un singolo caso nell'ambito del diritto pubblico con efficacia giuridica esterna, così tradotto in M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 79, nt. 33.

(15) Le espressioni sono attribuibili a F. Merusi, *In viaggio con Laband ...*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 658.

(16) Consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

(17) M. Clarich, *Tipicità delle azioni ed azione di adempimento*, op. cit., 580.

(18) Sul punto cfr. M. S. Giannini, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 266, secondo cui la motivazione del provvedimento amministrativo può essere integrata poiché ciò che rileva è la sostanziale legittimità del provvedimento impugnato alla luce degli atti del procedimento: "ciò che conta è ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di fare". Giova segnalare che altri Autori, da tempo, ritengono ammissibile l'integrazione della motivazione da parte della P.A. nel corso del giudizio (A.M. Sandulli - A.R. Tassone - F.G. Scoca, tutti citati in D. Biagio, *Motivazione postuma: l'orientamento garantista del Consiglio di Stato*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 151); di contro, la giurisprudenza amministrativa nettamente prevalente nega tale possibilità per gli atti discrezionali (cfr. ex multis Cons. Stato, Sez. III, 9 gennaio 2017, n. 24; CGA Sicilia, Sez. giur., 6 aprile 2016, n. 74; Cons. Stato, Sez. IV, 18 febbraio 2016, n. 651).

(19) A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, 581-582

(20) M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 112.

(21) Non a caso nel sistema giurisdizionale tedesco, l'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento da parte della P.A. è consentita anche durante il processo quale necessario corollario dell'azione di adempimento (par. 114, comma 2, *VwGO* così come modificato dalla legge del 1° novembre 1996) in R. Schröder, *L'azione di adempimento parr. 42 comma 1 113 comma 5 del codice di procedura amministrativa tedesco federale (VwGO)*, op. cit. *passim*.

(22) In dottrina cfr. S. Baccarini, *"Scelta" delle azioni e valutazione della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 7 secondo cui "Con l'azione di adempimento il soggetto anticipa dal giudizio di ottemperanza al giudizio di cognizione la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento favorevole, determinando la consumazione dei poteri discrezionali di cui l'amministrazione possa per avventura disporre nella fase di rinnovazione del provvedimento e di esecuzione del giudicato. Di conseguenza, vale nel giudizio di adempimento la regola che il giudicato copre il dedotto e il deducibile: esso è il luogo processuale in cui l'amministrazione ha l'onere di eccepire ogni fatto impeditivo o estintivo, anche connesso a poteri discrezionali, in mancanza di che non potrà farlo successivamente". Così anche F. Caringella, *Corsi di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2011, 716.

(23) A. Travi, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 229 che puntualmente osserva: "Perché il giudice amministrativo possa imporre all'Amministrazione (nei termini di una tutela in forma specifica) di assegnare al ricorrente l'utilità pretesa, è necessario che il giudizio si estenda all'accertamento della spettanza di tale utilità. Un accertamento del genere, in un giudizio che investa una posizione "dinamica" come il potere amministrativo, pone problemi non indifferenti. Dal punto di vista processuale postula o la capacità del giudice di introdurre d'ufficio nel processo con larghezza i fatti rilevanti [...], o l'introduzione di un severo meccanismo di preclusioni, che imponga all'Amministrazione, in termini formali o anche solo in via pratica, di enunciare subito nei suoi atti, in modo esaustivo, ogni ragione contraria alla pretesa del privato, senza possibilità di integrazioni successive".



(24) G. Taccogna, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 696 ss.

(25) M. Allena - F. Fracchia, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 191 ss.

(26) Sul punto, per un'ampia panoramica, v. A.M. Sandulli, *Il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 376 ss.; F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, 232 ss. in A. Carbone, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, op. cit., 260; F.G. Scoca, Artt. 63 e 64, in A. Quaranta - V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2010, 535 ss.; V. Cerulli Irelli, *La disponibilità delle situazioni di interesse legittimo, relazione tenuta al convegno La disponibilità della domanda nel processo amministrativo*, Roma - Universitas Mercatorum, 10-11 giugno 2011; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 260-261; F. Follieri, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1013 ss.

(27) G. Carlotti, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2008, *passim*. Istituto che sembra richiamare il c.d. *Widerspruchsverfahren* (procedimento di opposizione), previsto dal par. 68, VwGO ss. il quale consiste in un passaggio procedimentale di riesame preliminare (*Vorverfahren*) e necessario per il privato al fine di proporre l'azione di annullamento di un atto e l'azione di adempimento diretta contro un atto di diniego del provvedimento della P.A. (istituto, per il vero, già conosciuto nel nostro ordinamento ad esempio nelle controversie previdenziali in cui, ai sensi dell'art. 443 c.p.c., il previo esaurimento della procedura di revisione amministrativa costituisce condizione di procedibilità [e non di proponibilità] della domanda). Cfr. R. Bifulco, *La giustizia amministrativa nella Repubblica federale di Germania*, in G. Recchia (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa, Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. XXV, Padova, 1996, 279 ss.

(28) Il principio trova la sua origine nell'ordinamento tedesco in cui la "riserva di amministrazione" non costituisce la regola dei rapporti tra giudice ed amministrazione, ma l'eccezione che deve essere puntualmente provata dalla P.A. (S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006, 362-363).

(29) Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15.

(30) In ciò emerge un'altra delle sostanziali differenze con l'azione di adempimento tedesca che si caratterizza per la sua autonomia rispetto alle altre azioni, ma deve essere promossa dal privato nei confronti della P.A. soggiace a termini di proposizione identici all'azione di annullamento qualora abbia ad oggetto l'attività amministrativa consacrata nel provvedimento di diniego (c.d. *Weigerungsgegenklage*).

(31) Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in termini Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15.

(32) A. Carbone, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, 827; B. Sassani, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 275.

(33) R. Caponigro, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

(34) G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, op. cit., 168-169.

(35) A. Pajno, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 474; S. Menchini, *La tutela del giudice ordinario*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo V, II ed., Milano, 2003, 4876.

(36) Così Cons. Stato, Sez. V, 22 luglio 1926, n. 280 ove si osserva che "il provvedimento deve 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" configurandosi come sentenza di accertamento solo con la sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 1960, n. 8 richiamati in A. Cerreto, *Osservazioni sulle azioni esperibili nel processo amministrativo*, in LexItalia.it, 6/2014, 24 giugno 2014.



(37) M. Trimarchi, *Il divieto di "pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm. CDS*, 2013, par. 4; L. Maruotti, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010, par. 3.

(38) M.A. Sandulli, *Primi passi lettura della adunanza plenaria n. 15 del 2011*, in *www.federalismi.it*, 533 ss.

(39) M. Lipari, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, par. 21.

(40) In questo senso G. Verde, *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice, op. cit.*, 795, in particolare al par. 2 *contra* F. Merusi, *L'ingiustizia amministrativa in Italia*, 18, secondo cui "il rinvio all'amministrazione per l'emanazione dell'atto sarebbe un'inutile ipocrisia, in omaggio ad un pregiudizio nella forma e, nella sostanza, una fonte di possibili ulteriori ingiustizie per il cittadino".

(41) Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2.

(42) Evidenza lucidamente P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, par. 8: "il ricorrente ha titolo al provvedimento a suo tempo richiesto, non ad un quid pluris: perciò, la condanna non può conferire al provvedimento che ad essa consegua un'ultrattività temporale o una resistenza che il provvedimento - ove rilasciato al tempo dovuto e sua sponte dall'amministrazione - non avrebbe avuto".

(43) G. Chiovenda, *Sulla "perpetuatio iurisdictionis"*, in *Foro it.*, 1923, I, 362.

(44) P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini, op. cit.*

(45) E. Follieri, *La tipologia delle azioni proponibili. Le azioni costitutive*, in F.G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 187.

(46) Ad. Plen. 9 giugno 2016, n. 11.

Urbanistica e appalti, 2010, 11, 1266 (commento alla normativa)

Processo

IL NUOVO CONTENZIOSO IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI

Ruscica Serafino

D.Lgs. 20-03-2010, n. 53

Dir. 11-12-2007, n. 2007/66/CE

D.Lgs. 02-07-2010, n. 104

L'autore analizza sinteticamente i punti salienti del nuovo rito in materia di appalti pubblici considerando le innovazioni introdotte nella scorsa primavera dal D.Lgs. n. 53/2010, di recepimento della direttiva 66/2007 CEE come confluite nel nuovo codice del processo amministrativo (D.Lgs. n. 104/2010), tenendo conto del primo dibattito dottrinale a caldo sugli argomenti più sensibili.

Sommario: [Le nuove regole del processo in materia di appalti](#) - [Le innovazioni introdotte dal decreto 53/2010](#) - [Il sistema sanzionatorio: la privazione di effetti del contratto](#) - [Le sanzioni alternative](#)

L'anno 2010 passerà alla storia come uno dei più travagliati per quanto riguarda il contenzioso appalti.

La disciplina in materia di contenzioso appalti ha infatti conosciuto una prima rivoluzione nella primavera scorsa con l'entrata in vigore del [D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53](#) e poi una nuova "collocazione" all'interno del capo V del nuovo codice del processo amministrativo. Il codice del processo amministrativo, nel pieno rispetto della serrata tabella di marcia imposta dall' [art. 44 della legge delega 18 giugno 2009, n. 69](#), è stato approvato dal Consiglio dei Ministri, in via definitiva, in data 24 giugno 2010.

Il codice, entrato in vigore il 16 settembre 2010, introduce alcune significative innovazioni anche alla disciplina di diritto interno riguardante il recepimento della "direttiva ricorsi" n. 66/2007, inserita a pieno regime nel nostro ordinamento da poco più di quattro mesi (27 aprile 2010).

Dunque, a partire dal 16 settembre 2010, il sistema normativo del contenzioso degli appalti è destinato al cambiamento ancora una volta, benché non in modo radicale. Anzi, una finalità del codice del processo è proprio quella di ridurre sensibilmente le peculiarità del "rito appalti", eliminando moltissimi degli elementi di eccentricità presenti nel decreto n. 53/2010. Si può prevedere, comunque, che il buon senso della giurisprudenza amministrativa riuscirà a mettere ordine in un regime transitorio diventato piuttosto complicato e stratificato, in carenza di indicazioni legislative espresse. Basti pensare che alcune delle regole contenute nella direttiva n. 66/2007 sono ritenute immediatamente applicabili nell'ordinamento interno, sin dalla scadenza del termine per il recepimento, pure in mancanza di norme nazionali. Sicché, a rigore, si dovrebbero distinguere ben quattro diversi regimi processuali, in funzione di tre distinte date: 31 dicembre 2009: termine di recepimento della direttiva; 27 aprile 2010: entrata in vigore del decreto n. 53/2010; 16 settembre 2010: entrata in vigore del codice.

Il nuovo intervento normativo, quindi, apporta numerose modifiche alle fresche regole processuali contenute nel codice dei contratti pubblici (come delineate dal [D.Lgs. n. 53/2010](#)), in larga misura trasfuse nel codice del processo amministrativo, ma con talune differenze lessicali e di contenuto.

Si tratta, in certa misura, di alterazioni solo formali - abbastanza innocue - del testo delle disposizioni ora contenute nel codice dei contratti pubblici. Per altri versi, però, si tratta di correzioni maggiormente pregnanti, originate - come era lecito attendersi - dall'esigenza di rendere la normativa in oggetto più coerente con l'impianto complessivo del sistema della giustizia amministrativa delineato dal nuovo codice del processo.

Si spiega, in questa direzione, per esempio, l'eliminazione di un'apposita disciplina dell'incompetenza territoriale, ormai assorbita dalla scelta di prevedere un generale regime di competenza inderogabile: la specifica disposizione contenuta nel comma 2-*quater* dell'art. 245, e la competenza "territoriale" nonché quella "funzionale e inderogabile" sono disciplinate in via generale dagli artt. 13 a 16 del [D.Lgs. n. 104/2010](#).

Si rileva comunque che l'art. 16 del nuovo Codice processuale contiene una disciplina nella sostanza coincidente con quella prevista nell'art. 245, [D.Lgs. n. 163/2006](#).

Analogamente, nel testo scompare la regolamentazione speciale del processo cautelare, considerando l'opzione di ridisegnare, nel suo complesso, questa particolare fase del giudizio. In tal senso, è stato consapevolmente disatteso il parere della Commissione Giustizia del Senato, che richiedeva un procedimento *ad hoc* per il rito cautelare. Secondo la relazione governativa è preferibile "mantenere il procedimento dettato, in via generale per questa fase, dal codice, ma con dimezzamento dei relativi termini e con mantenimento della tutela cautelare *ante causam*". Va comunque segnalato che i tempi della fase cautelare ordinaria si allungano rispetto a quanto previsto dal [D.Lgs. n. 53 del 2010](#), in quanto nell'art. 245, comma 2-*duodecies* l'incidente cautelare andava trattato alla prima udienza, decorsi cinque giorni dalla notificazione del ricorso. Nel nuovo Codice del processo, al contrario, la domanda cautelare va trattata alla prima udienza utile successiva "al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario".

Alcune variazioni, poi, rimediano a certe sviste presenti nel testo originario: fra tutte, l'incongruenza fra i termini intermedi della fase cautelare, che imponevano alla parte resistente di costituirsi prima della scadenza del termine per il deposito della domanda. Altre innovazioni, comunque, sono originate dall'esigenza di perfezionare le regole introdotte dal decreto n. 53/2010.

Si pone allora per l'interprete la necessità di percorrere questa nuova strada tracciata dal legislatore per svelarne da subito peculiarità ed insidie.

Le nuove regole del processo in materia di appalti

Il capo V del [D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104](#) che già ribattezzato

come codice del processo amministrativo agli art. 119 ss. recepisce quasi integralmente le novità che il legislatore ci aveva presentato la scorsa primavera con il [D.Lgs. n. 53/2010](#).

Procediamo allora ad un'attenta disamina della nuova disciplina.

Innanzitutto la legge delega chiedeva di coordinare l'emananda disciplina processuale con i principi della [direttiva 2007/66/CE](#) introducendo le misure necessarie da coordinarsi con il quadro



processuale già vigente. Si imponeva pertanto la necessità di un quadro processuale omogeneo sia sopra che sotto soglia comunitaria ⁽¹⁾, e in tutti i settori introducendo un processo ispirato al contempo al diritto di difesa e alla ragionevole durata ⁽²⁾, connotato da una rapida scansione dei tempi processuali; un termine di trenta giorni per proporre il ricorso; la riduzione di tutti gli altri termini processuali; ove possibile un giudizio immediato; precisa indicazione di atti impugnabili e momento dell'impugnazione; concentrazione processuale.

In attuazione di tali criteri, si è reso necessario disegnare un rito speciale, che in parte si discosta da quello dell'art. 23- *bis*, L. TAR, essendo connotato da una più rapida scansione processuale e da immediatezza, ove possibile, della definizione della lite nel merito, sin dalla prima udienza.

Restano nel codice dei contratti le disposizioni riguardanti il contenzioso arbitrale (attratte, evidentemente, nell'orbita del processo civile) e le regole meramente - ed esclusivamente - sostanziali (compresa la disciplina del termine dilatorio tra aggiudicazione e stipulazione).

Conservano la collocazione nel codice dei contratti, tuttavia, anche numerose disposizioni che possono avere riflessi determinanti, seppure indiretti, sulle concrete modalità di tutela dinanzi al giudice amministrativo.

In particolare, non entrano nel codice del processo le norme riguardanti le comunicazioni degli atti di gara e l'accesso, l'istituto dell'informativa *preventiva* dell'intento di proporre ricorso (art. 243- *bis*), nonché la sospensione ulteriore del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione della domanda cautelare.

La soluzione adottata dal legislatore delegato pare corretta, considerando la portata prevalentemente sostanziale delle disposizioni considerate. Oltretutto, è pienamente condivisibile la giusta preoccupazione di alleggerire il più possibile l'impianto del codice del processo, escludendo tutte le norme prive di immediata e sicura rilevanza processuale. Rimane da chiedersi, peraltro, se, in tal modo, le scelte riguardanti la collocazione formale di talune norme di incerta portata possano in qualche misura condizionarne l'interpretazione. Un esempio di questa problematica è costituito dalla regolamentazione dell'accesso "immediato", previsto dall'art. 13 del codice dei contratti, come riformulato dal decreto n. 53/2010. La lettura più convincente della non chiarissima disciplina contenuta in tale articolo è quella secondo cui, decorso inutilmente il previsto termine di dieci giorni, l'interessato non perde definitivamente il diritto all'accesso: la scadenza realizza solo la presunzione legale assoluta di conoscenza degli atti messi a disposizione dalla stazione appaltante. A partire da tale momento l'interessato potrà esercitare il diritto di accesso nei modi ordinari, pur senza potersi avvalere della conoscenza degli atti ai fini della tutela giurisdizionale ⁽³⁾. Ora, però, staccata dalla disciplina del processo, la norma potrebbe essere intesa come regola tipicamente "sostanziale" dell'accesso, indicando un vero e proprio onere, per l'interessato, di esercitare il diritto nel breve termine assegnato. Scaduti i termini stabiliti dall'art. 13, la facoltà di accedere ai documenti sarebbe definitivamente consumata, in tutte le sue possibili direzioni e non solo nella prospettiva della tutela processuale. Al riguardo, comunque, risulta tuttora preferibile seguire la tesi già illustrata, secondo cui la norma, anche prescindendo dalla sua collocazione, mira solo a determinare la conoscenza legale degli atti del procedimento, ai fini della decorrenza del termine per la proposizione del ricorso e dei motivi aggiunti. Anche l'opzione di non trasportare nel codice del processo amministrativo l'istituto della comunicazione preventiva dell'intento di proporre ricorso risulta teoricamente corretta. Per definizione, infatti, l'informativa deve precedere la proposizione del ricorso. In tal modo, tuttavia, si accentua quel collegamento con l'autotutela sostanziale, indicato già dalla *legge delega n. 88/2009*, ma che, a ben vedere, non è affatto così evidente nella impostazione della direttiva n. 66/2007. Merita riflessione, poi, la circostanza che alcuni degli articoli rimasti nel codice dei contratti assumono un rilievo importante in chiave interpretativa delle disposizioni strettamente processuali. Si pensi, con riferimento alla disciplina della sospensione processuale del termine per la stipulazione del contratto, alla previsione secondo cui il giudice della cautela può decidere di rinviare al merito, senza adottare provvedimenti decisori (art. 11, comma 10- *ter*, secondo periodo del codice dei contratti: "L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice (...) fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari". La previsione rappresenta un argomento, forse essenziale, per confermare la permanente applicabilità, anche nel rito dei contratti, della regola riguardante la



pronuncia cautelare meramente acceleratoria del merito (già prevista dall'art. 23- *bis* della legge TAR e ora trasfusa nell'art. 119 del codice del processo). Soluzione, questa, niente affatto scontata, se si considera la previsione della "assoluta priorità" della trattazione del merito delle controversie in materia di contratti pubblici: l'accelerazione è già regola e la fissazione di un merito di poco anticipato potrebbe risultare di modesta utilità. Questa soluzione, del resto, risulta confermata anche dalla previsione contenuta nell'art. 120, comma 6, del codice. All'interno del codice del processo, invece, sono opportunamente inserite le disposizioni riguardanti l' *inefficacia del contratto*.

Si tratta, peraltro, di un'opzione non obbligata, ma certamente coerente con l'idea (pienamente sposata dal decreto n. 53/2010) secondo cui l'inefficacia del contratto dipende non tanto da una qualificazione astratta compiuta dalla legge e operante immediatamente sul piano sostanziale, quanto, piuttosto, da una decisione del giudice, basata su una valutazione complessa, espressa da una pronuncia di carattere costitutivo.

Questa collocazione potrà costituire un ulteriore argomento a favore della natura essenzialmente "processuale" delle disposizioni: la conseguenza più rilevante dell'impostazione seguita dal codice riguarda l'immediata applicabilità della nuova normativa anche ai giudizi in corso (salve le limitazioni concernenti l'applicazione delle sanzioni alternative, consentita solo per le vicende successive all'entrata in vigore del [D.Lgs. n. 53/2010](#)). Quella appena illustrata, in ogni caso, costituisce l'opinione decisamente seguita sin dalle prime pronunce del giudice amministrativo.

In questa parte, il codice del processo amministrativo si allontana dalla tradizione civilistica, che, come è noto, pone le azioni riguardanti l'invalidità e l'inefficacia del contratto nell'ambito delle fonti sostanziali (in particolare, del codice civile).

Tuttavia, è bene ricordare, al riguardo, che la [legge delega n. 69/2009](#) indica chiaramente la disciplina delle "azioni" quale contenuto necessario dell'operazione di riassetto della giustizia amministrativa.

Evidentemente, il punto rappresenta una questione generale di estremo rilievo che attirerà l'attenzione degli interpreti. Potrebbe essere utile sottolineare, al riguardo, che il codice del processo detta anche regole esplicite riguardanti (innovativamente) il termine per la proposizione dell'azione di nullità del provvedimento (la quale non è in alcun modo regolata dalla legge sostanziale n. 241/1990). Viceversa, non entrano nel codice del processo amministrativo disposizioni come quella dell'art. 21- *octies*, comma 2, della stessa [L. n. 241/1990](#), che buona parte della dottrina e la quasi totalità della giurisprudenza definiscono come limiti, meramente processuali, ad una qualificazione sostanziale di illegittimità (annullabilità) dell'atto.

D'altro canto, nella articolata sistemazione delle azioni proponibili dinanzi al giudice amministrativo manca un riferimento esplicito alle domande riguardanti la sorte del contratto.

Il "titolo" generale del potere di cognizione del giudice amministrativo dovrebbe essere rappresentato dalla previsione generale contenuta nell'art. 7, comma 5: "nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi". La disposizione dovrebbe affermare, quindi, il principio secondo cui, in sede di giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo ha un potere di cognizione e di decisione corrispondente a quello del giudice ordinario.

Ciò chiarito, risulta piuttosto difficile teorizzare una unitaria "azione di inefficacia" del contratto, così come è tuttora apertissima la questione riguardante l'esatta natura giuridica della inefficacia del contratto introdotta dal [D.Lgs. n. 53/2010](#).

In tale prospettiva, allora, sembra persuasiva l'opzione "prudente" del legislatore delegato, che si è limitato a trasferire nel codice del processo le regole riguardanti la "nuova" inefficacia del contratto pubblico, senza enfatizzare l'introduzione di una autonoma azione di accertamento della inefficacia.

È appena il caso di osservare, comunque, che la disciplina trasfusa nel codice del processo amministrativo, riguardante la sorte del contratto, sembra molto attenta solo alla definizione dei presupposti della inefficacia e alla elencazione dei poteri del giudice, mentre omette di chiarire una serie di questioni processuali ancora irrisolte: si pensi alla



rilevabilità d'ufficio della inefficacia, alla proponibilità in via autonoma, ai termini di decadenza o di prescrizione.

Sono problemi cruciali che il decreto n. 53/2010 avrebbe dovuto risolvere e che, al momento, attendono ancora risposte chiare e consolidate da parte della giurisprudenza. È lecito attendersi che, in sede di adozione dei decreti correttivi, questi aspetti possano trovare una equilibrata e puntuale soluzione, anche sulla base dell'esperienza pratica dei prossimi mesi ⁽⁴⁾.

Una novità di rilievo riguarda, peraltro, la fase processuale concernente l'istituto delle sanzioni alternative. Per assicurare il contraddittorio in sede di applicazione, da parte del giudice, delle sanzioni alternative, e accogliendo un'osservazione formulata sul punto dalla Commissione Affari costituzionali della Camera, nell'art. 120 è stato espressamente richiamato il principio, stabilito in via generale dal codice in materia di eccezioni rilevabili d'ufficio, secondo cui prima di comminare dette sanzioni occorre dare avviso alle parti per dar loro modo di controdedurre sulla questione

La relazione di accompagnamento chiarisce, ancora, che non si è ritenuto di dover recepire l'osservazione della Commissione Affari costituzionali della Camera, che avrebbe voluto introdurre, tra dette cause di inefficacia, l'ipotesi di aggiudicazione disposta sulla base di criteri illegittimi nella valutazione dei requisiti soggettivi e dell'offerta, perché ciò avrebbe comportato far confluire in tale previsione la gran parte delle ipotesi di inefficacia, anche in violazione della direttiva comunitaria recepita con il [D.Lgs. n. 53 del 2010](#).

Il comma 1 dell'art. 120, poi, ha, evidentemente, lo scopo di definire l'ambito operativo delle regole processuali speciali. Ciò si ricava, chiaramente, dal comma 3: "Salvo quanto previsto dal presente articolo e dai successivi, si applica l'articolo 119". La formulazione utilizzata dall'art. 120 è amplissima e formalmente diversa da quella racchiusa nell'art. 245 del codice dei contratti. In particolare, l'art. 120 non compie alcuna delimitazione riferita espressamente ai contratti contemplati dal codice dei contratti pubblici o all'obbligo del rispetto della normativa comunitaria o nazionale di evidenza pubblica. Vi è, quindi, una modifica testuale significativa rispetto all'art. 245, comma 1, del codice dei contratti pubblici ("Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a lavori, servizi o forniture, di cui all'art. 244, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente").

Nell'art. 245, pertanto, ai fini della definizione della sfera operativa del rito speciale, assume rilievo determinante l'inciso "di cui all'articolo 244". La norma richiamata ha la funzione di delineare l'ambito della cognizione del giudice amministrativo.

A sua volta, l'art. 244, comma 1, del codice dei contratti pubblici, prevede che "Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, 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. La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative".

Ora, il contenuto dell'art. 244 è destinato a confluire nell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), del codice del processo, secondo cui appartengono alla giurisdizione esclusiva amministrativa le controversie "relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, 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, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative".

Il rito dell'art. 120, dunque, non contemplando il richiamo all'art. 133, presenta, sul piano formale, un raggio di azione diverso da quello dell'art. 245 del codice dei contratti:

a) più ampio, nella parte in cui fa riferimento alle procedure contrattuali, senza enunciare il nesso con la normativa di evidenza pubblica;

b) più ristretto, nella parte in cui non contempla il riferimento alle controversie riguardanti la scelta del socio;

c) più ristretto, nella parte in cui non considera espressamente le controversie risarcitorie, nonché quelle riguardanti l'inefficacia del contratto e l'applicazione delle sanzioni alternative.

Nell'articolo 120, poi, in mancanza di rinvio all'articolo concernente la giurisdizione esclusiva in materia di procedure di affidamento, si pone l'ulteriore questione riguardante le controversie attinenti alle procedure svolte dai soggetti che non si presentano, formalmente, come amministrazioni pubbliche, ma sono, comunque, tenuti all'applicazione della normativa pubblicistica.

A tale riguardo, la lacuna potrebbe essere colmata considerando le disposizioni generali contenute tanto nel codice dei contratti pubblici, quanto nel codice del processo amministrativo (art. 7, comma 2: "Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo").

La formula generale dell'art. 7, tuttavia, non coincide con quella presente nel testo originario dell'art. 244 del codice dei contratti e potrebbe aprire sottili dispute interpretative.

D'altro canto, neanche l'art. 119 del codice del processo supera l'equivoco, perché esso considera le "controversie in materia di provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, salvo quanto previsto dagli articoli 120 e seguenti", senza richiamare l'ambito applicativo del vecchio articolo 244 del codice dei contratti pubblici.

Difficile comprendere le vere ragioni di queste differenze formali, in un settore in cui, per ovvie ragioni di chiarezza, sarebbe quanto mai opportuno inserire elementi innovativi di disciplina solo se accuratamente ponderati.

L'opinione preferibile, tuttavia, è quella secondo cui il legislatore delegato non abbia inteso alterare, in alcun modo, la disciplina "vivente".

Probabilmente, la diversa dislocazione delle norme sulle controversie in materia di contratti, riguardanti, rispettivamente, la giurisdizione e il rito, insieme alle complicazioni derivanti dall'entrata in vigore del [D.Lgs. n. 53/2010](#), hanno determinato qualche difficoltà di conservare una piena continuità rispetto alle precedenti dizioni normative. Senza considerare, poi, che la riformulazione degli artt. 119 e 120, nonché delle connesse disposizioni sulla giurisdizione e delle norme di coordinamento non è stata effettuata dalla commissione speciale, ma è stata completata, in tempi rapidissimi, dai competenti uffici legislativi ministeriali e della Presidenza del Consiglio.

Certamente, la modifica lessicale introdotta dal codice potrà alimentare soluzioni interpretative più o meno innovative rispetto a quanto finora consolidatosi in giurisprudenza.

La tesi favorevole alla sostanziale "continuità" della disciplina sembra, al momento, molto convincente nella parte riguardante il riferimento alle procedure di evidenza pubblica. In effetti, in assenza di una disciplina di carattere pubblicistico, la procedura di scelta del contraente compiuta dall'amministrazione assume connotazione interamente civilistica e, quindi, manca, in radice, la stessa giurisdizione amministrativa. È laborioso ipotizzare, quindi, che l'art. 120 possa avere un perimetro più ampio di quello assunto dall'art. 245 del codice dei contratti.

Più delicato è il problema del rito applicabile nelle controversie riguardanti la scelta del socio, sebbene sia ragionevole seguire, anche in questo caso, una soluzione coerente con gli esiti della giurisprudenza consolidata.

D'altro canto, il socio è destinato ad essere affidatario, in sostanza, del servizio pubblico o del contratto, sebbene in forma giuridica diversa dall'appalto.

Qualche problema potrebbe prospettarsi anche con riguardo all'assenza di un riferimento esplicito alle controversie risarcitorie e a quelle riguardanti l'inefficacia del contratto e le sanzioni alternative.

La scelta dell'esclusione delle controversie riguardanti solo la domanda di risarcimento del danno (per equivalente) potrebbe essere ragionevole, perché in tali controversie non emergerebbe l'esigenza di accelerazione tipica dei giudizi impugnatori. Al riguardo del resto, si è ormai consolidato un indirizzo interpretativo, confermato dall'Adunanza Plenaria del [Consiglio di Stato](#),



30 luglio 2007, n. 9, secondo cui la dimidiazione dei termini, di cui al citato art. 23-*bis* della legge TAR, non è applicabile alle controversie che sottopongano alla cognizione del giudice amministrativo profili di stampo esclusivamente risarcitorio.

A bene vedere, però, la citata pronuncia della Plenaria si riferisce all'ambito applicativo del rito accelerato nelle controversie espropriative. A stretto rigore, invece, nel codice dei contratti pubblici, il rinvio compiuto dall'art. 245 all'art. 244 risulta piuttosto chiaro nell'imporre l'integrale osservanza del rito speciale in tutte le controversie indicate dalla norma, che contempla espressamente anche i giudizi risarcitori.

L'esigenza acceleratoria alla base del rito speciale risulta, comunque, particolarmente pressante anche nelle controversie riguardanti la sorte del contratto.

Pertanto, la scelta codicistica di escludere il riferimento alle controversie in materia di inefficacia del contratto risulta difficilmente giustificabile.

Vero è che, dalla formulazione degli artt. 121 e 122 è desumibile la conclusione secondo cui la domanda di inefficacia del contratto dovrà essere inserita nell'ambito del giudizio riguardante l'impugnazione (tempestiva) dell'aggiudicazione⁽⁵⁾. E poiché l'assoggettamento al rito speciale si verifica quando anche solo una delle domande connesse è sottoposta a tale regime (art. 32, comma 1, secondo periodo: "Se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario, salvo quanto previsto dai Capi I e II del Titolo V del Libro IV"), l'applicazione dell'art. 120 andrà comunque affermata.

Il rinvio compiuto dall'art. 32 riguarda proprio l'intera disciplina processuale degli artt. 119-126, considerata nella sua integrità.

Ciò risulta significativo, perché, nell'impostazione del codice, anche le norme riguardanti l'inefficacia del contratto sono considerate riferite ad un rito speciale. Poiché è difficile pensare che si tratti di un ulteriore e separato processo, appare convincente l'opinione secondo cui anche le controversie in materia di inefficacia del contratto rientrano nell'ambito applicativo del rito speciale di cui all'art. 120.

Per quanto riguarda le modifiche di contenuto, riguardanti il rito, il codice del processo introduce alcuni aggiustamenti particolarmente utili rispetto alla previgente disciplina dell'art. 245 del codice dei contratti.

Anzitutto, si stabilisce con maggiore chiarezza che l'art. 119, comma 1, lett. a) (il quale rappresenta l'erede del vecchio art. 23-*bis* della legge TAR), è applicabile anche alle controversie relative a "i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, salvo quanto previsto dagli articoli 120 e seguenti".

In questo modo, si conferma la "doppia specialità" del rito in materia di appalti: per quanto non espressamente previsto dall'art. 120, al processo si applicano tutte le regole dell'art. 119 e, solo, in via residuale, opera il rito ordinario.

Nel complesso, le speciali regole riguardanti il rito dei contratti pubblici sono drasticamente ridotte, rispetto alla disciplina prevista dal [D.Lgs. n. 53/2010](#).

Il notevole snellimento della disciplina contenuta nell'articolo comporta, anzitutto, una netta semplificazione della disciplina dei termini.

In sintesi, ora l'unico termine diverso da quelli previsti nell'art. 119 riguarda la notificazione del ricorso principale e dei motivi aggiunti: "5. Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del [D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163](#), o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto".

Significativa, al riguardo, risulta la modifica riguardante i termini per la proposizione dei motivi aggiunti: ora il termine è stabilito sempre in trenta giorni, tanto nei casi in cui siano impugnati provvedimenti diversi, tanto nelle ipotesi di nuovi motivi avverso gli atti già impugnati.

In tal modo, la norma si adegua alla interpretazione proposta recentemente dall'Adunanza Plenaria, con riferimento all'art. 23-*bis* (decisione 15 aprile 2010 n. 215). In base a tale pronuncia, l'istituto della dimidiazione ex art. 23-*bis* della legge TAR non è applicabile al termine per la proposizione dei motivi aggiunti al ricorso introduttivo. La *ratio* insita nella scelta

normativa di non estendere il dimezzamento al termine di notifica dell'atto introduttivo del giudizio riposa nell'esigenza di garantire il pieno esercizio del diritto costituzionalmente garantito di difesa (ex [art. 24 Cost.](#)), che sarebbe da ciò risultato eccessivamente compresso per effetto dell'abbreviazione del termine *de quo*. Tale esigenza sussiste anche per i motivi aggiunti, proponibili nei casi nei quali, il ricorrente debba articolare nuove censure a seguito della conoscenza introduttiva o sopravvenienza di circostanze non conosciute al momento della proposizione del ricorso.

In coerenza con questa scelta, si modifica anche l'art. 243- *bis*, comma 6, del codice dei contratti: "Il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti" (Art. 3 - Ulteriori norme di coordinamento, comma 19, lett. b).

La novità consiste nell'eliminazione del termine speciale di quindici giorni (irragionevolmente previsto nell'originaria formulazione): anche in tale ipotesi, quindi, si determina l'applicazione del termine di trenta giorni.

Va notato che nel rito dei contratti pubblici scompare la previsione dell'autonomo termine per la proposizione del ricorso incidentale, di cui all'art. 245, comma 2- *quinquies*: "i termini processuali sono stabiliti in: (...) c) trenta giorni per la proposizione del ricorso incidentale, decorrenti dalla notificazione del ricorso principale".

Opera quindi, la disciplina contenuta dall'art. 119 del codice, secondo cui il termine per il ricorso incidentale non è dimezzato.

In base all'art. 42 del codice, il ricorso incidentale si propone nel termine di sessanta giorni decorrente dalla ricevuta notificazione del ricorso principale.

In questo modo, però, si verifica una evidente discrasia tra le parti, perché il ricorrente incidentale, nel rito dei contratti pubblici, può beneficiare del più lungo termine di sessanta giorni, a fronte dei trenta spettanti al ricorrente principale.

Poiché non emerge una spiegazione razionale della soluzione voluta dal legislatore delegato, è auspicabile una rapida correzione del testo.

La fissazione dell'udienza di merito

Ulteriore novità rispetto al testo dell'art. 245 del codice dei contratti, come modificato dal decreto n. 53/2010, riguarda la fissazione della data dell'udienza di merito. L'art. 120 ritiene preferibile non indicare un termine fisso (ancorché ordinatorio) per la celebrazione dell'udienza di merito. Pertanto, si stabilisce di eliminare il riferimento al termine di sessanta giorni (termine non perentorio, ma rilevante ai fini delle possibili valutazioni del rispetto del principio della ragionevole durata del processo), prevedendosi, semplicemente, al comma 6, che "Quando il giudizio non è immediatamente definito ai sensi dell'art. 60, l'udienza di merito, ove non indicata dal collegio ai sensi dell'art. 119, comma 3, è immediatamente fissata d'ufficio con assoluta priorità".

La norma, certamente non apprezzabile sotto l'aspetto esteriore, per il doppio rinvio interno, attenua significativamente la "super accelerazione" del rito dei contratti pubblici, voluta dal decreto n. 53/2010.

Va sottolineato che, seppure senza sanzioni espresse, si prevede l'obbligo di dare certezza immediata della calendarizzazione dell'udienza di merito.

È evidente che, per non vanificare la previsione, le segreterie dei TAR e del Consiglio di Stato dovranno attrezzarsi per garantire, comunque, il tempestivo adempimento dell'obbligo, preferibilmente subito dopo la camera di consiglio celebrata per l'esame della eventuale (ma, in realtà pressoché immancabile) domanda cautelare.

La formula "assoluta priorità" indica la necessaria preferenza che andrà accordata alla trattazione di tali giudizi, ma sempre nei limiti delle disponibilità dei ruoli di udienza.

A stretto rigore, quindi, la norma rappresenta uno sviluppo della disciplina contenuta nell'art. 8 delle norme di attuazione, riguardante l'ordine di fissazione dei ricorsi.

"1. La fissazione del giorno dell'udienza per la trattazione dei ricorsi è effettuata secondo l'ordine di iscrizione delle istanze di fissazione d'udienza nell'apposito registro, salvi i casi di fissazione prioritaria previsti dal codice.

2. Il presidente può derogare al criterio cronologico per ragioni d'urgenza, anche tenendo conto delle istanze di prelievo, o per esigenze di funzionalità dell'ufficio, ovvero per connessione di materia, nonché in ogni caso in cui il Consiglio di Stato abbia annullato la sentenza o l'ordinanza e rinviato la causa al giudice di primo grado".

Forse, per maggiore chiarezza sistematica, all'interno dell'art. 8, avrebbe potuto inserirsi un esplicito richiamo alle controverse previste dall'art. 120.

La fase cautelare

Nel nuovo articolo 120 scompare qualsiasi riferimento ad una disciplina specialissima del rito cautelare: questo resta assoggettato, integralmente, alla regolamentazione contenuta nell'art. 119 e nelle disposizioni generali.

C'è da chiedersi, tuttavia, quale spazio effettivo abbia la previsione dell'art. 119 (che ricalca la norma contenuta nell'art. 23-*bis* della legge TAR), secondo cui l'accoglimento della domanda cautelare si risolve, di regola, nella fissazione accelerata dell'udienza di merito.

Infatti, la "priorità assoluta" della fissazione dell'udienza, insieme al carattere non perentorio del termine di trenta giorni previsto dall'art. 119, comma 3, per la fissazione dell'udienza di merito, in linea di fatto riducono moltissimo la distanza tra accoglimento o rigetto della domanda cautelare: in entrambi i casi deve essere garantita una sollecita definizione del merito.

D'altra parte, in termini generali, l'art. 55, comma 10, prevede che "Il tribunale amministrativo regionale, in sede cautelare, se ritiene che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito, fissa con ordinanza collegiale la data di discussione del ricorso nel merito. Nello stesso senso può provvedere il Consiglio di Stato, motivando sulle ragioni per cui ritiene di riformare l'ordinanza cautelare di primo grado; in tal caso, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la sollecita fissazione dell'udienza di merito".

In questo caso, nella disciplina generale, l'accelerazione del merito è solo una facoltà, mentre, nell'art. 119, la fissazione anticipata dell'udienza costituisce la regola.

Nell'art. 120, comma 8, resta confermata, con riferimento all'ambito del giudizio cautelare, la previsione secondo cui "Il giudice decide interinalmente sulla domanda cautelare, anche se ordina adempimenti istruttori, se concede termini a difesa, o se solleva o vengono proposti incidenti processuali".

La norma potrebbe apparire di dubbia utilità (nel contesto di un codice "leggero", che evita accuratamente di entrare nel dettaglio delle singole evenienze), perché, in sede cautelare, il giudice ha sempre l'obbligo di assicurare la tutela alla parte istante, se ravvisa sufficienti elementi di *fumus* o di *periculum*.

Le pronunce interlocutorie che non dispongono misure cautelari muovono sempre dall'implicita premessa che uno od entrambi i presupposti siano, al momento, carenti.

In questo senso, la decisione interlocutoria "pura" si sostanzia, in ultima analisi, in un provvedimento negativo, come tale censurabile dalla parte che non ha ancora ottenuto l'invocata misura cautelare. Non rileva, in questo ambito, il principio della non impugnabilità delle decisioni meramente ordinatorie. Infatti, in tali circostanze, l'interessato se non può contestare, in sé, la pronuncia istruttoria del giudice, ben potrebbe criticare il diniego, implicito, di tutela cautelare.

Ora, la previsione legislativa conferma in modo espresso questa ricostruzione, che potrà assumere rilievo pratico essenzialmente nei casi in cui il ricorrente intenda impugnare, appunto, la mancata adozione di statuizioni sulla domanda cautelare.

In concreto, però, la prassi conosce modalità molto efficaci per definire la vicenda nel caso di pronunce interlocutorie. Se il rinvio è molto lungo (rispetto ai tempi ristrettissimi del giudizio cautelare), il giudice pronuncia sempre sull'istanza cautelare, di solito accordando "sospensive tecniche", o a termine. In alternativa, le parti assumono accordi riguardanti la mancata esecuzione del provvedimento impugnato.

Insomma, di questa disposizione si potrebbe fare tranquillamente a meno. La regola, comunque, non introduce alcun significativo elemento di differenziazione rispetto alla disciplina generale. A tutto concedere, la norma potrebbe considerarsi espressione di un principio generale da estendersi al giudizio cautelare ordinario.

Le innovazioni introdotte dal decreto 53/2010

⁽⁶⁾

Va innanzitutto premesso che già il *D.Lgs. n. 53/2010* aveva introdotto significative innovazioni: la giurisdizione amministrativa sul contratto era qualificata come "esclusiva", ma non era più segnata, letteralmente, come giurisdizione "di merito", aspetti innovativi avevano in sintesi riguardato:

- la nuova regolamentazione dell'esecuzione di urgenza, precedente la stipulazione del contratto;
- l'innovativa disciplina dell'accesso immediato ai documenti di gara;
- l'esclusione del ricorso straordinario al Capo dello Stato;
- l'uso della qualificazione della "inefficacia del contratto", in luogo della formula "privazione di effetti";
- la previsione dei limiti dell'azione risarcitoria e la definizione dei suoi rapporti con l'azione diretta alla dichiarazione di inefficacia del contratto.

Va preliminarmente rilevato come l' *art. 7 del D.Lgs. n. 53* modificava l' *art. 244 del D.Lgs. n. 163 del 2006*, aggiungendo alla fine del comma 1 il seguente periodo: "la giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative".

La previsione della giurisdizione del giudice amministrativo ⁽⁷⁾ sulla cd. privazione di effetti del contratto è corretta, in quanto l'intera impostazione della direttiva è nel senso di attribuire ad un unico "organo di ricorso indipendente" il compito di conoscere delle illegittimità delle procedure di gare e di accertare la carenza di effetti del contratto.

In coerenza con la direttiva la legge-delega aveva previsto la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione, qualificando tale giurisdizione come esclusiva (*art. 44, comma 3, lett. h, L. n. 88/2009*).

Del resto, la necessità di concentrare davanti ad un unico giudice le controversie aventi ad oggetto l'aggiudicazione e la sorte del contratto ha reso obbligata la scelta del legislatore delegante, derivando la giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti delle procedure di evidenza pubblica dal criterio di riparto di giurisdizione di cui *all'art. 103 della Costituzione* , prima ancora che dalle norme primarie che attribuiscono al giudice amministrativo tale tipologia di controversie (*art. 244 del Codice dei contratti*). Si tratta, infatti, di procedimenti di natura amministrativa, rispetto ai quali le posizioni dei privati assumono consistenza di interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura.

La necessaria estensione di tale giurisdizione alla cognizione circa la sorte del contratto costituisce una tipica ipotesi di presenza di posizioni giuridiche differenziate di interesse legittimo e di diritto soggettivo, che rende necessario qualificare tale giurisdizione come esclusiva, come in effetti fa la stessa legge di delega (*art. 44, comma 3, lett. h*).

Si è ritenuto, quindi, di esplicitare il carattere esclusivo della giurisdizione sulla sorte del contratto, in relazione al quale le posizioni giuridiche hanno la consistenza di diritto soggettivo e si è ritenuto inoltre che la sede naturale della disposizione fosse l' *art. 244 del codice dei contratti* , che contiene le diverse ipotesi di giurisdizione esclusiva nella materia. Ma va ritenuto che ⁽⁸⁾ , con buon senso, potranno trovare applicazione i noti principi in materia di "giurisdizione sopravvenuta", in relazione alle domande proposte, davanti al giudice amministrativo, prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo (e prima ancora della scadenza del termine di recepimento della direttiva n. 66/2007). In questo senso, dovrà intendersi in senso ampio il significato della formula "dichiarazione di inefficacia del contratto", idonea a comprendere tutte le domande riguardanti le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione, ancorché esse non siano accertate attraverso il particolare *iter* processuale descritto dalla nuova normativa.

È stata pienamente condivisa, nei primi commenti, la scelta effettuata nel decreto delegato di non attribuire al giudice amministrativo anche una giurisdizione di merito, benché la delega consentisse tale possibilità.

La previsione di una ipotesi di giurisdizione di merito presupponeva che la legge autorizzasse il giudice amministrativo a "sostituirsi" all'amministrazione, effettuando in luogo di questa scelte discrezionali conformi a regole non giuridiche di buona amministrazione, che attengono ai profili di opportunità e di convenienza del provvedimento amministrativo, che può essere adottato dal giudice o da un suo ausiliare in sostituzione, appunto, dell'amministrazione (seppure nella originaria bozza del decreto simile previsione era stata contemplata...).

Tale carattere della giurisdizione, peraltro in fase di contrazione (v. l'art. 44, comma 2, lett. b), n. 2), mal si attaglia a controversie aventi ad oggetto aspetti, di natura civilistica, inerenti l'effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto già stipulato.

Peraltro il Consiglio di Stato, nel parere sullo schema di decreto, ha ritenuto che pur potendo essere prevista in tali casi la scelta da parte del giudice tra più rimedi, tale scelta non costituisce l'esercizio di un potere di merito, ma l'esito di valutazioni effettuate in sede giurisdizionale sulla base di presupposti predeterminati dal legislatore. Il giudice amministrativo, quindi, dovrebbe esser libero dal dovere (e dal pericolo) di assumere un atipico ruolo di interprete diretto del "merito amministrativo" e soprattutto dovrebbe sempre potersi pronunciare secondo legge, ricercando nella legge medesima il parametro delle sue decisioni ⁽⁹⁾.

È stata, quindi, mantenuta la scelta di non prevedere una giurisdizione di merito del giudice amministrativo.

La nuova disciplina processuale è contenuta nell' [art. 119 del D.Lgs. n. 104/2010](#), che, si noti, riguarda gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a lavori, servizi o forniture, di cui all'art. 244, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità, che sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente.

I principi di delega sono stati interpretati anche come volti a introdurre lo speciale rito come "esclusivo" nel senso che la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo, per le sue peculiarità sia di rito che di poteri processuali, non ammette come alternativa il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ⁽¹⁰⁾. Infatti questo rimedio ha tempi più lunghi e incompatibili con il nuovo sistema che prevede lo *standstill period*, e non contempla poteri di condanna e poteri di merito, quali sono quelli necessari per disporre la privazione di effetti del contratto o irrogare sanzioni alternative. Scelta condivisa dai pareri resi dalle autorità coinvolte in fase consultiva: come il Consiglio di Stato ha in più occasioni rilevato, infatti, l'ammissibilità del ricorso straordinario si dovrebbe escludere in tutti quei casi in cui il giudice amministrativo (o anche quello ordinario) sia destinatario, in certe materie, di norme processuali speciali volte ad una più rapida definizione del contenzioso, tali da dare la stura a competenze da taluni reputate "funzionali", ossia non suscettibili di alternative che ne frusterebbero la *ratio* di accelerazione (specie se si considera il più lungo termine per la proposizione del ricorso straordinario). In questi casi, la giurisdizione del giudice amministrativo si reputa assoluta e quindi tale da non ammettere alternative.

È vero che con riferimento all' [art. 23- bis L. n. 1034/1971](#) il Consiglio di Stato ha, in passato, ritenuto che la specialità del rito non fosse incompatibile con il ricorso straordinario. Tale considerazione non è valsa, tuttavia, a mettere in discussione la scelta fatta dal legislatore delegato, in quanto il nuovo rito speciale in materia di appalti risulta ora caratterizzato da elementi di specialità senz'altro più marcati rispetto a quelli che caratterizzano il rito descritto dall'art. 23- bis. Si fa riferimento non solo alla consistente abbreviazione di tutti i termini processuali (in primo luogo quelli per la proposizione e per il deposito del ricorso, portati rispettivamente a 30 e 5 gg.), ma soprattutto all'attribuzione al giudice amministrativo di consistenti poteri in ordine alla sorte del contratto e all'eventuale applicazione di sanzioni alternative, che vanno ben al di là della pronuncia meramente caducatoria che caratterizza invece il ricorso straordinario. Né vale obiettare che in tal modo l'impresa illegittimamente pretermessa in sede di gara perde la possibilità di agire in sede di ricorso straordinario per ottenere una tutela solo risarcitoria. Al riguardo, infatti, deve rilevarsi che secondo l'indirizzo



prevalente la struttura impugnatoria del rimedio giustiziale esclude la possibilità di avanzare in tale sede domande risarcitorie. In ogni caso, anche aderendo all'indirizzo, allo stato minoritario, secondo cui l'azione risarcitoria è ammissibile anche in sede di ricorso straordinario ⁽¹¹⁾, deve rilevarsi che il testo del decreto delegato non esclude di per sé tale possibilità: l'art. 8, infatti, testualmente riserva al binario giurisdizionale i soli ricorsi volti all'impugnazione degli atti di gara, lasciando quindi aperta la questione dell'ammissibilità in sede di ricorso straordinario di una domanda risarcitoria in materia di appalti.

Il dettaglio della nuova disciplina

I commi 2 e seguenti disciplinano il rito immediato, affrontando le questioni relative agli atti impugnabili, termini e relativa decorrenza, termini processuali, immediatezza del giudizio, tutela cautelare, appello e altre impugnazioni.

Secondo quanto previsto al comma 2, dell'art. 119 (corrispondente all'art.8 del *D.Lgs. n. 53/2010*), nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni dalla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all'art. 65 e all'art. 225, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dalla data di stipulazione del contratto.

Si introduce un termine anomalo di impugnazione pari a 6 mesi dalla stipulazione del contratto decorso il quale il ricorso è definitivamente precluso. Questo profilo si è prestato a censure; tale norma è stata introdotta in attuazione di un preciso criterio della legge delega: l'art. 44, comma 3, lett. i) prevedeva, infatti, il recepimento "[del] l' art. 2- septies della direttiva 89/665/CEE e l' art. 2- septies della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo i termini minimi di ricorso di cui al paragrafo 1, lettere a) e b), dei citati articoli 2- septies, e il termine di trenta giorni nel caso di cui al paragrafo 2 dei citati articoli 2- septies" ⁽¹²⁾.

L'art. 2- septies della direttiva a sua volta prevedeva che "gli Stati membri possono stabilire che la proposizione di un ricorso a norma dell'art. 2- quinquies, paragrafo 1, debba avvenire [...] in ogni caso prima dello scadere di un periodo di almeno sei mesi a decorrere dal giorno successivo alla data di stipula del contratto".

La direttiva, quindi, lasciava agli Stati facoltà di prevedere un termine preclusivo decorso il quale il ricorso proposto ai sensi dell'art. 2- quinquies paragrafo 1 (cioè nel caso in cui sia mancata la obbligatoria pubblicità del bando) non poteva comunque essere più proposto, a prescindere dal fatto che ci sia stata o meno la piena conoscenza degli atti lesivi. Ove lo Stato avesse deciso di avvalersi di tale facoltà, il diritto comunitario lasciava agli Stati una ulteriore scelta in merito alla durata del termine, stabilendo solo che doveva essere di "almeno sei mesi" (quindi non inferiore a sei mesi).

L'effetto di tale preclusione sarebbe stato ancora più rilevante se si considera che essa era destinata ad operare in presenza di situazioni caratterizzate da una particolare violazione delle regole, riconducibili alle fattispecie di affidamento diretto senza gara e senza pubblicità.

Si è paventato il rischio che questa disposizione consentisse il consolidamento a situazioni di macroscopica illegittimità, rendendo inattaccabili contratti stipulati senza alcuna gara.

Si dettano poi alcune disposizioni procedurali quale quella del comma 4 secondo cui quando è impugnata l'aggiudicazione definitiva, se la stazione appaltante fruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, il ricorso è notificato, oltre che presso detta Avvocatura, anche alla stazione appaltante nella sua sede reale, in data non anteriore alla notifica presso l'Avvocatura, ⁽¹³⁾ e al solo fine dell'operatività della sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto. La disposizione in oggetto mira ad evitare i tanto frequenti inconvenienti che si verificano nella prassi delle notifiche effettuate presso l'Avvocatura dello Stato: spesso, infatti, l'amministrazione viene a conoscenza della presentazione del ricorso soltanto dopo qualche giorno quando l'ufficio dell'avvocatura erariale presso la quale è domiciliata ha ricevuto il ricorso. Poiché però oggi alla notificazione del ricorso è collegato un effetto sostanziale di sospensione non può più corrersi il rischio che la stazione appaltante stipuli

il contratto dopo che il ricorso giurisdizionale sia stato già notificato presso la competente avvocatura erariale, ma prima che alla stazione appaltante medesima sia giunta notizia della pendenza del ricorso. Forse poteva essere preferibile imporre un onere di comunicazione, semplificata, ma tempestiva, del ricorso al responsabile del procedimento ⁽¹⁴⁾.

Venendo poi alle disposizioni di dettaglio, il comma 10 del medesimo articolato normativo prevede, invece, che tutti gli atti di parte devono essere sintetici ⁽¹⁵⁾: il legislatore completa il suo elogio della brevità imponendo al giudice di decidere il ricorso con sentenza redatta ordinariamente in forma semplificata.

Tuttavia se la sintesi e la brevità possono essere peculiarità del giudice che in fondo deve decidere e motivare le proprie decisioni, la brevità e la sintesi possono essere una buona dote dell'avvocato, ma come si fa ad imporle per legge? L'avvocato deve convincere il giudice ad accogliere le proprie tesi, in ossequio all'esercizio di un mandato professionale: come gli si può allora imporre *ex lege* la regola della brevità?

Ed ancora quale sarà la sanzione da applicare allo scritto difensivo che non rispetti il canone della brevità o che ripeta il contenuto di atti già depositati?

È già la prassi giudiziaria che individua in regole non scritte, le migliori sanzioni per l'avvocato pedante e prolisso: per questo il legislatore enuncia una regola senza sanzione ... forse perché è ben consapevole di come le buone ragioni della parte non si misurano con la lunghezza degli scritti difensivi. Nello stesso tempo, però, il legislatore rappresenta altresì un ammonimento per il giudicante, chiamato a privilegiare la tempestività del deposito del provvedimento, piuttosto che la elaborazione teorica nella sua stesura ⁽¹⁶⁾.

Il sistema sanzionatorio: la privazione di effetti del contratto

L'art. 121 del *D.Lgs. n. 104/2010* rubricato "Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni" riproduce sostanzialmente la disciplina introdotta dal *D.Lgs. n. 53/2010* che aveva previsto l'inserimento, dell'art. 245- *bis*, nel *D.Lgs. n. 163 del 2006*.

Secondo le norme delle direttive, gli Stati membri possono prevedere che se viene domandato un risarcimento dei danni conseguenti a un provvedimento illegittimo, per prima cosa l'organo competente annulli il provvedimento.

Si consente, cioè, agli Stati membri, di dare priorità alla cd. tutela di annullamento, in virtù della quale, rimossa l'illegittima aggiudicazione, il ricorrente trova ristoro nella possibilità di conseguire l'aggiudicazione. Tale meccanismo pone le stazioni appaltanti al riparo dal rischio di dover pagare il medesimo appalto una pluralità di volte, da un lato all'esecutore, dall'altro lato ai concorrenti che, impugnando l'aggiudicazione, non chiedono l'aggiudicazione e il contratto per sé, ma solo il risarcimento del danno.

Tale meccanismo autorizza, in definitiva, gli Stati membri a dettare imperativamente una priorità delle domande giurisdizionali, sottraendola alla disponibilità delle parti. Sicché, l'impugnazione degli atti di gara e dell'aggiudicazione andrebbe sempre interpretata, anche in difetto di espressa indicazione, come domanda volta a conseguire l'aggiudicazione e il contratto.

Il diritto comunitario annette alla impugnazione dell'aggiudicazione un effetto cautelare automatico (*stand- still period*) (meccanismo noto al diritto comunitario anche in altri settori, quale quello dei provvedimenti riguardanti il soggiorno di cittadini comunitari): per effetto dell'impugnazione dell'aggiudicazione, alla stazione appaltante è preclusa la possibilità di stipulare il contratto. Tale effetto sospensivo automatico durerebbe, secondo il diritto comunitario, fino ad un momento che deve essere individuato dagli Stati membri in sede di recepimento, e che poteva essere, a loro scelta, quello dell'adozione del provvedimento cautelare o della sentenza di merito. Aggiunge il diritto comunitario che al di fuori del caso di impugnazione dell'aggiudicazione, in cui si produce l'effetto sospensivo automatico, le procedure di ricorso non devono necessariamente avere effetti sospensivi automatici sulle procedure di aggiudicazione.

Sulla base di tali coordinate comunitarie, la legge delega:

- a) annetteva l'effetto sospensivo automatico alla sola impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, e non anche all'impugnazione di altri provvedimenti, quali bandi, inviti, esclusioni;
- b) annetteva l'effetto sospensivo automatico non alla sola impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, ma a tale impugnazione accompagnata da contestuale domanda cautelare: e, invero,

da un lato, se la parte non chiede la tutela cautelare, dimostra di non avere interesse a conseguire l'aggiudicazione e il contratto, ma di avere, evidentemente, solo interesse al risarcimento per equivalente; dall'altro lato, potendo il legislatore nazionale far durare l'effetto sospensivo automatico fino al provvedimento giurisdizionale cautelare, e considerato che in virtù del principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato il giudice non adotta provvedimenti cautelari se non c'è istanza di parte, se ne è desunto che fosse indispensabile che una domanda cautelare fosse presentata;

c) faceva durare l'effetto sospensivo fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, laddove vi sia la concreta possibilità di definire la lite nel merito alla prima udienza, ovvero fino al provvedimento cautelare definitivo.

I principi di delega stringenti e puntuali, lasciavano poco spazio al legislatore delegato. Si sono tuttavia previsti accorgimenti per far sopraggiungere il prima possibile tale provvedimento cautelare: abbreviazione dei termini di deposito del ricorso fissazione del ricorso alla prima udienza utile, obbligo del giudice di decidere sempre sulla domanda cautelare, cessazione dell'effetto sospensivo se il ricorrente rinuncia, anche tacitamente, alla domanda cautelare ⁽¹⁷⁾. La preclusione alla stipulazione del contratto cessa, infatti, in caso di rinuncia, anche tacita, alla domanda cautelare. Si ritiene che un caso di tacita rinuncia alla domanda cautelare sia quello, frequente nella pratica, in cui viene richiesto, nel corso dell'udienza cautelare, l'abbinamento della domanda cautelare alla trattazione del merito ad altra udienza. La preclusione alla stipulazione del contratto opera fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, in udienza o entro i successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare. In questo caso, l'analiticità della previsione potrebbe creare molte incertezze, poiché non è chiaro il riferimento al provvedimento cautelare "definitivo". Non sembra implausibile ⁽¹⁸⁾ la tesi secondo cui si tratti pur sempre della decisione cautelare di primo grado, come ritenuto dal legislatore delegato. Ma la questione interpretativa potrà, senz'altro, essere approfondita, perché non è del tutto priva di argomenti l'opposta tesi secondo cui una pronuncia cautelare diventa "definitiva" quando siano esauriti gli strumenti ordinari di impugnazione.

Alla luce delle previsioni della nuova disciplina, è stato possibile fare una proiezione dei tempi del processo e della durata della preclusione alla stipulazione del contratto.

Infatti calcolando il tempo necessario di sospensione per la stipulazione del contratto che è pari alla somma tra lo *standstill* sostanziale e quello processuale è risultato che la preclusione alla stipulazione del contratto, derivante dalla proposizione del ricorso, si potrebbe protrarre dai 40 ai 45 giorni, sovrapponendosi con lo *standstill period* sostanziale di *default* successivo all'aggiudicazione, sarebbe in linea con i tempi ordinariamente intercorrenti tra aggiudicazione e stipulazione ⁽¹⁹⁾.

Merita un approfondimento la nozione di inefficacia del contratto utilizzata dal legislatore delegato: la traduzione italiana della direttiva ⁽²⁰⁾ e la legge delega hanno utilizzato il termine "privazione di effetti" e il decreto delegato non si è discostato da tale locuzione.

Tuttavia, si è osservato che non si tratta di una scelta obbligata, sia perché le direttive comunitarie spesso volutamente usano termini generici idonei ad essere adattati ai singoli ordinamenti degli Stati membri, sia perché la traduzione in altre lingue della stessa direttiva 2007/66 non è esattamente coincidente con il termine "privazione di effetti". La connotazione strettamente "giudiziaria" della "privazione di effetti" potrebbe risultare gravida di conseguenze operative. Basterebbe pensare al problema, che i giudici amministrativi dovranno affrontare subito, della sfera temporale di applicazione della normativa. La qualificazione processuale (o almeno "prevalentemente" processuale) dovrebbe condurre a ritenere immediatamente applicabile la nuova disciplina anche ai giudizi in corso ⁽²¹⁾.

In primo luogo, deve ritenersi che il termine "privazione di effetti" del contratto sia volutamente generico proprio perché destinato ad incidere su ordinamenti, ispirati a principi anche molto diversi fra loro su tale materia ⁽²²⁾.

Inoltre, i testi della direttiva ⁽²³⁾ tradotti in altre lingue facevano riferimento all'inefficacia ⁽²⁴⁾.

In tale situazione è apparso preferibile recepire la direttiva, utilizzando termini e istituti che il nostro ordinamento ha già approfondito e sperimentato con riguardo proprio alla questione della



sorte del contratto all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione. In particolare, l'inefficacia meglio si presta a correggere il difetto di una locuzione atecnica e generica, quale è la "privazione di effetti" e a comprendere le diverse possibilità di incidere sul contratto con effetti *ex tunc* o *ex nunc*. Chi si aspettava una presa di posizione precisa in ordine alle diverse tesi prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul tema della "caducazione del contratto", quindi, potrebbe restare profondamente deluso, perché le disposizioni omettono qualsiasi esplicito segnale dal quale possa trapelare l'adesione all'una o all'altra delle varie costruzioni proposte.

Il "pragmatismo" e la concretezza scelti dalla legge presentano, ovviamente, pregi e difetti. Il pregio maggiore consiste nell'affermazione della massima flessibilità delle decisioni riguardanti l'inefficacia del contratto, presumibilmente proiettate verso la realizzazione della più alta "giustizia sostanziale" del caso concreto ⁽²⁵⁾.

Gli svantaggi concernono il forte tasso di incertezza delle soluzioni applicabili alle singole vicende, come meglio sarà spiegato nei paragrafi che seguono. L'imprevedibilità degli esiti delle liti, infatti, potrebbe risultare poco apprezzata dagli operatori economici.

Insomma, si può sostenere che il legislatore abbia optato per un'idea dell'inefficacia flessibile del contratto, o a "geometria variabile" ⁽²⁶⁾. È pressoché impossibile stabilire a priori se l'annullamento dell'aggiudicazione del contratto determinerà l'inefficacia del contratto o meno. Ancora più difficile prevedere se l'inefficacia sarà pienamente retroattiva e lascerà salve le prestazioni già eseguite ⁽²⁷⁾.

È noto che la categoria dell'inefficacia non è disciplinata dal codice civile, che però se ne occupa con riferimento a istituti di carattere sia generale (ad es. la condizione *ex art. 1353 c.c.*), che particolare (ad es. azione revocatoria *ex artt. 2901 ss.*).

Pertanto è stato compito del legislatore disciplinare i presupposti e le condizioni perché possa essere dichiarata l'inefficacia e la declaratoria di inefficacia che presuppone l'accertamento del vizio dell'aggiudicazione e dell'assenza degli elementi, che sotto diversi profili - nei limiti di quanto previsto dalla direttiva - possono determinare che il contratto resti efficace.

Si è ritenuto, quindi, maggiormente coerente con il nostro ordinamento, oltre che compatibile con la direttiva e con la legge delega, che il termine "privazione di effetti" fosse sostituito con il riferimento alla dichiarazione di inefficacia del contratto.

Volgendo lo sguardo ai lavori preparatori del *D.Lgs. n. 53/2010* va evidenziato che nell'art. 245-ter, i commi 2 e 13, come previsti dall'art. 10 dello schema di decreto, impostavano l'esame delle diverse domande che potevano accompagnare l'azione di annullamento di una aggiudicazione di un appalto, privilegiando i poteri officiosi del giudice e sacrificando il principio della domanda di parte.

Veniva in particolare previsto che la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione si intendesse sempre comprensiva della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, nonché della domanda di privazione di effetti del contratto (comma 2) e che la scelta tra inefficacia e risarcimento del danno spettasse solo al giudice, senza specificare la necessità di una domanda di parte (comma 3).

Si è ritenuto che tale impostazione non fosse coerente con il nostro sistema processuale ispirato al principio della domanda di parte e fosse, al contempo, estranea alla logica comunitaria, che riconosce poteri officiosi al giudice solo in vista della inefficacia del contratto.

Tale impostazione poteva correre il rischio di essere interpretata come un ritorno ad una giurisdizione di tipo obiettivo, finalizzata cioè a tutelare in primo luogo la legittimità dell'azione amministrativa, e solo indirettamente le posizioni giuridiche soggettive ⁽²⁸⁾.

Pur ritenendo che non sia stato questo lo scopo dell'introduzione di alcune disposizioni, la Commissione del Consiglio di Stato in sede consultiva ha ritenuto fosse preferibile costruire un quadro processuale, che pur nella specificità del rito in materia di appalti, non si discostasse dai principi generali, proprio nel momento in cui tali principi stanno per essere codificati nell'emanando codice del processo amministrativo.

Inoltre, la previsione della risarcibilità dei soli danni diversi da quello da mancata aggiudicazione, in caso di omessa richiesta di annullamento dell'aggiudicazione e di privazione di effetti del contratto, oltre a non essere chiara nel riferimento ai danni ulteriori, avrebbe potuto costituire un elemento per codificare, in questo settore, la tesi della cd. pregiudiziale amministrativa

(necessità di impugnare l'atto lesivo per poter chiedere il risarcimento dei danni che da tale atto derivano).

Come evidenziato da alcuni commentatori la soluzione di tali problematiche, che superano i confini della materia dei contratti pubblici doveva avvenire, come fatto presente dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato, in termini generali attraverso una composizione dell'attuale contrasto tra la giurisprudenza della Cassazione e quella del Consiglio di Stato e, anche in questo caso, l'occasione può essere quella dell'emanando codice del processo amministrativo ⁽²⁹⁾, e non quella di una legge settoriale. In nessun caso, la nuova normativa contempla ipotesi di dichiarazioni di inefficacia sganciate dal preventivo annullamento dell'aggiudicazione.

Si tratta di un profilo importantissimo, che si collega ad alcune delle acquisizioni più consolidate del recente dibattito svolto nell'ambito dell'ordinamento italiano. Il problema della sorte del contratto si pone essenzialmente - anzi, esclusivamente - quale (possibile) conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione. È appena il caso di evidenziare che si potrebbe correre il rischio di non colpire proprio i contratti stipulati con "affidamenti diretti", non preceduti da alcun procedimento amministrativo ("di evidenza pubblica").

Ma la questione potrebbe essere risolta ammettendo un'azione dichiarativa dell'inefficacia del contratto ⁽³⁰⁾, oppure individuando sempre un atto di aggiudicazione impugnabile nella determinazione con cui l'amministrazione stabilisce di stipulare il contratto.

La normativa di delega descriveva, poi, con sufficiente precisione, gli ulteriori presupposti indefettibili della pronuncia di inefficacia del contratto, collegati al tipo di violazione riscontrata: tali requisiti dovevano comunque sussistere, ma non erano sufficienti per "privare di effetti" il contratto, poiché restava sempre salvo il potere di una diversa valutazione del giudice.

Nella sistematica della delega erano distinti tre gruppi di ipotesi. I primi due, di gravità "decescente" e con trattamento lievemente differenziato, riguardavano gli altrettanti casi di privazione di effetti imposta dal diritto comunitario. Invece, il terzo gruppo, di carattere residuale (e di maggiore ampiezza), atteneva ad ogni ulteriore ipotesi di privazione degli effetti, conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione.

In particolare, il numero 1) prevedeva la privazione di effetti del contratto nelle ipotesi di "affidamenti diretti", in cui è sostanzialmente mancata una gara o la sua adeguata pubblicità ("se l'amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea senza che ciò sia consentito a norma delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE").

Si tratta, poi, del caso della violazione dei termini dilatori per la stipulazione del contratto, ma solo "qualora tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto".

Dunque, per l'inefficacia, la violazione dei termini doveva essere rafforzata dalla presenza di due ulteriori requisiti.

Il comma 1 dell' *art. 121 del D.Lgs. n. 104/2010*, riproduce la disciplina dell' *art. 9 del D.Lgs. n. 53/2010* che dava puntuale attuazione all'art. 2- *quinquies* delle due direttive, disciplinando il caso di privazione di effetti obbligatoria, e i temperamenti e deroghe. Nell'individuare le esigenze imperative che giustificano il mantenimento del contratto, si è tenuto conto di quanto esemplificativamente indicato nel 23° considerando della *direttiva 2007/66/CE*.

Si prevede, infatti, tra i casi in cui possa pronunciarsi la privazione di effetti del contratto l'ipotesi in cui il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dispone la privazione di effetti del contratto con le prescrizioni e le deroghe indicati rispettivamente nel comma 2:

a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal presente codice;

b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione

europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal presente codice;

c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'art. 11, comma 10, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle opportunità del ricorrente di ottenere l'affidamento;

d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la preclusione alla stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'art. 245- *bis*, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle opportunità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

In pratica l'ipotesi prevista dalla lett. a) e b) da attuazione a quanto chiarito dalle premesse della direttiva (considerando 14), "la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere"; mentre il considerando 13 aggiunge che "per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di Giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Pertanto, un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto.

Il mantenimento in vita del contratto nonostante le riscontrate violazioni

Un altro gruppo di ipotesi riguarda la violazione delle prescrizioni relative al rispetto del termine dilatorio per la stipulazione del contratto. Ma, in tal caso, occorrono ulteriori requisiti: la violazione deve aver privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto; essa deve aggiungersi ad una violazione sostanziale della [direttiva 2004/18/CE](#), se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto.

In questi casi il giudice, vista la previsione del comma 2 dell'art. 121 decide, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, se disporre la privazione degli effetti retroattivamente o limitatamente alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo. Il bilanciamento è operato inoltre valutando la gravità della condotta della stazione appaltante.

Può allora sostenersi che la sospensione degli effetti non è soltanto una misura reintegratoria, ma sanzionatoria dal momento che prende in considerazione la gravità della condotta della stazione appaltante.

Cosa debba intendersi poi per gravità della condotta non è esplicitato: si potrebbe allora fare riferimento al grado della colpa, richiamando ancora una volta le valutazioni che la giurisprudenza pone in essere in relazione alla valutazione dell'elemento soggettivo della p.a.

Il giudice, nonostante le violazioni di cui al comma 1, può però disporre che il contratto non sia privato di effetti, quando ritiene che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che gli effetti del contratto siano mantenuti.

Tra le esigenze imperative rientrano, a titolo esemplificativo, le esigenze imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutorie attuale.

Gli interessi economici possono a tal fine essere presi in considerazione come esigenze imperative solo se in circostanze eccezionali la privazione di effetti conduce a conseguenze sproporzionate.

In buona sostanza la norma sembra ribadire i noti principi in tema di reintegrazione in forma specifica secondo cui questa deve misurarsi con il limite del pregiudizio per l'economia nazionale e con il limite dell'eccessiva onerosità per l'obbligato (v. [art. 2058 c.c.](#)).

Tuttavia, gli interessi economici legati direttamente al contratto in questione non devono costituire esigenze imperative legate ad un interesse generale. Gli interessi economici legati direttamente al contratto comprendono, tra l'altro, i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto, i costi derivanti dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, i costi derivanti dal cambio dell'operatore economico che esegue il contratto e i costi degli obblighi di legge risultanti dalla privazione di effetti. Ma, ovviamente, il problema della natura giuridica dell'inefficacia e del valore della pronuncia del giudice non è meramente qualificatorio e non impegna solo il dibattito teorico. Si tratta di stabilire, concretamente, quali siano le modalità processuali attraverso cui il giudice può pervenire alla dichiarazione di inefficacia del contratto. Si tratta, poi, di delineare le conseguenze della pronuncia di inefficacia, anche al di là dei limiti, inevitabilmente ristretti, in cui la sentenza potrà "rimodellare" l'assetto di interessi scaturito dal contratto dichiarato inefficace ⁽³¹⁾.

Ipotesi residuali di inefficacia del contratto

Venendo poi alle residue ipotesi va considerato quanto previsto dall'art.122 (rubricato "Inefficacia del contratto negli altri casi" riproduttivo dell' *art. 10 del D.Lgs. n. 53/2010*, che attuava il criterio di delega di cui alla lett. h) n. 3) e dunque l'art. 2- *sexies* delle due direttive, disciplinando i casi di violazioni meno gravi di quelle che determinano la necessaria privazione di effetti del contratto, in cui il giudice sceglie tra privazione di effetti del contratto e sanzioni alternative.

La norma prevede che fuori dei casi indicati nell'art. 121 comma 1 e nell'art. 123 comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta.

In buona sostanza si prende in considerazione l'ipotesi dei vizi meramente formali, quale l'ipotesi della violazione dello *standstill period* sostanziale di cui al comma 10 dell'art. 11, che però non si sia tradotta in una *deminutio* di garanzie per il ricorrente il quale abbia comunque avuto la possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto o l'ipotesi della violazione dello *standstill period* processuale che non abbia influito sulle opportunità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

In conclusione, come sostenuto in uno dei primi commenti ⁽³²⁾, nel caso delle violazioni "gravi", l'inefficacia "flessibile" potrebbe meglio definirsi "cedevole": di norma il contratto resta inefficace, ma è possibile salvarlo, in tutto o in parte. Nell'eventualità delle violazioni non grave, invece, l'inefficacia potrebbe qualificarsi facoltativa: non è conseguenza necessaria, ma nemmeno ordinaria dell'annullamento dell'aggiudicazione. In entrambi i casi, però, il dato caratterizzante è rappresentato dall'assenza di un vincolato rapporto di consequenzialità tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto.

Il rapporto tra gli artt. 121 e 122 è stato ricostruito in uno dei primi commenti, distinguendo le due ipotesi di inefficacia, disciplinate.

In particolare, nelle ipotesi di "gravi violazioni", di derivazione comunitaria, l'inefficacia sembra rappresentare una conseguenza necessaria, correlata anche alla ipotizzata natura sanzionatoria della pronuncia.

Quindi, il giudice, anche in assenza di domanda, sarebbe tenuto a dichiarare l'inefficacia del contratto, a meno che non accerti la sussistenza di esigenze imperative che impongano la conservazione del contratto.

Simmetricamente, in presenza di una domanda volta ad ottenere la pronuncia di inefficacia del contratto, il giudice, anche in assenza di difese o di eccezioni delle parti resistenti e contro interessate, potrebbe stabilire di mantenere in vita il contratto, valutando le diverse componenti della vicenda concreta, in funzione dell'apprezzamento di "esigenze imperative".

A maggiore ragione, in entrambi i casi, risulterebbe ampio il potere di ufficio del giudice di determinare la decorrenza (retroattiva o non) della inefficacia.

Non si possono non condividere le osservazioni di autorevole dottrina che ha fatto presente come dal momento che la giurisdizione amministrativa è giurisdizione di diritto soggettivo, finalizzata sempre a giudicare, e tutelare situazioni soggettive dei singoli, imperniata sul principio dispositivo, il decreto va interpretato nel senso che il giudice potrà anzitutto dichiarare l'inefficacia purché (e solo se) vi sia una domanda corrispondente proposta dal ricorrente.

Si è inoltre paventato il rischio che si faccia strada un'interpretazione che ammetta una rilevanza *ex officio* di tale inefficacia; ciò qualora si ritenga, per tale aspetto, di parificarla alla nullità ed alla regola di principio posta *all'art. 1421 c.c.*

Tuttavia, si è rimarcato, come già anticipato, che in ogni caso l'accertamento dell'inefficacia dovrebbe aversi solo se la domanda del ricorrente sarà rivolta ad un bene della vita (il subentro o la rinnovazione della gara ad esempio) che, a sua volta, presupponga l'eliminazione degli effetti del contratto già stipulato. Quando vi fosse viceversa un'aperta opzione per la tutela risarcitoria per equivalente ⁽³³⁾ la questione dell'inefficacia, quand'anche se ne ammettesse la rilevanza d'ufficio, sarebbe al di fuori dei confini della lite.

La conservazione del contratto dovrà considerarsi pur sempre un'eccezione: pertanto, il potere correttivo del giudice potrà esercitarsi solo in presenza di elementi davvero significativi.

Negli "altri casi", concernenti le "violazioni non gravi", secondo il diritto comunitario, il potere officioso del giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto non sembra trovare la stessa giustificazione sistematica.

L'inefficacia non costituisce sanzione (come è confermato dalla circostanza che non siano previste le sanzioni alternative, per il caso di conservazione del contratto). Ma l'inefficacia non è nemmeno una conseguenza automatica o naturale dell'annullamento dell'aggiudicazione ⁽³⁴⁾.

Il potere d'ufficio del giudice potrebbe fondarsi, allora, solo in base all'argomento che si tratta di una valutazione "di merito", incentrata sulla comparazione degli interessi in gioco, finalizzata anche alla realizzazione dell'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici.

L'ultima esigenza, tuttavia, potrebbe essere adeguatamente soddisfatta, mediante l'affermazione che, se non è domandata nel giudizio riguardante l'annullamento dell'aggiudicazione, l'inefficacia del contratto non è più pronunciabile, con il definitivo consolidamento dell'assetto negoziale. Per maggiore chiarezza, il giudice potrebbe dedicare in ogni caso un capo della decisione a tale aspetto, con una statuizione del seguente tenore: "trattandosi di violazione non grave, ai sensi dell'art. 122 del codice, e non essendo stata chiesta la dichiarazione di inefficacia, il contratto conserva i propri effetti" ⁽³⁵⁾. In mancanza di domanda, quindi, l'inefficacia non potrebbe essere dichiarata. Resta intatto, peraltro, il potere di interpretare il ricorso: al di là di ogni formalismo letterale, infatti, esso potrebbe contenere l'implicita richiesta di privare di effetti il contratto stipulato. La distinzione fra le due categorie di violazioni potrebbe essere rilevante anche in funzione della rilevanza della posizione del soggetto terzo aggiudicatario. Infatti, nel caso delle "gravi violazioni", la buona fede del terzo assume carattere decisamente recessivo.

Secondo questa dottrina, la buona fede (intesa in senso soggettivo) del terzo è difficilmente riscontrabile: ci si trova in presenza di affidamenti diretti, oppure di stipulazioni intervenute prima della scadenza dei prescritti termini dilatori e sospensivi; tutte circostanze agevolmente verificabili dal contraente privato.

Nel caso delle altre violazioni, invece, la posizione del terzo merita di essere considerata con la massima attenzione. La norma fa riferimento al "bilanciamento degli interessi". Si tratta di una formula molto ampia e flessibile, che impone di valutare l'eventuale buona fede dell'aggiudicatario, ma senza alcun rigido automatismo.

La buona fede naturalmente è inversamente proporzionale alla riconoscibilità/gravità del vizio che affligge l'aggiudicazione.

In conclusione, secondo questa opinione, l'inefficacia del contratto deriva - sempre - da una pronuncia costitutiva del giudice.

A) Il veicolo processuale necessario è rappresentato dal giudizio di impugnazione dell'aggiudicazione.

B) La domanda di inefficacia del contratto è proponibile solo dalla parte che impugna l'aggiudicazione.

C) Il giudice può dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto, nei soli casi di "gravi violazioni".

D) La buona fede del terzo aggiudicatario rileva solo nei casi di violazioni "non gravi", ma non preclude, automaticamente, la dichiarazione di inefficacia del contratto. Il legislatore non affronta il problema della sorte del contratto, nel caso in cui l'aggiudicazione sia stata annullata dalla stessa amministrazione.

L'eliminazione di provvedimenti contrastanti con il diritto comunitario costituisce un obbligo imperativo per tutte le amministrazioni. Ma non è chiaro come possa coordinarsi questo potere con la necessità - imposta dal diritto comunitario - di una pronuncia esplicita di accertamento della privazione di effetti del contratto ⁽³⁶⁾.

Una soluzione ragionevole potrebbe essere la previsione legislativa ed espressa di un generale potere di autotutela dell'amministrazione, riferito alle violazioni che possono condurre alla privazione di effetti del contratto, accompagnato, però, dalla esplicita indicazione di un parallelo potere di recesso unilaterale (eventualmente da esercitare, anche esso entro un preciso e breve termine decadenziale, decorrente dalla stipulazione del contratto), che produca le stesse conseguenze della pronuncia giurisdizionale di privazione di effetti del contratto.

Le sanzioni alternative

L'art. 123 riproduttivo dell' *art. 11 del D.Lgs. n. 53/2010* disciplina le sanzioni alternative. Nei casi di cui all'art. 245- *bis*, comma 4 (si allude ai casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata), il giudice amministrativo individua le seguenti sanzioni alternative da applicare alternativamente o cumulativamente:

a) la sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5% al 5% del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione, che è versata all'entrata del bilancio dello Stato - con imputazione al capitolo 2301, capo 8 "Multe, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria" - entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo. La sentenza che applica le sanzioni è comunicata, a cura della segreteria, al Ministero dell'economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione;

b) la riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del dieci per cento ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.

Quanto alla riduzione della durata del contratto la previsione intanto si potrebbe porre come una nuova ipotesi di modifica legale del contratto secondo il disposto *dell'art. 1372 c.c.* a norma del quale "il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge". La legge pertanto consentirebbe al giudice di ridurre in via sanzionatoria la durata del contratto o di porne nel nulla gli effetti con efficacia *ex tunc* o *ex nunc*.

Il giudice ne determina la misura in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione. In ogni caso l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione (*art. 11, comma 2, D.Lgs. n. 53/2010*).

Vengono fissati i principi in tema di sanzione (proporzionalità ed efficacia), ma non vengono richiamate le disposizioni della *L. n. 689/1981*.

Già nel corso dei lavori preparatori, infatti, si era escluso il ricorso al rinvio alle disposizioni della *L. n. 689/1981*, dal momento che queste disposizioni, infatti, non sarebbero state calzanti né sul piano dei principi regolatori (per la sanzione amministrativa occorre la colpa o il dolo, la sanzione prevista dalla direttiva comunitaria prescinde dall'elemento soggettivo della condotta), né sul piano del procedimento (le sanzioni amministrative sono impugnabili davanti al giudice ordinario).

Si tratterebbe, nella specie, non di sanzione "amministrativa", in senso proprio (irrogata dall'autorità amministrativa per violazione di norme di diritto pubblico), ma di una sanzione



"processuale" irrogata dall'autorità giudiziaria, per violazione di norme di diritto pubblico, violazione che ha avuto conseguenze sul piano della tutela processuale della controparte ⁽³⁷⁾ .

Il giudice applica le sanzioni di cui al comma 1 anche qualora il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto medesimo, ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento (art. 123, comma 3).

Si ricorda che si tratta di due sanzioni (sanzione pecuniaria e riduzione della durata del contratto), previste in alternativa alla totale inefficacia del contratto.

In coerenza con la delega il decreto delegato rimette al giudice la scelta tra inefficacia e sanzioni alternative.

Si potrebbe dubitare della coerenza con il nostro ordinamento della previsione di un potere d'ufficio del giudice di irrogare sanzioni alternative, in assenza di uno specifico contraddittorio, rispetto alle quali le parti potrebbero trovarsi nell'impossibilità di controdedurre (ad esempio, nell'ipotesi di sanzioni applicate con la decisione di appello) ⁽³⁸⁾ .

Tuttavia, si rileva che l'art. 2- *sexies*, comma 2, della direttiva richiamava le sanzioni alternative con specifico riferimento alle valutazioni dell'organo di ricorso e ciò rende la soluzione individuata dal legislatore delegato coerente con la direttiva, rispetto ad altre soluzioni in astratto ipotizzabili, quale, ad esempio, l'attribuzione della competenza ad irrogare le sanzioni all'Autorità di vigilanza a seguito della trasmissione delle sentenze da parte del giudice amministrativo.

Con riguardo alle sanzioni alternative va evidenziato un ulteriore aspetto di perplessità condiviso nel parere del Consiglio di Stato⁽³⁹⁾ : la mera violazione dei termini dilatori assume rilievo solo se accompagnata da altro vizio dell'aggiudicazione e tale soluzione non è in linea con la norma della direttiva, cui la disposizione pretende di dare attuazione secondo quanto riportato nella relazione (art. 2- *sexies*). Infatti va tenuto presente che l'art. 2- *sexies*, comma 1, della direttiva disciplina la sola violazione del termine dilatorio, anche in assenza di altri vizi e del concreto effetto della violazione sulle possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto. Infine, è stato eliminato dal testo finale del decreto delegato il riferimento alla cognizione del giudice amministrativo, in sede di ottemperanza, delle questioni relative alla mancata esecuzione, in tutto o in parte, del capo di sentenza che irroga le sanzioni, in quanto tale previsione avrebbe potuto essere intesa quale limitazione della tutela al solo giudizio di ottemperanza, con esclusione delle azioni esecutive disciplinate dal codice di procedura civile, esperibili anche per le sentenze del giudice amministrativo di condanna al pagamento di una somma di denaro.

Il sistema sanzionatorio è completato dalla previsione dell'art. 124 che riproducendo la disciplina dell' *art. 245- quinquies* del D.Lgs. n. 163 del 2006, l'articolo rubricato "Tutela in forma specifica e per equivalente" a norma del quale l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli artt. 245- *bis* e 245- *ter*. La mancata proposizione della domanda di cui al comma 1, ovvero il rifiuto di subentrare nel contratto, sono valutati dal giudice ai fini del risarcimento del danno per equivalente ex *art. 1227 c.c.* Tuttavia il giudice non dispone l'inefficacia del contratto allorquando "il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti" ⁽⁴⁰⁾ . Trattasi dell'innesto di un'azione di esatto adempimento, praticabile naturalmente solo nei casi di procedure vincolate (in via originaria o a seguito della pronuncia giurisdizionale), sottoposta opportunamente ad una pregiudiziale composta, data dall'annullamento dell'aggiudicazione definitiva e dalla pronuncia di inefficacia. La soluzione è coerente con l'attribuzione al g.a. esclusivo della cognizione del contratto: visto infatti, che, siamo di fronte ad un rapporto sostanziale unitariamente ed inscindibilmente dato dal provvedimento pubblicistico di aggiudicazione e dal contratto privatistico di appalto, logico e necessario che una pronuncia attributiva del bene della vita anelato tolga di mezzo, insieme, entrambi gli ostacoli che si frappongono al conseguimento del risultato finale.

Le stesse ragioni inducono ad estendere la doppia pregiudiziale al caso in cui il soggetto chieda l'annullamento dell'aggiudicazione al fine di conseguire ⁽⁴¹⁾ .

Pertanto nel caso in cui, invece, benché gli interessi in discussione siano solo economici, si conserva il contratto perché le conseguenze dell'inefficacia sarebbero altrimenti eccessive e sproporzionate: la disposizione sembra ispirarsi (*mutatis mutandis*) al principio desumibile dall'art. 2058 c.c., il quale paralizza al creditore la strada per il risarcimento in forma specifica se essa risulti "eccessivamente onerosa". Nell'ipotesi degli interessi solo economici infatti non siamo più sul piano degli interessi pubblici che si impongono in via assoluta come nel caso testé menzionato, ma pur sempre nella logica del confronto tra posizioni e pretese paritarie.

L'art. 2058 c.c. presuppone un rapporto giuridico di parti ed una tecnica di bilanciamento dei loro interessi che evoca il principio generale del "minimo mezzo", senza che si abbia l'ingresso di interessi pubblici superiori ⁽⁴²⁾.

Questa eccezione (quella legata agli interessi economici) all'inefficacia del contratto non può mai sostanzarsi in una *deminutio* di tutela della situazione soggettiva del ricorrente, in nome di una proporzionalità che magari faccia surrettiziamente riaffiorare o l'interesse pubblico personale della stazione appaltante ovvero un interesse generale di portata inferiore alla soglia di legittimazione che abbiamo tentato di ancorare all'art. 2933. Dovrà trattarsi, come specificato in dottrina, di interessi economici che nella loro oggettività diano luogo ad una eccezionale sproporzione tra le rispettive posizioni patrimoniali. In definitiva, anche di tale deroga al regime di inefficacia andrà fatta un'applicazione molto cauta e limitata a quelle circostanze, appunto "eccezionali", di cui parla la norma, le quali ricorreranno solo quando la sproporzione a danno della stazione appaltante sia tale da alterare il ragionevole equilibrio contrattuale sostitutivo e "nuovo" e sostanzialmente da svalutare anche lo stesso interesse a ricorrere dell'attore. Il caso dell'insostituibilità del primo contraente per ragioni "imprescindibili di carattere tecnico od altro", infine, più che rispondere ad una vera e propria esigenza imperativa, pare classificabile, secondo questa dottrina ⁽⁴³⁾, come un'applicazione del principio che esige l'interesse a ricorrere quale condizione dell'azione: se il contraente è ormai tecnicamente insostituibile, non vi sarà alcun interesse del ricorrente al subentro e quindi nessun interesse alla dichiarazione di inefficacia del contratto. In quest'ultima previsione, poi, sembra anche trovar spazio la medesima logica che presiede all'art. 2058 c.c., dato che lo spingersi di un rapporto contrattuale sino ad un punto che rende il contraente insostituibile equivale ad integrare una ragione che impone il risarcimento per equivalente in luogo di quello in forma specifica.

Dunque, si mantiene ancora qualche elemento dell'originaria impostazione incentrata sul necessario collegamento tra le varie domande (annullamento dell'aggiudicazione, inefficacia del contratto, risarcimento), solo in parte attenuata. Sullo sfondo si agita, poi, il complesso tema della pregiudiziale di annullamento, particolarmente rilevante nel contenzioso in materia di appalti.

⁽¹⁾ La distinzione tra sopra e sotto soglia comunitaria tende ormai a sfumare nella legislazione vigente se si pensa alla scelta operata dall'art. 244 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che ha esteso la tutela cautelare *ante causam* anche al contenzioso per appalti sottosoglia nonostante le previsioni comunitarie non imponessero tale scelta. Cfr. Lipari, *op. cit.* "stando alla lettera della delega, l'esigenza di omogeneizzazione è riferita, testualmente, solo al regime processuale, autorizzando il legislatore delegato a disciplinare in modo differenziato, sotto l'aspetto sostanziale, i contratti non aventi rilevanza comunitaria. Tuttavia, risulta evidente che anche le nuove norme "sostanziali" hanno una loro giustificazione solo nella proiezione verso la tutela. Ne deriva l'opportunità di mantenere l'omogeneità delle regole, anche non strettamente processuali, per tutti i contratti. Va ricordato, infine, che, pur così estesa, la legge riguarda solo i contratti di lavori, servizi e forniture. Non sembra che, quindi, la disciplina possa essere estesa - automaticamente - agli altri contratti pubblici. Ci può aspettare, tuttavia, che alcuni spunti della nuova normativa saranno intesi dalla giurisprudenza come espressione di principi generali delle procedure contrattuali di evidenza pubblica. Coerentemente, quindi, il decreto n. 53/2010 detta una disciplina unitaria, insensibile alla rilevanza comunitaria dei contratti considerati".

⁽²⁾ Sul tema della ragionevole durata del processo amministrativo si fa rinvio all'A.S. n. 1880 in discussione al Senato nonché a quanto previsto dall'art. 44 della L. n. 69/2009 - conferita al Governo la delega per il riassetto della disciplina del processo amministrativo. Il Governo è infatti delegato ad adottare, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo amministrativo

attenendosi ai principi di snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo.

⁽³⁾ M. Lipari, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora*, in www.giustamm.it.

⁽⁴⁾ M. Lipari, *op. cit.*

⁽⁵⁾ M. Lipari, *op. cit.*

⁽⁶⁾ Sulla disciplina del D.Lgs n. 53/2010 si rinvia a S. Ruscica, *Il nuovo processo degli appalti pubblici*, Roma, 2010.

⁽⁷⁾ Sul tema si rinvia a Ruscica, *op. cit.*, I Capitolo I, par. 2.

⁽⁸⁾ Lipari, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in www.giustamm.it.

⁽⁹⁾ Cintioli, *op. cit.*

⁽¹⁰⁾ Il rimedio del ricorso straordinario al Capo dello Stato di recente è stato interessato da alcune innovazioni. L'art. 69 della L. n. 69 del 2009 ha previsto, per quanto attiene al ricorso straordinario al Capo dello Stato, alcune modificazioni, soppressioni ed abrogazioni che risolvono definitivamente la questione della natura giuridica dell'istituto nel senso della natura giurisdizionale del medesimo. Detto articolo, rubricato ("Rimedi giustiziali contro la Pubblica Amministrazione"), stabilisce che: "All'articolo 13, primo comma, alinea, del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, dopo il secondo periodo è inserito il seguente: "Se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata, sospende l'espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, ordina alla segreteria l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 23 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87, nonché la notifica del provvedimento ai soggetti ivi indicati"; all'articolo 14 del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo comma: 1) al primo periodo sono aggiunte, infine, le seguenti parole: "conforme al parere del Consiglio di Stato"; 2) il secondo periodo è soppresso; b) il secondo comma è abrogato" ha infatti previsto la possibilità di sollevare incidente di costituzionalità, da parte del Consiglio di Stato in sede di parere sul ricorso straordinario ed ha trasformato il parere del Consiglio di Stato da parzialmente vincolante ad assolutamente vincolante: quasi una sorta di progressiva giurisdizionalizzazione del rimedio, per approfondimenti si rinvia a F. Caringella, *Manuale del processo amministrativo*, 2009 Dike, Roma, 971 ss.; Carbone, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in www.giustamm.it.

⁽¹¹⁾ Cons. Stato, sez. II, 16 novembre 2009, n. 1218, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 11, 2652, secondo cui la pretesa relativa al risarcimento dei danni risulta estranea all'ambito di cognizione ammesso in materia di ricorso straordinario, mirando il rimedio soltanto all'annullamento dell'atto amministrativo ritenuto illegittimo. C. G. A. Sicilia, sez. riun., 19 febbraio 2008, n. 409, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 11, 3147, secondo cui è ammissibile l'istanza risarcitoria, proposta in sede di ricorso straordinario, atteso che tale rimedio, fungibile ed alternativo al ricorso giurisdizionale, è preordinato ad assicurare la tutela contenziosa in coerenza alla natura delle posizioni giuridiche soggettive dedotte, ed anche tenuto conto che ragioni di economicità, speditezza e concentrazione della tutela invocata inducono ad espungere dal nostro ordinamento la cd. tutela del doppio binario.

⁽¹²⁾ L'art. 2- septies della direttiva a sua volta prevede che "gli Stati membri possono stabilire che la proposizione di un ricorso a norma dell'art. 2- quinquies, paragrafo 1, debba avvenire [...] in ogni caso prima dello scadere di un periodo di almeno sei mesi a decorrere dal giorno successivo alla data di stipula del contratto".

⁽¹³⁾ Il Consiglio di Stato sul punto aveva ritenuto che non fosse necessario introdurre una deroga al regime ordinario della notificazione degli atti processuali quando la stazione appaltante fruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, onerando la parte anche della notificazione del ricorso presso la sede reale della stazione appaltante, in quanto se un soggetto è rappresentato dall'Avvocatura dello Stato, spetterà a quest'ultima comunicare prontamente la ricezione di atti che incidono sull'esercizio dell'attività amministrativa (in alternativa, si potrà prevedere che il ricorrente comunichi anche in via informale alla stazione appaltante l'avvenuta notificazione del ricorso presso l'Avvocatura dello Stato).

⁽¹⁴⁾ Lipari, *op. cit.*

⁽¹⁵⁾ La formulazione originaria dello schema di decreto prevedeva: "il ricorso principale, quello incidentale e i motivi aggiunti devono recare i motivi di ricorso con titolo e numerazione progressiva e indicano, alla fine, la graduazione dei motivi e le conclusioni. Le memorie possono solo illustrare, con argomenti ulteriori, le conclusioni già prese, senza ripetere il contenuto di atti già depositati".

⁽¹⁶⁾ In proposito si rinvia a P. Quinto *Il nuovo processo amministrativo: la doppia delega, i due articoli 44 e l'elogio della brevità*, in www.giustamm.it che a commento della previsione contenuta nella legge di delega ed oggi riprodotta dal legislatore delegato, citava il pensiero del politico ed autore americano Bruce Barton (1886-1967), riportato da Mons. Ravasi nelle "Parole ed i giorni" che riguarda la dote preziosa della brevità: "Il Padre nostro, il Salmo 22, il discorso di Lincoln a Gettysburg sono tre grandi perle letterarie che dureranno in eterno. Ebbene, nessuno dei tre arriva alle trecento parole. Con simili esempi di quanto sia importante la brevità, è incredibile che gli oratori e gli scrittori non imparino a essere brevi".

⁽¹⁷⁾ La originaria versione della norma come prevista nella bozza di decreto (atto del Governo n. 167) disciplinava la portata del provvedimento cautelare, ai fini della sospensione della stipulazione del contratto, e valorizzava, come misura cautelare, la cauzione, già prevista dall'art. 21, L. TAR, ma scarsamente utilizzata dalla pratica, in difetto di puntuali indicazioni normative in ordine alla sua funzione e al suo utilizzo in esito al giudizio. Si era previsto che: "se il ricorso è proposto al giudice competente con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della ricezione della notificazione del ricorso da parte della stazione appaltante e per almeno venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare collegiale di primo grado, ovvero fino alla pronuncia di detto provvedimento se successiva, ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare dopo la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, o l'inutile decorso del termine di impugnazione del provvedimento cautelare di primo grado, o, in difetto, dopo la pubblicazione del provvedimento cautelare reso in appello, il contratto può essere stipulato se detti provvedimenti giurisdizionali respingono il ricorso ovvero la domanda cautelare proposti avverso l'aggiudicazione definitiva. Il provvedimento cautelare, se respinge la domanda sulla base di considerazioni limitate al pericolo di pregiudizio per l'interesse pubblico può imporre alla stazione appaltante il versamento di adeguata cauzione, che in esito al giudizio può essere devoluta, in tutto o in parte, al ricorrente a titolo di risarcimento del danno".

⁽¹⁸⁾ Lipari, *op. cit.*

⁽¹⁹⁾ In proposito si è sostenuto che oggi i cantieri per la costruzione di un'opera pubblica riescono ad avviare i lavori mediamente dopo 75 gg. dall'aggiudicazione, cfr. Zamberletti, *Relazione al Convegno a che punto È il recepimento della Direttiva Ricorsi?*

⁽²⁰⁾ Si ricordi che in sede di recepimento della direttiva ricorsi la Francia ha stabilito con il nuovo art. 19 dell' *ordonnance* che le misure di cui agli artt. da 15 a 18 (che prevedono la nullità del contratto, la riduzione di efficacia o la sanzione pecuniaria progressiva secondo il sistema delle *astreintes*) possono essere pronunciate d'ufficio dal giudice. Questi ne informa anzitutto le parti e le invita a presentare le loro osservazioni alle condizioni fissate per via regolamentare.

⁽²¹⁾ Lipari, *op. cit.*

⁽²²⁾ Inoltre, i testi della direttiva tradotti in altre lingue fanno riferimento all'inefficacia: nella versione spagnola si utilizzano le parole " *declare la ineficacia*"; in quella inglese " *is considered ineffective*"; in quella francese, invece, si dice " *d'Éclaire d'Épourvu d'effets*". Nella versione francese si parla però anche di " *absence d'effets*", in quella spagnola, nel considerando, " *falta de efectos*" e anche nella direttiva tradotta in italiano - al considerando 13 - si fa riferimento all'accertamento da parte del giudice della carenza di effetti.

⁽²³⁾ Tuttavia in sede di recepimento della direttiva con l' *Ordonnance* n. 2009-515 del 7 maggio 2009 (JORF n. 0107 dell'8 maggio 2009, 7796), la Francia ha optato per la sanzione della nullità: precisamente la traduzione italiana dell' *ordonnance* recita all'articolo 16: È nullo qualunque contratto concluso quando alcuna delle misure di pubblicità richieste per la sua stipula non è stata rispettata, o quando è stata omessa una pubblicazione sul Bollettino ufficiale dell'Unione europea qualora tale pubblicazione sia prescritta. È parimenti nullo il contratto concluso in disconoscimento delle modalità di messa in concorrenza previste per la stipula dei contratti fondati su un accordo-quadro o un sistema di acquisizione dinamica. Il giudice pronuncia



ugualmente la nullità del contratto quando questo è stato sottoscritto prima della scadenza del termine previsto dopo l'invio della decisione di attribuzione agli operatori economici che abbiano presentato una candidatura o un'offerta o durante la sospensione di cui all'articolo 4 o all'articolo 8 se, inoltre, due condizioni si verificano: il disconoscimento di tali obbligazioni ha privato il ricorrente del diritto di esercitare il ricorso di cui agli articoli 2 e 5, e le obbligazioni di pubblicità e di messa in concorrenza alle quali la sua stipula è sottoposta sono state misconosciute in un modo da ledere le possibilità dell'autore del ricorso di ottenere il contratto.

⁽²⁴⁾ Torna in mente, come ricorda Cintioli (*op. cit.*) una vicenda di qualche anno fa, che molti ricorderanno, e che ha provocato tanti dubbi e grattacapi interpretativi a causa di una traduzione poco acuta (e di un recepimento troppo acritico) di una direttiva per la tutela del consumatore nei rapporti contrattuali, la quale ci mise davanti alla stranissima espressione "malgrado la buona fede" nell'allora art. 1469 -bis c.c.

⁽²⁵⁾ Lipari, *op. cit.*

⁽²⁶⁾ L'espressione è di Lipari, *op. cit.*

⁽²⁷⁾ Lipari, *op. cit.*

⁽²⁸⁾ Cintioli, *In difesa del processo di parti*, (in *Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici*) in www.giustamm.it.

⁽²⁹⁾ Il superamento della storia infinita sviluppatasi sulla questione della cd. pregiudiziale amministrativa, su cui si erano registrate divergenti prese di posizione da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (da ultimo Sez. Un., n. 30254/2008) e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 12/2007, nonché sez. VI, decisione n. 2436/2009 di rimessione alla Plenaria della questione *de qua*). Ebbene, il codice sembra aver individuato una linea di equilibrato temperamento tra le due opposte visioni: si ammette l'azione risarcitoria pura, cioè sganciata dall'impugnazione del provvedimento lesivo, ma la si assoggetta ad un breve termine di decadenza (sei mesi), per non lasciare troppo a lungo l'Amministrazione in uno stato di incertezza.

⁽³⁰⁾ Lipari, *op. cit.*

⁽³¹⁾ Sul tema si segnalano tra le prime pronunce giurisprudenziali T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 10 giugno 2010, n.1107; T.A.R. Veneto, sez. I, 7 maggio 2010, n. 1838, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, 2010, Roma, a cura di Caringella, Protto, *sub* art. 122.

⁽³²⁾ Lipari, *op. cit.*

⁽³³⁾ Sul *quantum* della responsabilità risarcitoria della stazione appaltante si rinvia alla trattazione dell'apposito paragrafo.

⁽³⁴⁾ Lipari, *op. cit.*

⁽³⁵⁾ Lipari, *op. cit.*

⁽³⁶⁾ Lipari, *op. cit.*

⁽³⁷⁾ Per questo si ritiene che i mezzi di impugnazione di tali sanzioni non sono quelli di cui alla [L. n. 689/1981](#), ma quelli propri della sentenza che le irroga.

⁽³⁸⁾ Lipari, *op. cit.*

⁽³⁹⁾ L'art. 245-ter, comma 9, introdotto dall'art. 10 dello schema di decreto, disciplinava l'ipotesi della violazione dei termini dilatori che non abbia inciso sulla possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso e sulle opportunità di ottenere l'affidamento, prevedendo anche in questo caso la scelta da parte del giudice tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza e sanzioni alternative ed aggiungendo "sempre che l'aggiudicazione sia illegittima per vizi propri".

⁽⁴⁰⁾ Cintioli, *op. cit.*, afferma: "L'interesse generale che regge le esigenze imperative, poi, è da intendersi come interesse, cruciale e concreto, riferibile alla collettività ed all'interesse pubblico nella versione desoggettivizzata e pertanto solo rimesso alle cure dell'amministrazione (e non impersonato *tout court* da questa). Non può intendersi come mero interesse "economico-patrimoniale" della stazione appaltante, così come lascia intendere anche il tenore della disposizione rivista dal Consiglio di Stato a proposito dell'irrelevanza degli "interessi economici". L'imperatività delle ragioni di deroga deve, perciò, essere davvero rilevante ed assimilabile alla portata di quegli interessi superiori che, ai sensi [dell'art. 2933, comma 2, c.c.](#), si collegano alle esigenze della "economia nazionale". Non potrebbe, quindi, un interesse di portata più modesta, per dislocazione territoriale e pregnanza degli interessi in gioco, annoverarsi tra le predette esigenze imperative".

⁽⁴¹⁾ Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, 1427.

⁽⁴²⁾ Cintioli, *op. cit.*

⁽⁴³⁾ Cintioli, *op. cit.*

IL REGIME PROBATORIO NEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

Manfredi Giuseppe

[T.A.R. Campania Napoli Sez. VIII, 01 dicembre 2010, n. 26440](#)

[D.Lgs. 02-07-2010, n. 104, art. 64](#)

[L. 07-08-1990, n. 241](#)

Sommario: [Una prima lettura degli assetti dell'istruttoria nel codice del processo amministrativo - Gli assetti originari dell'istruttoria nel processo amministrativo - La riscrittura dei principi sull'istruttoria dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, e l'affermazione del principio dispositivo con metodo acquisitivo - La legge 241/1990 e la persistente asimmetria informativa tra cittadino e amministrazione - Gli artt. 63 e 64 c.p.a.: un rischio di eterogenesi dei fini della civilizzazione del processo amministrativo?](#)

Una prima lettura degli assetti dell'istruttoria nel codice del processo amministrativo

La sentenza in commento probabilmente è la prima pronunzia di un Giudice amministrativo a occuparsi dei principi in tema di istruttoria dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

Essa decide una controversia di tipo abbastanza consueto, in cui un'impresa che ha partecipato a una gara per l'affidamento di un contratto impugna l'aggiudicazione a un'altra impresa, e, per quanto interessa ai nostri fini, chiede l'acquisizione degli atti di gara.

Questa richiesta viene però respinta, perché l'ottava Sezione del TAR Campania interpreta l'art. 64 del codice del processo amministrativo nel senso che ormai risulterebbe inapplicabile "il temperamento del principio dispositivo (proprio del giudizio civile) con quello acquisitivo (peculiare del processo amministrativo)", ossia la formula del principio dispositivo con metodo acquisitivo, che sinora costituiva principio generale dell'istruttoria nel processo amministrativo.

Il Giudice soggiunge pure che tale principio "andava già rimeditato alla stregua della diversa posizione assegnata alla pubblica amministrazione dalla normativa di cui alla [L. n. 241/1990](#) (cui va aggiunto almeno il [D.Lgs. n. 165/2001](#) ed il TUEL)"; e che la previsione di cui all'art. 64 del codice "si salda ... con quella di cui all'art. 116 dello stesso c.p.a. ... cui va aggiunta la novella semplificativa in tema di accesso agli atti di gara di cui alla direttiva ricorsi recepita nel [D.Lgs. n. 53/2010](#) (art. 2 di modifica dell'art. [79 D.Lgs. n. 163/2006](#))".

Sicché, ad avviso del TAR campano, "il tema probatorio nel giudizio amministrativo è ora essenzialmente assegnato alle parti, sicché il giudice non deve supplire con propri poteri istruttori ad incombenti cui la parte può diligentemente provvedere anche apprestando tutti i rimedi ordinamentali ... l'istruttoria ufficiosa subentra dunque quando il giudicante ritenga di dover attivare i suoi poteri d'ufficio al (superiore) fine di decidere, solo dopo però (ripetesi) che le parti abbiano delineato (*recte*: provato) il tema del contendere".

In sostanza, la sentenza in commento postula che riguardo all'istruttoria il codice abbia chiarito ed esplicitato quanto si poteva ricavare già dalle norme sulla trasparenza amministrativa ex [legge n. 241/1990](#) (oltre che da quelle del T.U. del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione e da quelle del T.U. degli enti locali), ossia che nel processo amministrativo l'onere della prova si attegga in modo identico a come si attegga nel processo civile.

Ora, la posizione del TAR campano non appare convincente ⁽⁴⁾.

Per valutarne la correttezza è però opportuno esaminare non solo le disposizioni vigenti, ma anche i tratti essenziali degli assetti pregressi dell'istruttoria, e, soprattutto, le ragioni per cui essi si erano affermati.

E non solo perché con ogni probabilità qualsiasi novità normativa può essere letta adeguatamente solo alla luce degli assetti precedenti: ma anche perché la sentenza in commento si basa sull'assunto che il superamento del principio dispositivo con metodo acquisitivo si sarebbe verificato già prima dell'entrata in vigore del codice.

Gli assetti originari dell'istruttoria nel processo amministrativo

È ampiamente noto che nel processo amministrativo l'istruttoria originariamente aveva un ruolo decisamente defilato e marginale.

Ciò avveniva per varie ragioni concorrenti: e, in primo luogo, perché negli anni immediatamente seguenti all'emanazione della L. n. 5992/1889, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, per lungo tempo il processo amministrativo ebbe grandi difficoltà ad affrancarsi dai ricorsi amministrativi, dato che un'ampia corrente di pensiero dubitava persino della sua natura autenticamente giurisdizionale ⁽²⁾.

In secondo luogo, perché, anche quando ne venne riconosciuta senza riserve la natura giurisdizionale, il processo amministrativo restava comunque incentrato sull'atto, sicché la sua struttura, impugnatoria e cassatoria, faceva sì che il Giudice amministrativo si occupasse dei fatti di causa solo per quanto erano stati rappresentati dalla pubblica amministrazione nell'atto che era oggetto del giudizio.

In sostanza, "il Consiglio di Stato doveva essere tendenzialmente il giudice del fatto così come rappresentato dall'amministrazione", perché "il fatto era quello stabilito in sede amministrativa: solo in presenza di certi presupposti la IV Sezione era abilitata a controllare la verità del fatto affermato nel ricorso ... ma con il limite di doversi sempre rivolgere alla stessa amministrazione per ottenere una nuova rappresentazione di tale fatto" ⁽³⁾.

Pertanto è noto che (anche) per quest'aspetto gli schemi tipici del processo di legittimità finirono per imporsi pure nelle materie affidate alla giurisdizione di merito, e in quelle stesse devolute alla giurisdizione esclusiva, nonostante i ben più ampi poteri istruttori previsti nell'uno e nell'altro ambito: in altri termini, il giudice amministrativo prese per lo più a comportarsi come giudice di legittimità anche dove avrebbe potuto impiegare poteri istruttori identici, o comunque analoghi a quelli del giudice civile ⁽⁴⁾.

A ciò si aggiunga che gli assetti originari dell'istruttoria si caratterizzavano pure per il riconoscimento di un ruolo nodale al giudice, che faceva sì che il processo amministrativo tendesse a configurarsi secondo un modello di tipo inquisitorio.

Ad esempio, nel *Corso di diritto amministrativo* di Zanobini, che per vari decenni del novecento fu il manuale di diritto amministrativo in assoluto più diffuso, si leggeva che, all'opposto del giudice civile, "il giudice amministrativo ... data la prevalenza del pubblico interesse nel relativo giudizio, è investito di funzioni inquirenti, ossia di ampia facoltà d'indagine e di larghi poteri discrezionali per la scelta dei mezzi di prova, per le modalità della loro esecuzione, in modo da assicurare la massima possibile chiarezza e certezza intorno alla realtà dei fatti, sui quali il giudizio si fonda" ⁽⁵⁾.

Il che risultava in definitiva coerente con l'antica concezione del ricorso al Consiglio di Stato come processo di diritto obiettivo, principalmente inteso a tutelare la legalità dell'azione amministrativa, e gli interessi dei ricorrenti solo secondariamente, o, se si preferisce usare una nota definizione, solo occasionalmente ⁽⁶⁾.

Certo, sin dai primi decenni del novecento rispetto a questa impostazione non mancavano voci dissonanti ⁽⁷⁾: ma essa continuò comunque per lungo tempo a esercitare un profondo influsso sulla giurisprudenza (e per certi versi continua a esercitarlo tuttora, dato che periodicamente emergono orientamenti giurisprudenziali che sono evidentemente determinati da un qualche tipo di preoccupazione per l'interesse pubblico) ⁽⁸⁾.

La riscrittura dei principi sull'istruttoria dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, e l'affermazione del principio dispositivo con metodo acquisitivo

Questi assetti hanno però iniziato a evolversi dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

Probabilmente l'assimilazione tra diritti soggettivi e interessi legittimi ai fini della tutela giurisdizionale che è postulata dagli [artt. 24 e 113 Cost.](#) non poteva che condurre (anche) a una rivisitazione dei principi sull'istruttoria nel processo amministrativo, al fine di apprestare anche per questo aspetto garanzie paragonabili a quelle fornite dal processo civile ⁽⁹⁾.

Abbastanza peculiare è invece il modo in cui ciò è avvenuto.

Infatti l'attore principale dei processi evolutivi in tema di istruttoria non è stato né il legislatore, né la Corte costituzionale (nel complesso gli interventi dell'uno e dell'altra non sono stati particolarmente incisivi), quanto piuttosto la dottrina.

La quale vi ha proceduto a legislazione invariata: in altri termini, vi ha proceduto leggendo (o, meglio, rileggendo) le scarse disposizioni legislative in tema di istruttoria del TUCS in un senso diametralmente opposto rispetto al passato.

Ciò è avvenuto essenzialmente tramite l'opera di Benvenuti, che negli anni cinquanta del novecento, ne *L'istruzione nel processo amministrativo* ⁽¹⁰⁾, ha proposto quella formula del principio dispositivo con metodo acquisitivo che la sentenza in commento sembra voler abbandonare.

In quest'opera l'Autore ricostruisce l'istruttoria nel processo amministrativo secondo categorie squisitamente processualistiche, e perviene ad affermare che in realtà essa è retta da principi analoghi a quelli dell'istruttoria nel processo civile.

In estrema sintesi, l'A. sostiene che anche il processo amministrativo è retto dal principio dispositivo, al pari del processo civile, dato che pure nel primo possono fare ingresso i soli fatti allegati dal ricorrente.

Solo che nel processo amministrativo si riscontra una sensibile "attenuazione del rigore dell'onere della prova" ⁽¹¹⁾, dato che sul ricorrente viene a gravare solo l'onere cd. del principio di prova, ossia un onere per il cui assolvimento in definitiva si ritiene sufficiente "anche ... una mera allegazione dei fatti" ⁽¹²⁾.

Il che trova una giustificazione nella diseguaglianza sostanziale che corre tra le parti di questo processo in ordine alla disponibilità delle prove: "proprio sul terreno materiale le parti si trovano in una posizione di non equivalenza tale che all'una di esse, e precisamente, al privato, è sommamente difficile, per non dire che in talune ipotesi è perfino impossibile, procurarsi la disponibilità del materiale di fatto necessario al processo" ⁽¹³⁾.

Oggetto del giudizio (come s'è detto, impugnatorio e cassatorio) era infatti il provvedimento amministrativo (come per lo più è tuttora), formato unilateralmente dalla pubblica amministrazione attraverso procedure che - sino all'emanazione della [L. n. 241 del 1990](#) - in genere erano impermeabili alla partecipazione dei privati, e i cui atti erano per lo più inaccessibili, dato che vigeva la regola generale del segreto d'ufficio ⁽¹⁴⁾.

Per bilanciare questa situazione che, prendendo a prestito un'espressione all'analisi economica del diritto, potremmo definire di gravissima asimmetria informativa ⁽¹⁵⁾, si riteneva dunque sufficiente l'allegazione dei fatti da parte del ricorrente per attivare i poteri officiosi attribuiti al giudice in ordine ai mezzi istruttori ex art. 44 del TUCS.

Certo, anche in quest'ottica l'officiosità di tali poteri poteva costituire un rischio per l'autonomia processuale delle parti: ma si riteneva che per ovviare a tale rischio fosse sufficiente circoscrivere i poteri in discorso ai soli fatti (sia principali, sia secondari) allegati dalle parti ⁽¹⁶⁾.

La legge 241/1990 e la persistente asimmetria informativa tra cittadino e amministrazione

È quasi inutile ricordare che dopo la pubblicazione de *L'istruzione nel processo amministrativo* il principio dispositivo con metodo acquisitivo è stato sostanzialmente recepito sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza assolutamente prevalenti, e, in sostanza, è divenuto il vero e proprio paradigma dell'istruttoria.

Ovviamente anche durante gli scorsi anni, da ben prima dell'entrata in vigore del codice del processo, non sono mancati orientamenti più o meno dissonanti.

Per quanto qui interessa, va segnalata la dottrina che negli anni novanta dello scorso secolo ha sostenuto che, per effetto delle norme sull'accesso ai documenti amministrativi di cui agli [artt. 22 ss. della L. n. 241/1990](#), sarebbe venuta meno quella impossibilità - o somma difficoltà - per il privato di "procurarsi la disponibilità del materiale di fatto" che aveva ispirato la ricostruzione di Benvenuti, sicché anche nel processo amministrativo dovrebbe trovare applicazione l'onere della prova senza deroghe o attenuazioni di sorta, secondo gli schemi tipici del processo civile ⁽¹⁷⁾.

Ora, questa tesi aveva sì avuto alcuni riscontri in giurisprudenza, ma sinora non era riuscita a sovvertire la regola generale del metodo acquisitivo ⁽¹⁸⁾.

Le critiche che a questa opinione sono state mosse in dottrina appaiono infatti convincenti ⁽¹⁹⁾, perché essa si presta ad almeno due ordini di obiezioni difficilmente superabili.

In primo luogo, per una ragione sistematica, perché essa postula che un diritto quale quello di accesso si trasformi, se non in un obbligo, almeno in un onere.

Il che, in assenza di una qualche precisa previsione legislativa in tal senso, non pare ammissibile, dato che per principio generale i diritti hanno anche una dimensione negativa, laddove implicano che sia tutelata pure la scelta di non esercitarli ⁽²⁰⁾.

Come ad esempio accade per il diritto di azione ex [art. 24 Cost.](#), la cui dimensione negativa ha come corollario pure il diritto di non agire avanti alla giustizia statale (e, quindi, pure la libertà di risolvere le controversie tramite transazioni o tramite il ricorso ad arbitri) ⁽²¹⁾.

In secondo luogo, perché comunque - come peraltro ha ricordato per prima la dottrina che ha proposto di superare il metodo acquisitivo ⁽²²⁾ - la più parte dei ricorsi avanti il g.a. dev'essere esperita entro il termine di decadenza di sessanta giorni.

Non si può dunque ragionevolmente pretendere che entro questo breve termine (ogni pratico del diritto sa bene che esso in concreto spesso è appena sufficiente per predisporre un gravame) chi intende impugnare un provvedimento, oltre a dover redigere il ricorso, debba anche doversi munire di tutte le prove.

Sia perché l'amministrazione ha trenta giorni di tempo per evadere la richiesta di accesso; sia perché non è neppure scontato che la richiesta sia riscontrata entro questo termine, e che venga riscontrata positivamente: e nei confronti dei dinieghi o dei silenzi in tema di accesso quello ex [art. 25 della legge n. 241](#) è sì un rito accelerato, ma, ciò nonostante, non può certo concludersi in tempo utile per fornire il materiale probatorio necessario per un ricorso.

Non pare dunque casuale che sempre la stessa dottrina che ha proposto il superamento del metodo acquisitivo abbia auspicato pure che si affermi la regola per cui il termine per ricorrere decorre solo dalla conoscenza sia del provvedimento da impugnare, sia di tutti gli atti "che ad esso si riferiscono" ⁽²³⁾.

In definitiva le norme in tema di accesso ai documenti hanno alleviato l'asimmetria informativa tra cittadino e pubblica amministrazione, ma non l'hanno cancellata del tutto.

Non caso la vigenza di un onere della prova non attenuato sinora in giurisprudenza è stata affermata solo in ordine a controversie afferenti alla giurisdizione esclusiva, che possono essere proposte entro l'ordinario termine di prescrizione, anziché entro il termine sessagesimale di decadenza ⁽²⁴⁾.

Oppure in relazione a fatti che sono nella disponibilità del ricorrente a prescindere da un qualche esercizio del diritto d'accesso ex [lege n. 241](#): ad esempio, in ordine alla legittimazione a ricorrere ⁽²⁵⁾, oppure sui danni di cui si chiede il risarcimento ⁽²⁶⁾.

Quanto al T.U. degli enti locali e al T.U. del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione - che nella sentenza in commento vengono richiamati in una con la [legge n. 241](#) -, è vero che l'art.10 del [D.Lgs. n. 267](#) prevede il diritto di accesso ai documenti del Comune e della Provincia, e che l' [art. 11 del D.Lgs. n. 165](#) enuncia tra i compiti degli uffici relazioni con il pubblico anche quello della "informazione all'utenza relativa agli atti e allo stato dei procedimenti".

Ma è altrettanto vero che pure tali previsioni non sembrano avere inciso significativamente sull'asimmetria in parola.

A questa stregua, l'affermazione di una qualche uguaglianza *formale* tra cittadino e amministrazione in ordine al materiale probatorio servirebbe dunque solo a celare, e, al contempo (e soprattutto) ad aggravare, la persistente disuguaglianza *sostanziale*.

In sostanza, ci si troverebbe di fronte a quel tipo di uguaglianza à la Fattoria degli animali di Orwell contro cui durante lo scorso secolo hanno cercato di approntare rimedi le branche del diritto più diverse: dal diritto civile, ove si è derogato al tradizionale principio della parità tra le parti del contratto per apprestare tutele particolari a favore del cosiddetto contraente debole; al diritto costituzionale, che accanto al principio di uguaglianza formale ha affermato anche quello di uguaglianza sostanziale, perché trattare in modo uguale situazioni diverse è ingiusto quanto trattare in modo diverso situazioni uguali.



Gli artt. 63 e 64 c.p.a.: un rischio di eterogenesi dei fini della civilizzazione del processo amministrativo?

Come s'è visto, l'assunto che il superamento del metodo acquisitivo si sarebbe verificato anche prima dell'entrata in vigore del codice risulta (in larga parte) infondato.

A questo punto, occorre chiedersi se questo metodo sia stato rinnegato dal codice del processo, e, in particolare, dagli artt. 63 e 64, ove viene affermato l'onere della prova.

Va però subito detto che il comma 1 dell'art. 64, dopo avere enunciato tale onere, cura di circoscriverlo a "gli elementi di prova che siano nella ... disponibilità" delle parti.

Per avere una conferma, anziché una smentita, della persistente vigenza del metodo acquisitivo, è dunque sufficiente leggere il riferimento alla "disponibilità" degli elementi di prova nel senso che essa in concreto non ricorre solo perché vi è la possibilità di accedere ai documenti formati o detenuti dall'amministrazione ex [lege n. 241](#), o ai sensi del TUEL.

E anche la dottrina più avvertita ha già avuto modo di rilevare che le disposizioni codicistiche per quanto riguarda questo aspetto dell'istruttoria con tutta probabilità non innovano rispetto agli assetti preesistenti ⁽²⁷⁾.

Peraltro a conclusioni diverse non può condurre neppure il richiamo che nella sentenza in commento viene fatto alla "novella semplificativa in tema di accesso agli atti di gara di cui alla direttiva ricorsi recepita nel [D.Lgs. n. 53/2010](#) (art. 2 di modifica dell'art. [79 D.Lgs. n. 163 del 2006](#))".

Vero è che l'art. 79 del codice dei contratti pubblici ora prevede che le richieste di accesso dei partecipanti alle procedure di evidenza pubblica devono essere evase "il prima possibile e comunque non oltre quindici giorni dalla ricezione della domanda scritta".

Ma è vero anche che il codice del processo ha (nuovamente) dimidiato i termini per ricorrere avverso gli atti delle procedure di aggiudicazione.

Nella materia dei contratti pubblici anche l'accesso "accelerato" finisce dunque col non recare nessun vantaggio al privato che vuole contestare gli atti dell'amministrazione.

O, meglio, gli reca un vantaggio che viene compensato (in negativo) dall'abbreviazione del termine per ricorrere.

La lettura più plausibile delle norme del codice in tema di onere della prova sembra dunque nel senso che l'onere del principio di prova e il metodo acquisitivo continuano a essere la regola generale del giudizio amministrativo: e che invece il venir meno della attenuazione dell'onere probatorio continua a essere un'eccezione alla regola, probabilmente destinata a essere applicata nelle ipotesi già individuate dalla giurisprudenza prima dell'entrata in vigore del c.p.a.

A questa stregua l'affermazione dell'onere della prova finisce dunque per risolversi in un esempio di quella ormai risalente tendenza all'emanazione di "leggi manifesto" ⁽²⁸⁾, a cui a quanto pare anche il legislatore del codice non è rimasto immune.

D'altro canto una qualche diversa lettura sarebbe di costituzionalità quanto meno dubbia, dato che porterebbe a una maggiore disparità tra le parti del processo amministrativo, e, quindi, andrebbe a collidere con i principi costituzionali sul giusto processo.

Inoltre una lettura siffatta in definitiva costituirebbe un chiaro caso di eterogenesi dei fini di un episodio (o, meglio, di un tentativo) di "civilizzazione" del processo amministrativo ⁽²⁹⁾, laddove l'affermazione di una regola tipica del processo civile paradossalmente porterebbe in concreto ad assetti opposti a quelli di tale processo.

Certo, prendere come termine di paragone il processo civile di per sé risulta senz'altro opportuno, dato che questo processo (soprattutto in passato) ha assicurato *standard* di tutela più elevati di quelli forniti dal processo amministrativo.

Ma questo termine di paragone non può certo condurre a disconoscere i profili di specificità dei rapporti fra cittadino e amministrazione che del processo amministrativo sono l'oggetto ⁽³⁰⁾.

A ciò si aggiunga che, quando si prende come modello il processo civile, è opportuno guardarsi dall'utilizzarne una qualche visione più o meno mitica, in quanto tale senz'altro fuorviante, dato che occorre piuttosto considerarne gli assetti effettivi.

In particolare occorre tenere presente che questo processo ormai da tempo è costituito da una pluralità di riti: alcuni dei quali - segnatamente, il processo del lavoro - prendono atto della



disparità sostanziale tra le parti, e la riequilibrano appunto attraverso una attenuazione degli oneri probatori ⁽³¹⁾.

E così ci si può rendere conto che, in ultima analisi, gli assetti consueti degli oneri probatori nel processo amministrativo risultano tutt'altro dissonanti rispetto agli schemi del processo civile.

⁽¹⁾ Anche se dalla (scarna) ricostruzione dello svolgimento del processo fatta nella sentenza in commento pare desumersi che la richiesta istruttoria di parte ricorrente probabilmente non meritava comunque accoglimento, perché era stata formulata genericamente, senza una precisa correlazione con i motivi di gravame. Sembra però che il giudice, invece di non accoglierla per tale ragione, abbia colto l'occasione per affermare principi generali in tema di istruttoria che, come si vede nel testo, non risultano condivisibili.

⁽²⁾ V., per tutti, M. S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, 1970, XIX, 247.

⁽³⁾ L. Migliorini, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977, 7. V., in tal senso, almeno anche G. De Giorgi Cezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003, *passim*.

⁽⁴⁾ L. Migliorini, *L'istruzione*, cit., 15.

⁽⁵⁾ G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1948, II, 223.

⁽⁶⁾ V., per tutti, V. Domenichelli, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 859 ss.

⁽⁷⁾ Ad esempio, quella di F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, III, 1604 ss.

⁽⁸⁾ Peraltro in modo ben poco consono al principio della parità fra le parti: v., in proposito, per tutti, R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 201 ss.

⁽⁹⁾ Cfr. C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, 17.

⁽¹⁰⁾ *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, Milano, 2006, I, 1 ss.

⁽¹¹⁾ L'espressione è di L. Perfetti, *Prova (diritto processuale amministrativo)*, voce in *Enc. Dir. Annali*, Milano, 2008, I, 934.

⁽¹²⁾ R. Villata, *Considerazioni*, cit., 212.

⁽¹³⁾ F. Benvenuti, *L'istruzione*, cit., 258.

⁽¹⁴⁾ V., in proposito, almeno G. Arena, *Il segreto amministrativo*, Padova, II vol., 1983, 1984.

⁽¹⁵⁾ Cfr. almeno G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 68.

⁽¹⁶⁾ F. Benvenuti, *L'istruzione*, cit., 209. In questo senso, nella dottrina successiva, v. almeno M. Nigro, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Foro It.*, 1967, V, 9 ss., e R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria*, cit. In senso opposto, in ordine ai fatti secondari, L. Migliorini, *L'istruzione*, cit., *passim*.

⁽¹⁷⁾ Ci si riferisce in particolare allo studio di G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991, *passim*.

⁽¹⁸⁾ V., in proposito, F. Saitta, *Il sistema probatorio del processo amministrativo dopo la legge n. 41 del 1990: spunti ricostruttivi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, 1 ss.

⁽¹⁹⁾ V., in particolare, L. Bertone, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005, 640 ss.

⁽²⁰⁾ Il discorso non cambia anche se si ritenga che il "diritto" in questione abbia in realtà consistenza di interesse legittimo (si sa che sul punto la giurisprudenza è decisamente altalenante: v., per tutti, M. Occhiena, *La necessaria riforma del diritto di accesso: diffusione e accesso telematico alle informazioni amministrative*, in *Dir. Economia*, 2008, 177 ss.), dato che non pare che per questo aspetto le due posizioni soggettive possano avere un regime diverso.

⁽²¹⁾ V., sul punto, da ultimo, M. Delsignore, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007, 4 ss., e la dottrina ivi citata. Nella letteratura recente, sui diversi corollari del diritto di azione, v. almeno A. Police, *Art. 24*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, 501 ss.

⁽²²⁾ G. Virga, *Attività istruttoria primaria*, cit., spec. 261.

⁽²³⁾ G. Virga, *Attività istruttoria primaria*, cit., 269.

⁽²⁴⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 4534/2008.

⁽²⁵⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 6096/2002.

⁽²⁶⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 6038/2009.

⁽²⁷⁾ V., in particolare, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 256 ss.

⁽²⁸⁾ Sulle leggi manifesto v. almeno R. Bettini, *Il circolo vizioso legislativo*, Milano, 1983.

⁽²⁹⁾ Su questa tendenza v., in generale, M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in G. Della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 505 ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. ancora M. Renna, *Giusto processo*, cit.

⁽³¹⁾ V. A. Travi, *op. loc. cit.*, e, nella dottrina processualciviltistica, G. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1999, 150 ss.

RITO SUPERACCELERATO E TECNICHE DI "GIURIDIFICAZIONE" DEGLI INTERESSI - IL COMMENTO

di Germana Lo Sapio^(*)

Cons. Stato Sez. V, 23 marzo 2018, n. 1843

D.Lgs. 02-07-2010, n. 104, Art. 120

Il rito superaccelerato, previsto dall'art. 120, comma 2 *bis* e 6 *bis*, c.p.a., ed introdotto allo scopo di deflazionare i cc.dd. giudizi retrospettivi in materia di appalti, è fonte di plurime questioni applicative, tuttora controverse in giurisprudenza. La recente sentenza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato affronta una di quelle di più rilevante impatto pratico, concernente il *dies a quo* del termine per impugnare il provvedimento di ammissione, e offre lo spunto per esaminare la novità legislativa nell'ambito del più ampio tema dei "processi di giuridificazione" degli interessi.

Sommario: [Le ragioni della superspecialità. La gara come "mercato" e l'interesse ad accedervi](#) - [La soluzione processuale del rito super-accelerato e profili critici emersi](#) - [La decorrenza del termine di impugnazione ex artt. 120, comma 2 bis, c.p.a. e le incertezze applicative](#) - [La novità del rito superaccelerato e le tecniche di "giuridificazione" degli interessi: il punto di vista dell'Adunanza Plenaria](#)

[Le ragioni della superspecialità. La gara come "mercato" e l'interesse ad accedervi](#)

Come da ultimo osservato dall'Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, il rito iper-contratto delineato dall'art. 120, comma 2 *bis* e comma 6 *bis*, c.p.a. è stato introdotto al fine di porre rimedio alla proliferazione dei cd. "giudizi retrospettivi", nei quali la domanda di annullamento ha ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione, ma la controversia è sostanzialmente incentrata sulla legittimità dell'ammissione (anche dello stesso ricorrente, mediante il ricorso incidentale c.d. "escludente"), con conseguente retrocessione del procedimento alla fase preliminare, in caso di accoglimento⁽¹⁾.

Lo spostamento del *focus* delle regole giuridiche e delle controversie, dalla ricerca efficientistica dell'offerta più utile per l'amministrazione appaltante a quella della più efficiente competizione tra gli aspiranti partecipanti alla gara, è a sua volta spiegato con la dimensione micro-economica della singola gara, come "mercato in miniatura" e l'emersione della esigenza di tutela dell'interesse sostanziale degli operatori economici ad accedervi; esigenza che ha trovato una base giuridica di protezione nella centralità dei principi eurounitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione⁽²⁾.

Invero, allargando la visuale, l'intero settore dei contratti pubblici appare configurabile come un peculiare "mercato regolato" - il cui valore ammonta a vari punti di PIL⁽³⁾ - distinto dai mercati tradizionali, oltre che per la preminenza della disciplina pubblicistica, anche perché "coatto"⁽⁴⁾, poiché le amministrazioni pubbliche, cui prioritariamente si rivolge la regolazione, non possono neanche decidere di entrarne o uscirne liberamente.

In questa prospettiva, e restando al piano pre-giuridico, la concorrenza tra i contendenti nell'ambito della singola gara si configura pertanto come una "concorrenza per il mercato" e l'interesse ad accedere all'arena competitiva della singola gara, che si manifesta nella domanda di partecipazione, è potenzialmente idoneo a dar vita a situazioni giuridiche giustiziabili, sempreché sia qualificato dall'ordinamento giuridico.

[La soluzione processuale del rito super-accelerato e profili critici emersi](#)

A fronte della ipertrofia dei cd. giudizi retrospettivi e del complessivo rallentamento nella risposta di giustizia da essa determinata, era stata indicata come possibile soluzione una "diversa organizzazione del procedimento"⁽⁵⁾, con una fase dedicata alle ammissioni ed esclusioni di tutti i partecipanti alla gara e la diretta impugnabilità dei relativi atti/provvedimenti, entro un termine breve, sulla falsariga del modello bifasico del rito elettorale ex artt. 129 ss. c.p.a. (in cui vi è effettivamente una corrispondenza tra articolazione bifasica procedimentale e modello processuale)⁽⁶⁾.

L'innovazione legislativa ha riguardato invece, salvo che per il controverso profilo dell'obbligo di pubblicazione ex art. 29, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, solo il processo, con l'introduzione in materia di appalti di un ulteriore rito, definito ormai anche dalla giurisprudenza, "superaccelerato", che è stato immediatamente oggetto di critiche, di dubbi di legittimità costituzionale⁽⁷⁾ ed è tuttora foriero di diverse irrisolte questioni applicative⁽⁸⁾.

Sgombrato il campo dalle pseudo-questioni della sua sfera di efficacia oggettiva⁽⁹⁾ o della compatibilità del rito con la tutelacautelare⁽¹⁰⁾, restano tuttora dibattute: la proponibilità del ricorso incidentale da parte del partecipante-controinteressato- la cui ammissione è stata impugnata - nel termine differito di trenta giorni dalla notifica del ricorso introduttivo ex art. 120, comma 2 *bis* c.p.a.⁽¹¹⁾; la ammissibilità di una impugnazione congiunta ex art. 32 c.p.a. avverso l'aggiudicazione e avverso l'atto di ammissione e l'individuazione del rito applicabile; l'impugnabilità con motivi aggiunti del provvedimento di aggiudicazione che sopraggiunga, mentre ancora è in corso il giudizio sull'atto di ammissione, con le conseguenti questioni sulla persistente dell'interesse a ricorrere sotteso al ricorso ex art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a.

La decorrenza del termine di impugnazione ex artt. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. e le incertezze applicative

La problematica affrontata dalla decisione in commento è tra quelle maggiormente discusse.

Si tratta di stabilire se la regola introdotta dall'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. - che fa decorrere il termine di decadenza trenta giorni dell'azione di annullamento ex art. 29 c.p.a., dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione e di esclusione sul profilo istituzionale dell'amministrazione, nella sezione "Amministrazione Trasparente" - preveda una forma tassativa ed esclusiva di comunicazione, tale da escludere l'applicazione del principio di equiparazione tra le forme di notificazione, comunicazione o pubblicazione del provvedimento oggetto di impugnazione e la "piena conoscenza" dell'atto acquisita *aliunde*, che è invece previsto dalla disposizione generale di cui all'art. 41, comma 2, c.p.a.

Secondo una interpretazione che fa leva sul dato letterale della norma e, soprattutto, sulla sua natura "eccezionale" (e non solo "speciale" rispetto alla disciplina generale), l'adempimento dell'obbligo di pubblicazione previsto da parte dell'amministrazione è un vero e proprio presupposto applicativo del rito superaccelerato.

In mancanza, anche se è rinvenibile comunque una determinazione relativa all'ammissione e/o esclusione - ad esempio emergente dai verbali della seduta pubblica di apertura dei plichi - viene meno la netta separazione tra la fase di ammissione/esclusione e quella di valutazione delle offerte e aggiudicazione, su cui si poggia il nuovo modello processuale; non sorge, pertanto, alcun onere di impugnazione "anticipata" a carico dell'operatore partecipante e, quindi, nessuna preclusione a contestare i requisiti di ammissione anche in sede di impugnazione dell'aggiudicazione.

In sostanza, con la previsione specifica sul *dies a quo* contenuta nell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., il legislatore avrebbe introdotto una vera e propria presunzione *iuris et de iure* di conoscenza, non suscettibile di prova contraria⁽¹²⁾.

L'opzione ermeneutica seguita dalla sentenza in esame è invece diversa.

Anche in relazione agli atti di ammissione ed esclusione, la "piena conoscenza" del contenuto lesivo del provvedimento è idonea a far decorrere il termine di decadenza dell'azione impugnatoria. Solo che, in caso di inottemperanza all'obbligo di trasparenza previsto dall'art. 29, D. Lgs. n. 50/2016, assume particolare rigore l'onere probatorio posto, secondo l'ordinario criterio di riparto ex art. 2697 c.c., a carico di chi deduce il fatto impeditivo in cui consiste la irricevibilità del ricorso: è necessario, pertanto, che dall'istruttoria emerga e che la controparte compri una conoscenza "qualificata" dell'atto di ammissione, tale da ricomprendere anche i profili che costituiscono oggetto di doglianza con il ricorso ex art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a.⁽¹³⁾.



La novità del rito superaccelerato e le tecniche di "giuridificazione" degli interessi: il punto di vista dell'Adunanza Plenaria

Le divergenze interpretative registrabili sul *dies a quo* del termine breve di impugnazione, in realtà, sottendono una questione di ben più ampio respiro dogmatico: quella della riconducibilità o meno della innovazione legislativa rispetto ai principi generali del processo, con particolare riferimento all'interesse a ricorrere e alla posizione giuridica sostanziale legittimante.

La rigorosa tesi che esclude forme equipollenti di conoscenza del provvedimento di ammissione rispetto a quella prevista, anche con specifiche modalità temporali e formali, dall'art. 29, D.Lgs. n. 50/2016, muove da due argomentazioni logicamente connesse:

a) la natura eccezionale della disciplina processuale: se l'interesse legittimo configurabile in materia di procedure di evidenza pubblica è unicamente quello che ha ad oggetto quale bene giuridico "il provvedimento di aggiudicazione", l'imposizione di un onere di impugnazione degli atti di ammissione, in una fase in cui non si è ancora definita la posizione in graduatoria dei singoli partecipanti, presuppone un interesse a ricorrere privo dei requisiti di attualità e concretezza; di qui, la deviazione della nuova disciplina dai principi generali del processo - invero modellato alla stregua di un giudizio oggettivo - e i conseguenti dubbi di compatibilità con quello, anche di derivazione sovranazionale, di effettività della tutela⁽¹⁴⁾;

b) l'applicazione conseguente di due criteri ermeneutici: l'inapplicabilità di una norma generale - quale quella prevista dall'art. 41, comma 2, c.p.a. - ad una fattispecie che è regolata, appunto, da una disciplina ritenuta "eccezionale", antinomica e derogatoria finanche dei principi fondamentali del processo; l'interpretazione costituzionalmente e "convenzionalmente" conforme che, nel caso specifico, escludendo l'applicazione del rito superaccelerato in mancanza di pubblicazione dell'atto di ammissione nella sezione "Amministrazione Trasparente", salvaguarderebbe maggiormente il diritto di difesa e l'affidamento del ricorrente, già gravemente onerato, bilanciando la forzata anticipazione della tutela imposta dall'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a.

A conclusioni diverse si giunge se però si muove da una diversa ricostruzione dei profili (non processuali inerenti l'interesse a ricorrere, ma) sostanziali della situazione giuridica soggettiva di cui sarebbe titolare l'impresa partecipante; ricostruzione che pare, da ultimo, avallata anche dall'Ad. Plen. n. 4/2018.

Secondo tale prospettiva, con l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., il legislatore ha inteso "espressamente riconoscere autonoma rilevanza ad un interesse procedimentale (quello legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti) riconoscendo ad esso una rapida protezione giurisdizionale. Peraltro un tassello (seppur di minore pregnanza) di questo disegno legislativo in favore della 'invarianza' della platea dei partecipanti alla gara era stato già introdotto nel sistema nella vigenza del [decreto legislativo n. 163 del 2006](#) e conservato nell'attuale codice dei contratti pubblici: (art. 38, comma 2 *bis*, del [D.Lgs. n. 163/2006](#) inserito dall'articolo [39, comma 1](#), del [D.L. 24 giugno 2014, n. 90](#): 'ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte'; oggi, si veda l'art. [95 comma 15 del D.Lgs. n. 50/2016](#))"⁽¹⁵⁾.

In particolare, come già osservato da autorevole dottrina, con il nuovo rito in materia di contratti pubblici, il legislatore "al quale spetta per Costituzione questo compito, ha selezionato e individuato uno specifico interesse qualificato (...)"⁽¹⁶⁾, in un momento antecedente l'esame delle offerte: interesse distinto da quello generale correttezza e trasparenza delle procedure di gara, perché specifico del singolo operatore, e qualificato per effetto di una specifica norma processuale, che ne prevede forme e modalità di tutela⁽¹⁷⁾.

Così la diatriba sulla configurabilità o meno di tale posizione giuridica protetta di "nuovo conio", che pare consumarsi tutta nell'ambito di un settore specifico quale quello dei contratti pubblici - "tradizionalmente" d'avanguardia rispetto al diritto amministrativo - e che viene indagata alla luce del rapporto tra interesse a ricorrere e azione in giudizio⁽¹⁸⁾, evoca sullo sfondo un tema suggestivo, oggetto di una recente e affascinante ricerca⁽¹⁹⁾ che invece riguarda trasversalmente tutti i settori: quello delle tecniche, delle fonti e degli attori dei processi di "giuridificazione" degli interessi, ovvero delle modalità con cui si spostano i confini di ciò che è giuridicamente rilevante

e mediante le quali gli interessi sostanziali - che esprimono sempre una tensione tra un soggetto e un "bene della vita" - via via che emergono nella sfera sociale, economica, sollecitati sempre di più dalle innovazioni tecnologiche, approdano alla sfera giuridica e vengono "normativizzati" come situazioni giuridiche soggettive.

La pluralità delle forme, dei tempi, delle modalità di tale delicato passaggio degli interessi sostanziali alla soglia della tutelabilità (anche) giurisdizionale specie nell'area in grande espansione coperta dal diritto amministrativo sfugge ad eccessive semplificazioni: è stato infatti osservato che, raramente, un valore o un interesse, rinvenibili nella sfera socio-economica, transitano dallo spazio dell'irrilevante giuridico a quello del riconoscimento; poiché molto più frequente "è il fenomeno dei movimenti di giuridificazione, intesi come modificazioni del rilievo giuridico di determinati valori ed interessi (...) Si tratta in genere di arricchimenti, integrazioni, incrementi di intensità della loro tutela, nonché, sul fronte soggettivo, di ampliamento del novero dei soggetti legittimati a far valere, anche in sede giurisdizionale, le situazioni giuridiche "agganciate" al bene di volta in volta considerato"⁽²⁰⁾.

E sebbene, come diffusamente rilevato, un ruolo preminente, tra gli attori dei processi di giuridificazione, sia assunto sempre più corposamente dalla giurisprudenza, specie in forza delle sollecitazioni sovranazionali e del "dialogo tra le Corti" sui diritti fondamentali della persona⁽²¹⁾, in un ordinamento di diritto positivo, resta fermo il potere politico-discrezionale riservato al legislatore di selezionare tra tutti quelli emergenti gli interessi meritevoli di tutela.

Nel caso specifico del rito superaccelerato, la prospettiva della gara come "mercato in miniatura" può contribuire a identificare, nella sfera socio-economica, l'interesse degli operatori ad accedere a tale mercato ad armi pari e ad acquisire rapidamente "certezza" in ordine alla composizione della platea dei concorrenti; interesse procedimentale - se guardato come strumentale a quello finale avente ad oggetto il bene dell'aggiudicazione - ma entrato nella sfera giuridica, ad opera delle norme processuali di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., come distinto da esso e al quale corrisponde, dal lato dell'amministrazione, il potere di valutazione dell'ammissibilità delle domande di partecipazione; interesse reso giuridicamente autonomo per scelta legislativa e come tale suscettibile di essere leso in concreto dall'adozione dei provvedimenti di ammissione/esclusione, secondo gli ordinari principi governano il processo amministrativo.

Certo resta salvo, anche in tale innovativa prospettiva, il sindacato sulla ragionevolezza della scelta operata dal legislatore, la quale però, ad avviso dell'Ad. Plen. n. 4/2018, appare esente da palesi profili di illogicità, tenuto conto che "la maggiore o minore estensione della platea dei concorrenti incide oggettivamente sulla chance di aggiudicazione"⁽²²⁾.

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, in www.giustizia-amministrativa.it "con il nuovo rito super accelerato e la previsione dell'onere di impugnazione degli atti di ammissione a pena di preclusione si è inteso così '1) determinare in modo definitivo e non più contestabile l'ambito dei partecipanti ad una gara; 2) evitare conseguentemente che con l'impugnazione dell'aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase appunto di ammissione (con grave spreco di tempo e di energie lavorative, oltre pericolo di perdita del finanziamento, il tutto nell'ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara); 3) neutralizzare per quanto possibile anche l'effetto 'perverso' del ricorso incidentale (anche in ragione della giurisprudenza comunitaria e del difficile dialogo con la Corte di Giustizia in relazione a tale istituto) Cons. Stato. comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782". In termini, sotto quest'ultimo profilo, cfr. anche Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2018, n. 6, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui l'istituto di cui ai commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art 120 del c.p.a. era volto ad elidere "in radice (quantomeno con riferimento alle problematiche relative alle ammissioni ed esclusioni dalla gara) le dinamiche poste alla base dei complessi rapporti tra ricorso principale ed incidentale", questione ancora oggetto di incertezze interpretative, nonostante "gli sforzi del legislatore nazionale per adeguarsi



alle prescrizioni dei competenti organismi europei ed il dialogo costante della giurisdizione amministrativa con la Corte di Giustizia".

(2) M. Clarich, *La Nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione, Relazione in occasione del 61° Convegno di Studi Amministrativi, 17-19 settembre 2015, Varenna*, in www.giustizia-amministrativa.it. La singola gara simula, in questa dimensione micro, un mercato "artificiale", creato attraverso l'indizione da parte di un agente (la stazione appaltante) in relazione ad uno specifico atto di scambio (il contratto pubblico da aggiudicare) e connotato da peculiarità dettate, soprattutto, dalla disciplina pubblicistica di riferimento che impongono vincoli, prima che agli operatori privati, alla stessa amministrazione-acquirente di bene e servizi. Queste tematiche sono ampiamente indagate in M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001.

(3) Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, "Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa" del 3 ottobre 17, in <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/IT>. "Nella nostra economia, una parte considerevole degli investimenti pubblici, pari al 14 % del PIL dell'UE, è spesa mediante appalti pubblici, che sono quindi un elemento fondamentale dell'ecosistema degli investimenti. Le autorità pubbliche possono farvi leva in maniera più strategica per dare maggior valore a ogni euro di fondi pubblici speso e per contribuire a un'economia più innovativa, sostenibile, inclusiva e competitiva. Il miglioramento delle procedure d'appalto contribuisce inoltre a rendere più forte il mercato unico, come auspicato dal Presidente Juncker nel discorso sullo stato dell'Unione del 2017".

(4) L. Torchia, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 605.

(5) A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2016, 18.

(6) A differenza di quello elettorale, nel procedimento di gara non si registra, anche nel regime vigente, alcuna netta separazione tra le fasi di ammissione e quella di valutazione delle offerte; né tale distinzione è evincibile dalla indicazione ora contenuta nell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. secondo cui, l'atto con cui si conclude la fase di ammissione ha natura provvedimentale: basti considerare che, ai sensi dell'art. 80, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016, le stazioni hanno il potere di verificare la persistenza dei requisiti di ammissione dell'operatore economico in qualunque momento della procedura (norma peraltro imposta dall'art. 57, par. 5 della Dir. 2014/24).

(7) G. Veltri, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in www.giustizia-amministrativa.it; L. Presutti, *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2017, 323. Sono stati ritenuti insussistenti i dubbi di costituzionalità da T.A.R. Milano, Sez. IV, 8 gennaio 2018, n. 29. Deve invece segnalarsi che con ord. T.A.R. Puglia, Sez. III, 20 giugno 2018, n. 903 è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2 *bis*, primo e secondo periodo c.p.a., limitatamente all'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, con riferimento agli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2, 113, commi 1 e 2 e 117, comma 1 della Costituzione e 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, recepita con [Legge 4 agosto 1955, n. 848](#); tanto sul presupposto che tale disposizione impone un onere inutile, economicamente gravoso, in un momento antecedente alla effettiva lesione "dell'interesse realmente perseguito (i.e. conseguimento dell'aggiudicazione dell'appalto)", poiché sarebbe esclusivamente questo il "bene della vita" cui aspira il partecipante alla gara pubblica.

(8) Tanto da indurre a ritenere che la legge delega, con una sorta di eterogenesi dei fini, abbia in realtà introdotto un elemento di complicazione, E. Follieri, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti*, in questa *Rivista*, 2016, 8-9, 873 ss.

(9) I provvedimenti di esclusione adottati all'esito della valutazione delle offerte esulano ovviamente dal suo campo di applicazione; il punto è ormai consolidato, come chiarito, da ultimo, anche dall'Ad. Plen. n. 4/2018, cit.



(10) Trattandosi non di una questione di compatibilità astratta, ma semmai solo di una verificabilità in concreto della esigenza di tutela immediata; cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 marzo 2017, n. 1059.

(11) Sul punto si rinvia all'approfondito esame condotto da G. La Rosa, *Il ricorso incidentale nel rito "super-speciale" di cui all'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, c.p.a.*, in questa *Rivista*, 2018, 2, 175 secondo cui "l'interesse che con il gravame incidentale si intende far valere preesiste alla proposizione del ricorso principale e, segnatamente, sussiste sin dal momento in cui è stato adottato il provvedimento di ammissione del concorrente. Una volta che il legislatore ha tipizzato, a mezzo di una *fictio iuris*, l'interesse in capo ad ogni concorrente a censurare gli atti di ammissione dei competitors alla medesima procedura di gara, non può revocarsi in dubbio come lo stesso abbia natura originaria e autonoma ed è indipendente dalla proposizione dell'altrui ricorso". In tal senso cfr. T.A.R. Lazio, Sez. I *bis*, 8 febbraio 2017, n. 2118. Secondo un opposto orientamento, invece (Cons. Stato, Sez. III, 10 novembre 2017, n. 5182), la rapidità di celebrazione del contenzioso sulle ammissioni non è pregiudicata dal rimedio di cui all'art. 42, comma 1, c.p.a. che comporta un incremento dei tempi processuali non significativo (30 giorni), equivalente a quello previsto per i motivi aggiunti; l'espressa menzione nell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. del ricorso incidentale induce a ritenere che la portata di tale rimedio processuale debba intendersi estesa anche agli atti che costituiscono l'oggetto proprio del nuovo rito super-accelerato; diversamente, l'esclusione del ricorso incidentale comporterebbe una considerevole compromissione delle facoltà di difesa della parte resistente la quale, vista la contestazione della sua ammissione alla gara, non potrebbe paralizzare in via riconvenzionale l'iniziativa avversaria e frustrerebbe l'esigenza di concentrazione in un unico giudizio tutte le questioni attinenti alla fase di ammissione ed esclusione dei concorrenti, nel rispetto del principio della parità della armi e della effettività del contraddittorio; in senso conforme anche, Cons. Stato, Sez. III, 27 marzo 2018, n. 1902.

(12) Così da ultimo, T.A.R. Catania, Sez. III, 2 maggio 2018, n. 889; T.A.R. Palermo, Sez. III, 8 maggio 2017, n. 1231; T.A.R. Napoli, Sez. II, 22 gennaio 2018, n. 451; T.A.R. Torino, Sez. II, 26 febbraio 2018, n. 262; T.A.R. Lazio, Sez. II *quater*, 19 luglio 2017, n. 8704; T.A.R. Catania, Sez. III, 24 novembre 2017, n. 2737; T.A.R. Lazio, Sez. III *quater*, 22 agosto 2017, n. 9379, Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2176 che comunque esamina, in concreto, la sussistenza della piena conoscenza, escludendola.

(13) Cons. Stato, Sez. III, 22 marzo 2018, 1902, secondo cui "*non può ritenersi sufficiente a far decorrere l'onere di impugnare il provvedimento di ammissione alla gara la mera presenza di un rappresentante della ditta alla seduta in cui viene decretata l'ammissione, in mancanza della specifica prova sulla percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove sussistenti, possano aver inficiato le relative determinazioni*", con l'ulteriore specificazione che, con riguardo al requisito della piena conoscenza, emerge in concreto una netta distinzione tra il provvedimento di esclusione, rispetto al quale la ricorrente esclusa è sicuramente (più) in grado di comprendere le ragioni, e quello di ammissione che riguarda gli altri concorrenti con evidente asimmetria cognitiva tra controinteressati e ricorrente; cfr. anche T.A.R. Napoli, Sez. VIII, 18 gennaio 2018 n. 394; Cons. Stato, Sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565.

(14) Cfr. T.A.R. Torino, Sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione interpretativa della compatibilità del nuovo rito con principi europei in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, di cui agli artt. 6 e 13 CEDU; 47 Carta dei Diritti Fondamenti dell'UE e art. 1 della [Dir. 89/665/CEE](http://www.giustizia-amministrativa.it). In senso contrario, cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III *quater*, 27 agosto 2017, n. 9379; T.A.R. Puglia, Sez. III, 20 giugno 2018, n. 903, citato in nota 7.

(15) Cons. Stato, Ad. Plen., n. 4/2018, cit. punto 19.3.8 parte motiva.

(16) L. Torchia, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, cit.

(17) G. Severini, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, 2016, in www.giustizia-amministrativa.it: "A guardare le cose dal punto di vista dell'aggiudicazione, questa riforma provvede mediante una tacita *fictio iuris*. Abilitando al ricorso immediato, dà per costituito l'interesse a ricorrere, quasi fosse avvenuto a quel riguardo un effetto di lesione al bene della vita: cioè come ad applicarvi - secondo lo schema proprio delle finzioni giuridiche - una fattispecie legale di costituzione della lesione medesima (...). Sempre dal punto di vista dell'aggiudicazione,

la finzione giuridica opera - come spesso avviene - mediante una tacita presunzione assoluta: che è di lesività e che serve a dare attualità all'interesse a ricorrere". Ma se si cambia il punto di vista, e si sposta il focus sulla posizione sostanziale legittimante, di cui l'interesse a ricorrere è lo specchio sul piano processuale, "è lecito chiedersi se all'innovazione non corrisponda un autentico interesse legittimo che è alla giusta formazione della platea dei concorrenti alla gara, bene che ora diviene tutelabile autonomamente. L'utilità del fine contiene l'utilità del mezzo: se il mezzo è già sufficientemente utile, evidentemente corrisponde a un già presente interesse sostanziale alla legittimità di quella prima fase del procedimento".

(18) I cui principi, con riguardo all'impugnazione del bando di gara, già affermati da Cons. Stato, Ad. Plen., 27 gennaio 2003, n. 1, hanno ora trovato ulteriore conferma, con Cons. Stato, Ad. Plen., n. 4/2018, cit.

(19) B. Marchetti - M. Renna, *Il diritto amministrativo del tempo post-moderno - I processi di giuridificazione: soggetti, tecniche, limiti*, in *Giur. it.*, 2017, 12, 2766, in cui si dà conto dell'esito dell'indagine condotta in diversi settori del diritto amministrativo (sicurezza alimentare, concorrenza, ambiente, protezione degli animali, sport, proprietà industriale e diritto d'autore); B. Marchetti - M. Renna (a cura di), *La giuridificazione. A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze, 2016.

(20) B. Marchetti - M. Renna, *op. cit.*

(21) Il processo di "codificazione" di posizioni giuridiche già riconosciute sulla base della cd. giuridificazione pretoria è stato tradizionalmente esplorato, con riferimento, ad esempio, all'ambiente; cfr. G. Rossi, *Storicità e gradualità della emersione dell'interesse ambientale nella sfera giuridica*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, 3 ss.

(22) Cons. Stato, Ad. Plen., n. 4/2018 cit., punto 19.3.10. Restano però i dubbi sulla complessiva tenuta del sistema di tutela, rispetto allo specifico aspetto del costo di accesso alla giustizia e della "sproporzione" del contributo unificato, secondo i principi affermati dalla sentenza della Corte di Giustizia 6 ottobre 2015 C-61; dubbi che, proprio prendendo atto della autonoma configurabilità dell'interesse alla definizione della platea dei contendenti rispetto a quello all'ottenimento dell'aggiudicazione, sono stati prospettati nell'immediatezza della novella legislativa e che sono semmai rafforzati, poiché a dispetto della distinzione anche sostanziale tra interesse all'aggiudicazione e interesse alla corretta formazione della platea dei contendenti, è invece tuttora identico il criterio di parametrizzazione sul valore dell'appalto; cfr. sul punto, parere della Commissione Speciale del Cons. Stato 1° aprile 2016, n. 855, in www.giustizia-amministrativa.it.

LA (ALMENO PER ORA) FINE DI UNA LUNGA MARCIA (E I POSSIBILI EFFETTI IN TEMA DI RICORSO INCIDENTALE ESCLUDENTE NONCHÉ DI INTERESSE LEGITTIMO QUALE FIGURA CENTRALE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO)⁽¹⁾

RICCARDO VILLATA - *Professore emerito nell'Università di Milano*

cost. art. 102

cost. art. 103

cost. art. 111

c.p.c. art. 360

La sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018 "boccia" la definizione di «questione di giurisdizione» ai sensi dell'art. 111, comma VIII, Cost. elaborata dalle Sezioni Unite nell'ultimo decennio, in forza della quale dette Sezioni avevano ritenuto di prendere posizione, tra l'altro, sul ricorso incidentale escludente nel processo amministrativo, da ultimo nella sentenza 30 dicembre 2017 n. 31226. L'odierna pronuncia del giudice delle leggi, ribadendo che l'interesse legittimo è alla base del criterio di riparto della giurisdizione, giustifica, unitamente a interventi recenti della dottrina, qualche considerazione su tale situazione soggettiva.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il *Memorandum* delle Corti superiori e le vivaci reazioni dei critici dello stesso. - 3. Sull'eventuale composizione «mista» delle Sezioni Unite quando decidono «questioni di giurisdizione». - 4. Corte Costituzionale n. 6/2018 e [art. 111, comma 8, Cost.](#) - 5. La sentenza delle Sezioni Unite 30 dicembre 2017 n. 31226. - 6. Il ricorso incidentale escludente nel processo amministrativo. - 7. L'art. 2.2 *bis* della direttiva ricorsi. - 8. Ricorso incidentale escludente, effettività della tutela e parità delle armi. - 9. Sulla legittimazione del ricorrente



incidentale. - 10. Le sentenze della Corte di giustizia *Hackermüller*, *Fastweb*, *Puligienica*, *BGT*, *Archus*. - 11. L'ordinanza n. 5103/2017 che nuovamente rimette all'Ad. Plen. il ricorso incidentale escludente. - 12. Interesse legittimo e riparto di giurisdizione. - 13. Permanenza della validità della nozione di interesse legittimo. - 14. L'interesse legittimo nel pensiero di Franco Scoca. - 15. La tesi di Guido Greco sull'interesse legittimo come situazione finale. - 16. Interesse legittimo e oggetto del processo amministrativo.

1. - In un saggio apparso qualche anno fa⁽²⁾, seguito da alcuni scritti pubblicati in questa stessa *Rivista*⁽³⁾, ritenevo di dover segnalare come di fatto, a partire dal 2008, alcune pronunce della Cassazione a Sezioni Unite, pur a volte dichiarando di non voler estendere il proprio sindacato *sub specie* di questioni di giurisdizione sulle sentenze del Consiglio di Stato al di là della verifica del rispetto dei c.d. limiti esterni, paiono in concreto volte, malgrado le scelte dell'Assemblea costituente, a pervenire a un sistema di giurisdizione unica non solo funzionale, ma pure strutturale, effettuando su tali sentenze un «controllo» assai prossimo a quello esercitato sulle pronunce delle Corti d'appello.

Obiettivo sul quale si conviene che abbia suscitato un dibattito vivace negli ultimi anni⁽⁴⁾, ma conseguibile solo attraverso una modifica dei noti articoli della Carta fondamentale osservando il procedimento specificamente previsto, e non per il tramite di presunte «interpretazioni evolutive» che i menzionati articoli in realtà pongono nel nulla.

Dal 2008, diciamo, perché a quell'anno risale la sentenza con cui le Sezioni Unite⁽⁵⁾ ritennero di por fine al contrasto che le opponeva al Consiglio di Stato in punto di c.d. pregiudizialità amministrativa (*rectius*: necessità del previo annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo per proporre un'azione - fondata - di risarcimento dei danni cagionati da quel provvedimento) annullando un arresto dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Nell'occasione le Sezioni Unite, nel pieno della polemica con il giudice amministrativo, definirono, come noto, assai «innovativamente» la questione di giurisdizione scrutinabile ex art. 111 Cost., affermando che sarebbe «norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quale forma di tutela esso si estrinseca».

A cui seguì⁽⁶⁾ Cass., Sez. Un., 6 settembre 2010 n. 1948 in cui, pur attribuendosi al giudice amministrativo la cognizione della controversia⁽⁷⁾, si afferma d'altro canto che «ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa ... si deve tener conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione dovuta a molteplici fattori: il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del giusto processo, e della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alle Sezioni Unite, non più riconducibile ad un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuite ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi che comprende, dunque, le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento ... Pertanto rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'opzione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8°, la eroghi concretamente e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale, così esercitando il sindacato per violazione di legge che la Suprema Corte può compiere anche sulle sentenze del giudice amministrativo».

Difficile ravvisare un più palese travisamento dell'art. 111 Cost. nella esplicita rivendicazione di un sindacato per violazione di legge sulle pronunce del Consiglio di Stato⁽⁸⁾.

A loro volta le Sezioni Unite 4 febbraio 2014 n. 2403, per un verso negano che sia questione di giurisdizione la presunta violazione di norme eurocomunitarie, ma riconducono al «rifiuto di giurisdizione» l'errore di diritto che si traduce «nel radicale stravolgimento delle norme di riferimento», locuzione tanto vaga quanto utilizzabile con grande elasticità, ed infatti utilizzata dalla pronuncia, sempre delle Sezioni Unite, 29 dicembre 2017 n. 31226, per un ulteriore anomalo annullamento con rinvio ad altra Sezione del Consiglio di Stato, pronuncia sulla quale si tornerà più avanti.

Tramite le citate, ed altre, sentenze la Cassazione ha quindi rivendicato una concezione non più «statica» ma «dinamica» della questione di giurisdizione, trovando l'adesione in una parte minoritaria della dottrina amministrativistica, pur essa enfaticamente i principi del giusto processo sanciti dalla riforma del più volte menzionato [art. 111 Cost.](#)⁽⁹⁾, talvolta con argomentazione seria e documentata⁽¹⁰⁾, pur se non condivisibile, talvolta con entusiasmo eccessivo che porta a spronare la Cassazione ad andare oltre nel riscrivere il concetto di questione di giurisdizione⁽¹¹⁾; minoritaria, dicevo, perché assai più nutriti sono stati gli interventi critici del nuovo concetto «dinamico» di questione di giurisdizione⁽¹²⁾.

Un quadro, oltre che innovativo, certamente problematico e talora sconcertante al cospetto di pronunce con le quali le Sezioni Unite per un verso dichiarano fondato un ricorso in Cassazione contro decisioni del Consiglio di Stato che non avevano affatto negato la giurisdizione ma si erano pronunciati sulla vicenda, salvo poi per altro verso restituire l'affare al giudice amministrativo⁽¹³⁾, riconoscendo quindi che a questi spettava la giurisdizione, ma ritenendola in effetti male esercitata. Ciò richiamando per di più come precedenti conformi fattispecie in cui il Consiglio di Stato aveva erroneamente ritenuto di essere privo di giurisdizione, sicché il rinvio allo stesso era la conseguenza della tradizionale concezione della questione di giurisdizione come relativa all'attribuzione della controversia al giudice cui compete definirla, poiché la verifica del rispetto dei limiti esterni attiene pure all'erroneo diniego della giurisdizione.

2. - Sarebbe arduo negare che la situazione descritta non dia luogo a un forte disagio a livello istituzionale, se non altro perché il permanere di un conflitto tra Cassazione e Consiglio di Stato necessariamente si traduce in disfunzione grave del sistema posto a presidio della tutela giurisdizionale garantita [dall'art. 24 della Costituzione](#).

Di questo sono apparsi avvertiti i Presidenti delle tre Magistrature superiori che, unitamente ai Procuratori generali presso la Corte di Cassazione e la Corte dei conti, hanno predisposto un *Memorandum* indirizzato al Presidente della Repubblica in cui si trovano prospettate soluzioni condivise volte all'armonizzazione delle funzioni nomofilattiche esercitate da dette Magistrature onde evitare appunto «nomofilachie» divergenti sulle medesime questioni di diritto sostanziale.

Tale iniziativa ha peraltro suscitato una reazione particolarmente «vivace» proveniente da una parte della dottrina civilprocessualistica⁽¹⁴⁾ circa la proposta di integrare con magistrati del Consiglio di Stato e/o della Corte dei Conti la composizione delle Sezioni Unite allorché le stesse debbano pronunciarsi su questioni di giurisdizione.

I toni di tale reazione un poco stupiscono, giacché la suddetta proposta non è nuova, giacché avanzata più di un secolo fa da Lodovico Mortara⁽¹⁵⁾ pur se ripresa, di recente, da studiosi diversi tra di loro per esperienze e discipline praticate⁽¹⁶⁾, né sconosciuta in ordinamenti simili al nostro: a tutti infatti è noto il *Tribunal des Conflits* francese, sicché esprimersi in termini di «strana idea»⁽¹⁷⁾ stupisce un poco.

Questo naturalmente non significa che la soluzione in campo debba essere condivisa o che non sia necessario scrutinare con il massimo scrupolo quale procedimento seguire ove si decida di attuarla, specie se si muove dalla premessa metodologica accolta nei miei precedenti scritti, vale a dire l'estremo rigore nella ricerca del significato delle norme costituzionali, che esclude ogni «interpretazione evolutiva» che ne disattenda il carattere fondante, premessa che mi ha condotto ad esprimere un netto dissenso nei confronti del tentativo di attribuire un nuovo significato alla formula «questione di giurisdizione».

L'adesione a siffatto metodo comporta che, pur se una parte della dottrina ha concluso per la sufficienza di una legge ordinaria al fine di disporre l'integrazione di cui si discute⁽¹⁸⁾, [l'art. 106 della Costituzione](#), comma 2°, non consente di aderire a tale tesi, giacché limita la possibilità di chiamare all'ufficio di Consiglieri di Cassazione solo professori ordinari di Università in materie giuridiche ed avvocati iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori con quindici anni di servizio.

Non si tratta allora di ergersi a paladini dell'interpretazione *a contrario* e tanto meno di negare che un Consigliere di Stato non sia dotato di analoga sapienza giuridica, ma semplicemente di dare atto dell'inaccettabilità di forzature ermeneutiche vietate dal carattere fondante delle norme costituzionali che esigono il primato dell'esegesi testuale⁽¹⁹⁾.

Ancora, mi trova concorde la segnalazione delle criticità derivanti dalla dilatazione della giurisdizione esclusiva, che la Corte Costituzionale nella celebre sentenza n. 204 del

2004⁽²⁰⁾ ribadisce debba essere limitata a «particolari materie», come del resto l'art. 103 Cost. prescrive.

Non solo, ribadisco di non condividere la qualificazione della responsabilità per danni da lesione di interessi legittimi e la relativa azione risarcitoria quali strumenti di ulteriore tutela di detti interessi⁽²¹⁾, sicché la giustificazione dell'asserita conformità a Costituzione dell'attribuzione al giudice amministrativo di tali controversie va (andrebbe) ricercata altrove, restando in ogni caso da risolvere un serio problema di nomofilachie potenzialmente diverse per fattispecie strutturalmente identiche⁽²²⁾.

Tutti problemi che vanno tuttavia affrontati sul piano della verifica delle legittimità costituzionale delle scelte operate dal legislatore, non con lo stravolgimento dell'art. 111, comma 8°, della Costituzione in cui, ed è qui il motivo del mio netto dissenso nei confronti delle tesi di fondo ora espresse dagli oppositori del *Memorandum*.

Con l'ulteriore rilievo che proprio l'affermazione della tendenziale unità, almeno funzionale, della giurisdizione dovrebbe se mai indurre a vedere con favore integrazioni degli organi di vertice idonee a favorire posizioni conformi sulle questioni comuni a Cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei Conti⁽²³⁾.

3. - Dunque, in ordine agli assunti fondamentali dei critici del *Memorandum*, non posso che rinnovare il mio dissenso.

A fronte della ravvisata rottura dell'equilibrio assicurato dagli artt. 102 e 103 Cost. cagionato dalla dilatazione della giurisdizione esclusiva⁽²⁴⁾ il rimedio andrebbe trovato nell'ammettere la ricorribilità in Cassazione per violazione di legge (art. 360 n. 3 c.p.c.) delle sentenze su diritti del giudice amministrativo⁽²⁵⁾.

Ora, se si è al cospetto di una proposta di modifica delle attuali norme costituzionali la discussione è totalmente aperta.

Non invece se l'auspicio fosse quello di un'evoluzione in tal senso della giurisprudenza delle Sezioni Unite, persino al di là del c.d. rifiuto di giurisdizione: alla lamentata rottura dell'equilibrio il sistema vigente appronta come rimedio la verifica della legittimità costituzionale delle disposizioni legislative a cui si imputa siffatta rottura, non dimenticando che lo stesso giudice delle leggi ha sottolineato come la giurisdizione esclusiva debba essere limitata a particolari materie.

Parimenti, se non più deciso, è il dissenso⁽²⁶⁾ con coloro⁽²⁷⁾ che osservando come ex art. 111 comma 7°, Cost. sia dato ricorso in Cassazione per violazione di legge, asseriscono: «coerenza vuole che alla stessa Cassazione venga assicurata l'astratta e uniforme interpretazione della legge»; ne deriva che alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata del successivo comma 8° dell'art. 111 dovrebbe consentirsi da ora il ricorso in Cassazione per violazione di legge laddove il Consiglio di Stato abbia deciso su diritti soggettivi, pena altrimenti l'eliminazione di una garanzia del giusto processo. Ciò deve valere, si conclude, quanto meno in presenza di violazione dei principi del contraddittorio e dell'imparzialità e terzietà del giudice, assenti nel testo originario dell'art. 111 Cost., ma ora entrati a far parte a pieno titolo del significato costituzionale di giurisdizione.

Sennonché:

- foriera o meno di inconvenienti, proprio per evitare i quali è indirizzato il *Memorandum* in discussione, l'uniforme interpretazione della legge è affidata dell'ordinamento vigente ai meccanismi interni ad ogni giurisdizione relativamente alle controversie a ciascuna di esse spettanti;

- il ricorso in Cassazione per violazione di legge nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato è proprio quello che, piaccia o non piaccia, l'art. 111, comma 8°, Cost. vieta: se non piace, si lavori per eliminarlo tramite i meccanismi di revisione approntati dall'ordinamento, ma non si invochi, chiamandola interpretazione, la sostituzione *ope iudicis* del dettato costituzionale, secondo cui il ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato è ammesso «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione», con altro, di segno radicalmente opposto sin nel dato testuale, a mente del quale detto ricorso sarebbe ammesso «per violazioni di legge»;

- infine stupisce che si immagini che i principi del contraddittorio e dell'imparzialità e terzietà del giudice, da lungo tempo ritenuti pacificamente consustanziali alla giurisdizione, abbiano fatto

ingresso nel tessuto costituzionale solo con la modifica di qualche anno fa dell'art. 111, venendo a dilatare il concetto di questione di giurisdizione⁽²⁸⁾.

4. - Alla radice del dissenso nei confronti del nuovo concetto di questione di giurisdizione, fatto proprio dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, o meglio da una parte assai significativa delle relative pronunce, sta un convincimento di fondo che conduce inevitabilmente a una conclusione univoca.

Tale convincimento può essere qui riassunto con le parole tanto più significative in quanto provengono dal più autorevole critico del sistema attuale di giurisdizione dualistica e del relativo criterio di riparto, ma giammai dimentico che su piani differenti si pongono da un lato le argomentazioni, sempre indubbiamente di natura giuridica, volte ad auspicare sistemi diversi, e dall'altro l'interpretazione delle norme vigenti⁽²⁹⁾.

Ed allora: la nozione di motivi inerenti alla giurisdizione è «una nozione fondante i rapporti istituzionali tra le giurisdizioni sancite da una norma costituzionale e come tale svolge una funzione di garanzia che esige un'interpretazione particolarmente rigorosa nell'aderire alle ragioni testuali»⁽³⁰⁾.

Sicché la nozione di giurisdizione è riferita alla distinzione tra gli ambiti demandati alle diverse giurisdizioni, risultando un profilo ben diverso da quello attinente alla verifica dell'esercizio della giurisdizione; la nozione di ricorso per motivi di giurisdizione emerge con nettezza in modo univoco dalle norme costituzionali, dai relativi lavori preparatori nonché dalla dottrina che si è espressa subito dopo e trova conferma negli artt. 353 c.p.c. e 105 c.p.a.; non è dato, a fronte dell'elemento decisivo in ambito processuale rappresentato dalla legge, principio ribadito proprio dall'art. 111 Cost, invocare una nozione «dinamica della questione di giurisdizione»⁽³¹⁾.

Pertanto l'accertamento dell'esistenza della giurisdizione in capo al giudice speciale è problema ontologicamente diverso da quello della verifica di come detto giudice abbia esercitato la propria giurisdizione: del resto lo stesso orientamento qui criticato delle Sezioni Unite non ha saputo, ma il compito era impossibile, tracciare un netto confine all'interno dell'ambito di giurisdizione riconosciuto, tra profili incidenti e non incidenti sulla giurisdizione in senso «dinamico», mentre talvolta si ha l'impressione che in dottrina si tenda a ravvisare dinieghi di giurisdizione laddove la sentenza ravvisi ostacoli processuali che impediscono una pronuncia di merito.

Il ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, secondo l'ordinamento costituzionale vigente, va dunque limitato⁽³²⁾ alle seguenti tradizionali e consolidate vicende in cui il giudice amministrativo d'appello decide una controversia spettante ad altra giurisdizione o viceversa rifiuta di decidere una controversia che gli compete, ovvero esorbita dai suoi poteri penetrando nelle valutazioni di merito riservate all'Amministrazione.

A tale ultimo proposito sono ben consapevole che un settore cospicuo, e forse maggioritario, della dottrina amministrativistica critica le Sezioni Unite, costanti nel ribadire la sussistenza di siffatto limite dei poteri del giudice amministrativo⁽³³⁾, ma coerenza esige di tener fermo, nel momento in cui se ne riconosce la vigenza, un determinato concetto di questione di giurisdizione. Se ai termini esposti vanno ricondotti i convincimenti e le argomentazioni da me maturati ed espone da circa dieci anni, dall'epoca cioè della «disfida» sulla c.d. pregiudizialità amministrativa, nulla posso aggiungere in ordine alla sentenza 8 gennaio 2018 n. 6 della Corte Costituzionale, all'esposizione dei principi ivi enunciati, con l'esplicita affermazione che l'interpretazione ultima delle norme costituzionali è rimessa alla competenza del giudice delle leggi, sicché un tentativo di difendere la tesi delle Sezioni Unite invocando il monopolio della stessa nell'individuare la portata dell'art. 360 c.p.c. laddove si menziona la «questione di giurisdizione», comporterebbe l'illegittimità costituzionale di tale norma ove le si volesse attribuire un significato diverso e più ampio rispetto a quello individuato dall'art. 111, comma 8° della Carta fondamentale:

- il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di Stato ex art. 111, comma 8°, Cost., non ricomprende il sindacato sugli *errores in procedendo* o *in iudicando*;
- è inammissibile ogni presunta «interpretazione evolutiva» di detti motivi che li assimili a quelli individuati al precedente comma 7°;
- simile «interpretazione» compromette la scelta di fondo dei costituenti in punto di assetto pluralistico delle giurisdizioni;
- l'unità della giurisdizione è solo funzionale e non organica;



- effettività della tutela e giusto processo debbono essere garantiti dalle rispettive giurisdizioni e non in sede di controllo sulla giurisdizione;
- la violazione di norme dell'Unione europea o della CEDU costituiscono semplicemente illegittimità particolarmente qualificate, eventualmente censurabili con un nuovo ricorso in revocazione; né rileva che dalla disapplicazione delle norme europee possa derivare la responsabilità dello Stato;
- il concetto di controllo di giurisdizione non ammette soluzioni intermedie, vale a dire la presenza di sentenze «abnormi» o «anomale», giacché attribuire rilevanza alla gravità del vizio è incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza;
- non è pertanto consentita la censura di sentenze con le quali «il giudice amministrativo (o contabile) adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda».

Dunque denunciabili in Cassazione, secondo la Corte Costituzionale, sono unicamente le classiche, sopra menzionate, ipotesi: invasione nella sfera riservata all'amministrazione (o al legislatore), affermazione della propria giurisdizione su questione attribuita ad altra giurisdizione, ovvero negazione della stessa qualora viceversa questa sussista.

5. - Alla luce degli odierni insegnamenti della Corte Costituzionale, la sentenza delle Sezioni Unite 29 dicembre 2017 n. 31226, che aveva rivisitato a fondo il problema del rapporto tra questione di giurisdizione e violazione di norme europee, risultanti in particolare da pronunce della Corte di giustizia, appare ora in una luce del tutto diversa, quale ultimo episodio di una storia che si chiude salvo impensabili «ribellioni» della Cassazione nei confronti dell'interpretazione [dell'art. 111 Cost.](#) enunciata dal Giudice delle leggi.

Sicché sembra al riguardo se mai porsi il quesito di quale debba essere il contenuto della sentenza del Consiglio di Stato che dovrà decidere nuovamente l'appello dopo che l'annullamento con rinvio per presunta violazione delle sentenze europee è risultato confliggere con [l'art. 111, comma 8, Cost.](#)

Tuttavia la sentenza n. 31226 merita più di una qualche attenzione in quanto ancora una volta si occupa del ricorso incidentale escludente nelle controversie relative alle gare di appalto.

Nel dettaglio, un concorrente, in un primo tempo aggiudicatario provvisorio, aveva impugnato innanzi al Tribunale regionale di Trieste la propria successiva esclusione e insieme l'ammissione del concorrente che aveva conseguito l'aggiudicazione definitiva, integrando con successivi motivi aggiunti le doglianze iniziali. Il giudice di primo grado aveva respinto il ricorso dichiarando inammissibili, oltre che infondati nel merito, i motivi aggiunti ed altresì improcedibile per difetto di interesse il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario controinteressato.

Il Consiglio di Stato⁽³⁴⁾ ha respinto l'appello principale proposto dal ricorrente in primo grado - e pure per carenza di interesse quello dell'aggiudicatario che si era doluto del fatto che il Tribunale regionale avrebbe dovuto esaminare il proprio gravame incidentale prima dello scrutinio del ricorso principale - ribadendo l'inammissibilità dei menzionati motivi aggiunti e sottolineando come fosse inconferente ogni richiamo alla sentenza dell'Ad. Plen. n. 9/2014 in tema di simmetria escludente giacché nella specifica vicenda non veniva affatto in rilievo un esame incrociato tra censure principali e incidentali, sibbene l'ammissibilità di per se stessa, prescindendo dunque da ogni gravame incidentale, dei motivi aggiunti. Solo per completezza avanzando dubbi sul dovere di rinnovazione della procedura pure nell'ipotesi, che in concreto non si sarebbe comunque verificata, di gara rimasta infruttuosa per esclusione di tutte le offerte.

Ma allora la Cassazione è incorsa in un clamoroso errore quando ha seguito la ricorrente nel ravvisare un possibile contrasto con la giurisprudenza europea in punto di ricorsi reciprocamente escludenti, affermando che tale giurisprudenza vale anche quando i motivi escludenti il controinteressato siano contenuti in un atto aggiuntivo al ricorso originario: questo potrebbe valere se i motivi escludenti aggiuntivi siano ritualmente ammissibili, ma se tali non sono, ad esempio perché tardivi, non possono certo essere salvati da un incidentale escludente, la cui proposizione oltretutto è solo eventuale.

Circa la notazione della sentenza del Consiglio di Stato relativa alla mancanza del dovere di rinnovazione della gara divenuta deserta, si trattava, come visto, di un profilo estraneo alla fattispecie concreta, ma ovviamente ha costituito l'occasione perché le Sezioni Unite potessero

ipotizzare un contrasto con la giurisprudenza europea laddove fossero presenti offerte di altri concorrenti, contrasto in astratto esistente come dimostra la circostanza che la questione è stata di recente riproposta all'Adunanza plenaria⁽³⁵⁾.

Comunque le Sezioni Unite, richiamando con grande attenzione tutti i loro precedenti, precisano che la violazione di norme dell'Unione europea non dà luogo, neppure se grave, a una questione di giurisdizione, e lo stesso è a dirsi per la violazione dell'obbligo di rimessione ex art. 267 T.F.U.E.

Tuttavia nel caso di specie ravvisano un radicale stravolgimento di siffatte norme come interpretate dalla Corte di giustizia, che si tradurrebbe nella negazione alla parte dell'accesso alla tutela giurisdizionale che ridonda in rifiuto di giurisdizione⁽³⁶⁾.

Sembra davvero facile obiettare che non esiste un confine razionalmente definibile *a priori* tra grave violazione di una norma⁽³⁷⁾ e stravolgimento della stessa, sicché in tal modo si elide il principio poco prima - all'apparenza - riaffermato (secondo cui non costituisce questione di giurisdizione la violazione, neppure grave, di una norma europea); pertanto la suddetta teorica riaffermazione rischia di apparire come lo strumento utilizzato per mascherare l'intendimento di disattendere il principio nel caso concreto.

Ma l'intervenuta sentenza della Corte Costituzionale esclude, come detto, che sia utile indugiare su tali profili, mentre invece qualche interesse rivestono le conclusioni delle Sezioni Unite circa la giurisprudenza della Corte di giustizia, e segnatamente circa la sentenza *Puligienica* che, si dice, avrebbe esteso all'ipotesi della gara con pluralità di partecipanti, i propri fatti enunciati dalla sentenza *Fastweb*, non smentiti, si precisa, in forza della sentenza 11 maggio 2017 *Archus*, da Corte di giustizia 21 dicembre 2016, *BTG*.

Pur se non si tratta di questione di giurisdizione, sarebbe un fuor d'opera infatti negare che l'orientamento della Corte di giustizia sia privo di rilievo nella tormentata questione del ricorso incidentale escludente, una volta di più sottoposto, come detto, al vaglio dell'Adunanza plenaria⁽³⁸⁾.

6. - Come a tutti noto, il c.d. ricorso incidentale escludente ha suscitato nel tempo un dibattito a cui ho partecipato tramite plurimi scritti⁽³⁹⁾ che accompagnano il menzionato dibattito, accesi intorno alla prima metà dell'odierno secolo, unitamente all'esplosione del contenzioso in materia di gare d'appalto bandite da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori⁽⁴⁰⁾.

In tali scritti si espongono le ragioni a sostegno delle tesi enunciate da Ad. Plen. n. 4/2011 a modifica di quanto statuito dalla precedente sentenza n. 11/2008 e si fa il punto della situazione dopo la nuova remissione alla Corte di giustizia che in seguito si tradurrà nella sentenza *Puligienica*, preconizzando, ma a torto, come si vedrà, che l'accoglimento di detta rimessione, mirante all'estensione dei principi *Fastweb* all'ipotesi di una gara caratterizzata dalla partecipazione di più di due concorrenti, avrebbe rappresentato il «finale di partita», con il travolgimento della soluzione compromissoria, sul piano logico non irresistibile, ma su quello pratico assai apprezzabile, elaborata da Ad. Plen., n. 9/2014 e il conseguente affermarsi di una concezione marcatamente oggettivistica del processo amministrativo nella materia in esame, oltre a produrre effetti almeno all'apparenza assai poco soddisfacenti⁽⁴¹⁾.

In questa sede pertanto, dando per scontato tutto quanto si trova nei menzionati scritti⁽⁴²⁾, formulerò qualche ulteriore considerazione suggerita dall'ultima citata pronuncia delle Sezioni Unite che, al di là della non pertinenza rispetto al caso concreto, a mio avviso non colgono esattamente il significato della sentenza *Puligienica* alla luce del contenuto della Direttiva ricorsi e delle altre quattro pronunce della Corte di giustizia che hanno affrontato il problema dell'ammissibilità dell'impugnativa proposta dal concorrente escluso, d'ufficio o dal giudice.

7. - In primo luogo occorre evidenziare come nessuna delle sentenze europee richiamate dai critici della soluzione accolta da Ad. Plen., n. 4/2011, nei principi di fondo condivisa da Ad. Plen. n. 9/2014, abbia prestato soverchia attenzione alla definizione di «offerente interessato», come tale legittimato alla tutela giurisdizionale tramite la proposizione di un ricorso efficace avverso l'aggiudicazione dell'appalto ai sensi del quarto considerando e dell'art. 2.2 bis della Direttiva medesima.

Ebbene, a mente delle citate disposizioni «gli offerenti sono considerati interessati se non sono già stati definitivamente esclusi. L'esclusione è definitiva se è stata comunicata agli offerenti

interessati e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può più essere oggetto di una procedura di ricorso».

Ed allora la normativa europea:

- non suffraga affatto la tesi secondo cui la presentazione dell'offerta sia requisito sufficiente per legittimare all'impugnazione dell'aggiudicazione⁽⁴³⁾;
- equipara l'esclusione disposta d'ufficio divenuta inoppugnabile all'esclusione disposta con sentenza del giudice amministrativo⁽⁴⁴⁾;
- smentisce altresì la tesi che a livello europeo esisterebbe quale situazione giuridica soggettiva protetta l'interesse ad una corretta competizione a tutela del rispetto della concorrenza⁽⁴⁵⁾;
- non è neppure coerente con l'assunto che a detto livello risulterebbe privilegiata la concezione marcatamente oggettivistica della giurisdizione in tema di appalti pubblici⁽⁴⁶⁾.

8. - In secondo luogo non esito a ribadire che i principi di effettività della tutela giurisdizionale e di parità delle armi nel processo sono invocati non pertinentemente⁽⁴⁷⁾.

Ed infatti.

Non il primo, giacché qui non si discute del contenuto soddisfattivo o meno della misura che il giudice può accordare in presenza di una domanda ritualmente presentata a difesa di una situazione giuridica soggettiva conformata dal diritto sostanziale, ma dell'esistenza stessa di una situazione siffatta riferita alla legittimità dell'aggiudicazione.

Ma neppure il secondo, giacché parità delle armi significa che entrambe le parti dispongono di poteri analoghi in punto di allegazioni, richieste istruttorie, scritti in cui esporre le proprie ragioni, termini a difesa ragionevoli, sicché, sorprende doverlo sommessamente rammentare, non è che l'irricivibilità del ricorso per tardività o altra carenza processuale possa essere superata affermando che la parità delle armi impedisce di accogliere l'eccezione della parte resistente.

E se il ricorrente principale viene escluso in accoglimento dell'impugnativa incidentale escludente, le norme processuali gli garantiscono la possibilità di ricorrere in appello, così come del pari l'assicurano al resistente in primo grado nell'ipotesi di sentenza, simmetrica, di accoglimento del ricorso principale per infondatezza dell'incidentale escludente.

9. - In terzo luogo sottolineo che solo suggestiva è l'obiezione di frequente sollevata, non sempre con il dovuto garbo⁽⁴⁸⁾, secondo cui pure la legittimazione dell'aggiudicatario ricorrente incidentale verrebbe meno in virtù dei principi formulati da Ad. Plen. n. 4/2011⁽⁴⁹⁾.

Più nel dettaglio, si osserva che le esigenze che impongono di omettere l'esame del ricorso principale in seguito all'accertata fondatezza del ricorso incidentale risulterebbero speculari per entrambi i concorrenti, sicché l'acclarata fondatezza del ricorso principale escludente comporta la perdita di legittimazione del ricorrente incidentale, non più dotato della necessaria condizione dell'azione⁽⁵⁰⁾.

Inoltre, poiché la fondatezza del ricorso si verifica solo *ex post*, in quanto interviene all'esito del giudizio, risulterebbe inspiegabile perché la sussistenza della legittimazione del ricorrente principale viene, si dice, verificata in un momento successivo all'esame del ricorso incidentale e quella del secondo invece sulla base della situazione per come si presenta prima dell'esame del ricorso principale⁽⁵¹⁾.

Infine, verrebbe pregiudicato il crescente interesse per la ricerca di una giustizia che sia sostanziale⁽⁵²⁾.

Tralascerei l'ultimo rilievo, che richiederebbe di rispondere a domande quali: non è forse «giusta» la sentenza che decide la lite rispettando le regole del procedimento idoneo secondo la legge a definire la stessa⁽⁵³⁾? Se poi sentenza «giusta» nel caso di specie è quella che non consente rimanga in vita un'aggiudicazione illegittima, come valutare una sentenza che dichiari tardivo il ricorso? E che dire di un'impugnativa che ometta di dedurre un vizio di legittimità macroscopico, impedendo, o almeno così si ritiene, al giudice di rilevarla e quindi di «fare giustizia»?

Osserverei invece che l'asserita simmetria di posizioni è solo apparente: in caso di impugnative reciprocamente escludenti l'accertamento della legittimazione del ricorrente principale è oggetto di una specifica domanda, proposta dall'aggiudicatario ricorrente incidentale, che il giudice deve decidere perché introduce una questione di rito; viceversa la legittimazione di quest'ultimo è sì pur essa oggetto di domanda ma la decisione relativa è subordinata, come tutte quelle censurate nel ricorso principale, alla previa verifica dell'ammissibilità dello stesso, secondo l'ordine prescritto dall'art. 76 c.p.a. e dall'art. 276 c.p.c. In altri termini, verifica della legittimazione del

ricorrente principale contestata dal resistente è una questione di natura processuale, mentre l'illegittimità dell'aggiudicazione per mancata esclusione dell'offerente primo in graduatoria è questione concernente il merito del giudizio, che ovviamente il giudice può delibare solo dopo aver positivamente risolto tutte le questioni di natura impediante, tra le quali il difetto di legittimazione del ricorrente⁽⁵⁴⁾.

Si è tuttavia in senso contrario obiettato⁽⁵⁵⁾ che l'argomento non sarebbe decisivo perché la questione concernente l'illegittima mancata esclusione dalla gara del secondo classificato ricorrente principale rappresenterebbe a sua volta il merito del ricorso incidentale, che è consentito esaminare solo dopo aver superato la questione introdotta dal ricorrente principale medesimo, che rispetto al ricorso incidentale è di natura processuale.

L'obiezione non convince: appare lecito replicare che la legittimazione processuale dell'aggiudicatario che resiste all'altrui ricorso non può essere messa in dubbio, stante il ruolo di parte necessaria rivestito nel processo, che gli permette di attivare tutti i mezzi di difesa esperibili per il rigetto dell'altrui azione. D'altro canto le prime questioni d'ordine processuale da delibare riguardano l'ammissibilità del ricorso e se l'esito risulta negativo il giudizio si ferma. Tutto ciò del resto parrebbe coerente con la diversa posizione esistente sul piano sostanziale tra chi è aggiudicatario e chi non lo è⁽⁵⁶⁾.

Insomma, la situazione a mio avviso è identica a quella in cui il ricorrente principale *i)* si limiti a criticare il punteggio a suo avviso eccessivo attribuito all'offerta vincitrice ovvero *ii)* chieda l'annullamento dell'intera gara, mentre l'aggiudicatario tramite ricorso incidentale contesta la mancata esclusione dalla gara della controparte, vicende in cui solo errori di prospettiva facilmente percepibili possono indurre a ritenere equivalenti a mente dell'art. 76 c.p.a. le due questioni⁽⁵⁷⁾.

Ed allora ben si comprende il presunto inspiegabile paradosso consistente nel fatto che la legittimazione del ricorrente principale viene verificata successivamente all'esame della legittimazione del ricorrente incidentale, mentre la legittimazione di questi è accertata sulla base della situazione come si presenta prima dell'esame del ricorso principale: si tratta di null'altro che la normale sequenza questione processuale - questione di merito quale si trova nella pacifica ipotesi di ricorso principale escludente e memoria difensiva che si limiti ad eccepire la tardività dell'impugnazione⁽⁵⁸⁾.

Né una soluzione diversa vale a mio avviso nel c.d. «rito specialissimo» concernente la mera ammissione degli altri concorrenti, nel quale l'ammissibilità del ricorso incidentale escludente viene riconosciuta da recente giurisprudenza⁽⁵⁹⁾.

Si è obiettato che nessun elemento in tal senso sarebbe traibile dalla circostanza che lo stesso art. 120 bis c.p.a. preveda l'ipotesi pure in tale rito di ricorsi incidentali, decisivo risultando in senso contrario che l'ammissione del ricorrente principale doveva essere impugnata in termini, sicché non si può consentire «ad un soggetto che indubbiamente poteva già ricorrere di eludere il termine decadenziale superando una preclusione già maturata»⁽⁶⁰⁾.

L'obiezione trascura però che il ricorso principale mette in discussione la qualifica di concorrente ammesso alla gara attribuita dalla stazione appaltante al controinteressato; l'interesse di costui a contestare la posizione del ricorrente principale sorge solo nel momento in cui viene messa in pericolo la qualifica suddetta.

In altri termini, non è l'ammissione alla gara del ricorrente principale a giustificare di per se stessa il ricorso incidentale, ma quell'ammissione come condizione legittimante la prima impugnativa.

Pertanto nessuna violazione dell'art. 42 C.P.A.⁽⁶¹⁾ o necessità di recuperare teoriche superate⁽⁶²⁾.
10. - L'argomento del ricorso incidentale escludente comunque richiede di «fare i conti» con la giurisprudenza della Corte europea: su questo le Sezioni Unite non possono essere contraddette⁽⁶³⁾.

Si tratta tuttavia di verificare quali siano esattamente i contenuti di tale giurisprudenza.

La Corte di giustizia si è pronunciata, per quanto mi risulta, cinque volte sul tema qui di interesse, ma in modo tutt'altro che lineare.

La prima sentenza è quella 19 gennaio 2003 in causa C-249/01 *Hackermüller* ed afferma che il concorrente deve essere legittimato a contestare la propria esclusione, precisando tuttavia che ove detta contestazione sortisca esito negativo l'impugnativa del risultato della gara dallo stesso

proposta deve essere respinta «in quanto tenuto conto di tale circostanza egli non è stato o non rischia di essere leso dalla violazione da lui denunciata».

Si tratta, come si vede, esattamente della soluzione cui era pervenuto il giudice amministrativo italiano.

Segue la sentenza, la cui notorietà è tale da non riportarne il contenuto, 4 luglio 2013 in causa C-100/12 *Fastweb*, solo segnalando ancora una volta il, questo sì, macroscopico errore laddove risolve la questione dichiarando di applicare i principi stabiliti in *Hackermüller*, che avrebbero comportato di accogliere la soluzione esattamente opposta, vale a dire la non contrarietà alle direttive europee della sentenza dell'Ad. Plen. 4/2011 che preclude al concorrente di impugnare l'esito della gara solo dopo che dalla stessa una pronuncia del giudice l'abbia escluso. Si noti sin d'ora che *Fastweb* riconosce l'equivalenza tra esclusione disposta d'ufficio dall'amministrazione ed esclusione pronunciata dal giudice.

Poi la sentenza 5 aprile 2016 in causa C 689/13 *Puligienica*⁽⁶⁴⁾, che dichiara di estendere i principi *Fastweb* all'ipotesi di gara alla quale abbiano partecipato più di due concorrenti, concludendo che il diritto europeo osta a che un ricorso principale proposto da un offerente il quale abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto sia dichiarato irricevibile in forza dell'esame prioritario di un ricorso incidentale.

Su tale sentenza tornerò più avanti.

Sennonché pochi mesi dopo Corte di giustizia 21 dicembre 2016 in causa C-244/15, *BTG* sorprendentemente all'apparenza, ma in realtà applicando in modo piano la direttiva ricorsi, conclude nel senso che l'offerente escluso da un provvedimento definitivo dell'Amministrazione non è «offerente interessato» ai sensi dell'art. 2 *bis* di detta direttiva e pertanto la normativa europea non osta, pur in una gara a cui abbiano partecipato due soli concorrenti, a che gli sia negato di ricorrere sostenendo che pure l'offerta dell'aggiudicatario doveva essere esclusa. La Corte dichiara di non discostarsi dalla sentenza *Fastweb* perché in quella vicenda il ricorrente non era stato escluso dall'Amministrazione, ma l'assunto non tiene perché in *Fastweb* risulta confermata l'equivalenza di esclusione disposta da parte dell'Amministrazione e da parte del giudice.

Da ultimo la sentenza 11 maggio 2017 in causa C-731/16 *Archus*, dove tuttavia la questione era diversa: in una gara alla quale avevano partecipato solo due operatori, un'offerta era stata esclusa dall'Amministrazione per inidoneità dei campioni depositati, di cui non era stata consentita la sostituzione; la sentenza stabilisce come a mente del diritto europeo in tale ipotesi il concorrente escluso che ha impugnato sia la propria esclusione vuoi l'aggiudicazione all'altro offerente è legittimato ad agire in giudizio vuoi per ottenere l'aggiudicazione sia in vista della rinnovazione della gara.

Come si vede, *Fastweb*, *Puligienica*, *BTG*, per quanto ampiamente citate dalla Corte europea, non c'entrano per nulla: chi mai metterebbe in dubbio che l'impresa esclusa possa ricorrere contro il provvedimento di aggiudicazione sostenendo che avrebbe dovuto essere ammessa, deducendo inoltre sia censure che, ove accolte, le consentirebbero di uscire vittoriosa nella gara, sia censure miranti alla rinnovazione della gara, a tutela dell'interesse strumentale che le dovesse venire riconosciuto una volta annullata l'esclusione e dunque confermata la legittimazione.

Che c'entra allora tutto questo con il ricorso incidentale escludente?

Del resto, il giudice polacco aveva interrogato la Corte proprio per chiarire se il ricorso avverso l'esclusione fosse esperibile solo in vista dell'aggiudicazione dello stesso appalto oppure anche al fine di ottenere la rinnovazione della procedura. Ed è la Corte di giustizia, sulla qualità delle cui sentenze è oggi più che lecito dubitare, a incorrere in palese confusione.

Tornando ora a Sezioni Unite n. 31226/2017, al di là dell'invasione di campo nella sfera riservata al giudice amministrativo, va detto che tale pronuncia non coglie né la contraddizione tra *Hackermüller* e *Fastweb* né l'irrelevanza della sentenza *Archus* laddove non si contesti la possibilità di ricorrere in sede giurisdizionale avverso l'esclusione anche solo in vista della rinnovazione della gara.

Quanto poi al requisito della cosa giudicata al fine di dichiarare l'offerente non interessato e precludere l'impugnativa dell'aggiudicazione ad altra impresa, basti rilevare, in disparte la circostanza che il carattere definitivo dell'esclusione è attribuito dall'art. 2 *bis* cit. solo a quella

disposta dall'amministrazione, che la sentenza dichiarativa dell'inammissibilità dell'impugnativa principale in accoglimento del ricorso incidentale ben può essere appellata: di conseguenza, in caso di conferma, si formerà proprio la cosa giudicata che elimina ogni ipotetico dubbio sul fatto che il ricorrente originario non rivestiva la qualifica di «concorrente interessato».

11. - Infine un cenno all'attuale stato dell'arte in punto di ricorso incidentale escludente alla luce della più recente ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria⁽⁶⁵⁾.

Ricordato che la sentenza *Puligienica*⁽⁶⁶⁾ menzionava espressamente quale condizione per riconoscere l'ammissibilità del ricorso principale l'interesse ad ottenere l'aggiudicazione della commessa (eventualmente tramite la rinnovazione della gara), un'importante sentenza del Consiglio di Stato⁽⁶⁷⁾ ha escluso un'interpretazione del pensiero della Corte nel senso che l'esame del ricorso principale risulterebbe obbligatorio pure in assenza di qualsivoglia potenziale vantaggio, anche strumentale, derivante dall'accoglimento dell'impugnativa. Tale vantaggio strumentale, allora, va altresì ravvisato, in virtù dell'effetto conformativo della sentenza, in quello al necessario riesame in via di autotutela delle offerte inficiate dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento.

Soluzione brillante, nella sostanza condivisibile, ma che «lascia in ombra» alcuni delicati profili processuali⁽⁶⁸⁾, soprattutto se generalizzati al di fuori del caso specifico, in cui il ricorso era stato proposto dal terzo classificato, il quale, denunciando vizi escludenti nei confronti di chi l'aveva preceduto in graduatoria ed il soggetto vincitore, aveva allegato che nello stesso vizio era incorsa anche l'offerta del quarto e ultimo partecipante.

La *ratio* della pronuncia - l'interesse strumentale deve pur in qualche modo sussistere - giustifica che sia dichiarato inammissibile il ricorso principale, in virtù dell'incidentale escludente, quando risulti in modo inequivoco che nessuna utilità concreta possa derivare in capo al proponente in quanto il vizio prospettato dallo stesso in alcun modo sia in grado di pregiudicare le offerte presentate dagli altri concorrenti.

Ma qualora nel giudizio non siano già in campo per tutti i partecipanti alla gara i vizi in forza dei quali l'effetto conformativo della sentenza indurrà l'Amministrazione con ogni probabilità ad annullare la gara, così giustificando l'interesse strumentale del ricorrente?

È questo il dubbio alla base dell'ordinanza di rimessione di Adunanza plenaria a cui già si è fatto cenno.

Si chiede infatti la V Sezione se in presenza di ricorsi reciprocamente escludenti riferiti a procedura di gara alla quale abbiano partecipato altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione il giudice debba valutare se i vizi prospettati come motivi di ricorso possano in via astratta risultare comuni alle offerte rimaste estranee, e solo in caso affermativo ravvisare esistente l'interesse strumentale del ricorrente principale, che resterebbe escluso dalla gara in forza dell'accoglimento dell'incidentale, ovvero se il giudice medesimo debba in ogni caso esaminare entrambi i ricorsi ed annullare l'aggiudicazione, spettando solo all'Amministrazione eventualmente annullare d'ufficio l'intera gara, essendo sufficiente tale ipotetica evenienza a fondare, per il rispetto dovuto alla pronuncia della Corte europea, l'interesse strumentale del ricorrente principale.

Ora, se si tien conto del fatto che la sentenza *Puligienica*, richiamando il punto 37 delle conclusioni dell'Avvocato generale, afferma testualmente «non è escluso che una delle irregolarità all'origine dell'annullamento delle offerte del ricorrente principale e dell'aggiudicatario vizi parimenti tutte le altre offerte presentate, circostanza che potrebbe comportare la necessità di avviare una nuova procedura» e che subito dopo la sentenza medesima ricollega proprio a tale circostanza l'esistenza dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara⁽⁶⁹⁾, appare in primo luogo lecito osservare che la presenza solo ipotetica di vizi diversi da quelli dedotti dalle parti, inficianti le offerte degli altri concorrenti, non giustificerebbe l'esame di entrambe le impugnative escludenti incrociate: è palese infatti che in tal caso non vi sarebbe modo di individuare un ambito più limitato per l'applicazione dei principi *Puligienica* rispetto al dato fattuale della presenza di un numero di partecipanti superiore a due, al di là di quanto la stessa Corte europea sembra prescrivere, accreditandosi pertanto la sufficienza di un interesse strumentale puramente ipotetico e la giurisdizione assumerebbe un carattere marcatamente oggettivo.

Ed allora la comunanza dei vizi ad altre offerte, se è presupposto necessario per l'applicazione dei principi *Puligienica*, deve essere verificata dal giudice al fine di decidere se scrutinare entrambi i ricorsi reciprocamente escludenti: accoglierli entrambi senz'altro, salvo poi l'eventuale annullamento d'ufficio dell'intera gara da parte dell'Amministrazione che accerti come le altre offerte presentino le stesse mende, significa l'irrelevanza di detta vicenda ai fini del giudizio perché, qualunque cosa faccia poi l'Amministrazione, nel frattempo l'impugnativa incidentale escludente non ha avuto l'effetto di paralizzare il ricorso principale e l'aggiudicazione è stata annullata.

Non resta dunque che riportare all'interno del sindacato del giudice la verifica della comunanza del vizio a tutte le offerte.

Ma a siffatta verifica è dato procedere solo se pure le offerte dei terzi sono dal giudice medesimo esaminabili perché ad esse è stato esteso il ricorso principale⁽⁷⁰⁾, salvo ipotizzare⁽⁷¹⁾ l'allargamento della cognizione del giudice attraverso una mera eccezione rivolta dal ricorrente principale nei confronti dell'aggiudicatario controinteressato e ricorrente incidentale.

Se tale verifica interna al processo manca, il ricorso principale deve recedere a fronte dell'impugnativa incidentale escludente.

E all'obiezione che in tal modo di limiterebbe arbitrariamente l'operatività dei principi enunciati dalla sentenza *Puligienica* replicherei richiamando quanto stabilisce la successiva sentenza *BGT* in punto di inammissibilità del ricorso promosso da chi non sia «offerente interessato».

Del resto non deve trascurarsi che la Corte di giustizia statuisce tenuto conto delle caratteristiche della singola vicenda e in *Puligienica* la presenza del vizio accertato dal giudice anche nelle offerte degli altri partecipanti alla gara è, lo si ripete, elemento portante della decisione adottata⁽⁷²⁾.

12. - La sentenza della Corte costituzionale da cui ha preso le mosse il presente scritto fornisce altresì l'occasione per formulare qualche breve riflessione su temi centrali del processo amministrativo, quali l'interesse legittimo e l'oggetto del giudizio.

Riflessioni che assumeranno in questa sede forma di enunciati per la cui più approfondita analisi, corredata da sufficienti indicazioni bibliografiche, rinvio, chi ne abbia voglia, ai miei precedenti contributi⁽⁷³⁾.

Il giudice delle leggi infatti ribadisce che il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo dipende dalla natura della situazione soggettiva difesa, che per il secondo è costituito appunto dall'interesse legittimo.

Di per sé nulla di nuovo, se non fosse che vuoi l'esistenza dell'interesse legittimo, vuoi la funzione dello stesso ai fini dell'individuazione del giudice vengano contestati da una parte della dottrina.

Cominciando dal secondo profilo, si è ritenuto assai autorevolmente⁽⁷⁴⁾ che il criterio di riparto fondato sulla natura delle situazioni soggettive dovrebbe ritenersi superato.

Già, si dice, a ben vedere detto criterio sembra per un verso già stato abbandonato, subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione, dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite 4 luglio 1949 n. 1657⁽⁷⁵⁾, che aveva individuato nella carenza di potere l'effettivo presupposto per l'attribuzione della controversia al giudice civile⁽⁷⁶⁾, ma soprattutto, per altro verso, dalla sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale, che ravvisa la particolarità della controversia idonea a giustificare la devoluzione alla giurisdizione esclusiva «laddove la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo»⁽⁷⁷⁾.

In realtà⁽⁷⁸⁾ la citata sentenza delle Sezioni Unite riprendeva la tradizionale distinzione, interna agli interessi legittimi, tra interessi occasionalmente protetti e diritti affievoliti⁽⁷⁹⁾, vale a dire quei diritti compenetrati con (e condizionati dal) l'interesse pubblico, sicché di fronte ad essi l'autorità amministrativa «è nella sua attività discrezionale»⁽⁸⁰⁾.

Fu piuttosto la dottrina⁽⁸¹⁾ a trarne spunto per ulteriormente dimostrare la fondatezza della tesi secondo cui non è la discrezionalità del potere⁽⁸²⁾ ma l'imperatività del provvedimento a cagionare la degradazione ad interessi legittimi dei diritti soggettivi (o meglio: l'estinzione di tali diritti e la nascita di interessi legittimi) e dunque comporta che la relativa controversia spetti al giudice amministrativo.

Si tratta tuttavia di una precisazione tutto sommato secondaria a fronte dell'affermazione che il potere avrebbe sostituito l'interesse legittimo quale criterio di riparto.

Più densa di implicazioni, e quindi meritevole di maggiori attenzioni è l'asserzione secondo cui l'interesse legittimo non sarebbe più il criterio che segna il riparto di giurisdizione.

Innanzitutto appare arduo attribuire tale risultato alla sentenza n. 204/2004 del giudice delle leggi: ivi infatti si ribadisce a chiare lettere che la Costituzione ha fatto proprio il sistema previgente recependo «il nucleo dei principi in materia di giustizia amministrativa»: che da siffatto nucleo di principi sia escluso il criterio di riparto fondato sulla natura delle situazioni soggettive non vedo come sia dato dimostrare.

Né in senso diverso, a ben vedere, milita la circostanza che nel definire le particolari materie di giurisdizione esclusiva si affermi la necessità che in dette materie l'Amministrazione operi tramite poteri autoritativi: infatti se l'interesse legittimo è la situazione soggettiva che «dialoga» con detti poteri e se la controversia è caratterizzata dall'intreccio tra diritti e interessi⁽⁸³⁾, ne segue che nella «particolare materia» il potere autoritativo non può mancare⁽⁸⁴⁾.

Diverso discorso è se quale criterio di individuazione nelle singole vicende di un interesse legittimo rivesta un ruolo fondamentale la presenza del potere autoritativo dell'Amministrazione, segnale che consente di costruire come interesse legittimo la situazione soggettiva bisognevole di tutela e dunque di identificare nel giudice amministrativo l'organo deputato a somministrare quella tutela.

D'altro canto mi pare preferibile prendere atto del quadro armonico emergente dai vari articoli della Costituzione piuttosto che valorizzare l'interesse legittimo laddove l'art. 24 della Carta fondamentale lo menziona ai fini della tutela e poi disfarsi della nozione e considerarlo non scritto (o superato dall'evoluzione dell'ordinamento) laddove il successivo art. 103 lo colloca alla base del riparto di giurisdizione.

Sicché appare allora più coerente la posizione di chi nega puramente e semplicemente che esista l'interesse legittimo nella prospettiva dell'unità anche strutturale della giurisdizione, rispetto a quella degli autori che considerano imprescindibile l'esistenza della giurisdizione amministrativa ma ritengono di disfarsi dell'interesse legittimo⁽⁸⁵⁾.

Così che ne verrebbe, per una diversa strada, confermata la presunta contraddizione interna della nostra Costituzione, e dunque, un ribaltamento della portata precettiva dell'art. 103 Cost. in forza della pienezza della tutela che il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi avrebbe prodotto in quanto a detti interessi, si dice, è assicurata la spettanza del bene della vita, per lo meno appunto tramite il risarcimento⁽⁸⁶⁾.

Rimango infatti convinto che, sin da quando si abbandonò l'idea che l'azione ex art. 2043 fosse un'azione tipica in quanto collegata alla lesione dei soli diritti reali, non vi è mai stata alcuna ragione convincente perché dall'«ingiustizia» che seleziona i danni risarcibili venissero esclusi gli interessi legittimi⁽⁸⁷⁾. Ciò significa, detto altrimenti, che, diversamente dall'opinione espressa da una dottrina assai autorevole⁽⁸⁸⁾, da più parti condivisa⁽⁸⁹⁾, l'interesse legittimo «resta immutato sia che la tutela comprenda la risarcibilità, sia che la non ricomprenda»⁽⁹⁰⁾.

D'altro canto non mi pare che l'interesse legittimo garantisca sempre il «bene della vita» o in via diretta o tramite il risarcimento il quale, oltre alla illegittimità del provvedimento richiede la dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie costruita dalla norma⁽⁹¹⁾, con la conseguenza che una vicenda può concludersi senza «bene della vita» e senza risarcimento.

Non mi nascondo che, scartata la tesi della degradazione, quando il potere confligge con un diritto soggettivo al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva, o si ritiene sussistere la giurisdizione ordinaria, che del resto sia pur in alcune limitate ipotesi non è dato disconoscere⁽⁹²⁾, o, se si vuole attribuire la giurisdizione al giudice amministrativo, non resta che postulare la compresenza di entrambe le situazioni soggettive, a seconda del soggetto con cui ci si relaziona. Ma in questa sede ritengo di potermi fermare qui.

13. - Piuttosto mi pare debba convenirsi che l'ultima sentenza della Corte costituzionale rafforza la posizione dell'interesse legittimo, quale situazione giuridica soggettiva che, ancora una volta, potrà essere oggetto di critiche sul piano della teoria generale, ma non espunta dall'ordinamento positivo⁽⁹³⁾.

Non è ovviamente dato nel presente scritto svolgere un'analisi esaustiva di tale figura e delle ultrasecolari discussioni su di essa: del resto lo ha già fatto Franco Scoca nel suo prezioso e fondamentale volume da ultimo apparso, ma appare consentita qualche sintetica riflessione su

alcune costruzioni recentemente riproposte con particolare finezza⁽⁹⁴⁾, per verificarne le ricadute su oggetto e funzione del processo amministrativo.

Preliminarmente sottolineo che a mio avviso non sono fondate le tesi secondo cui l'interesse legittimo, poco «commendevole» peculiarità italiana, non esisterebbe; gli autori citati nei miei scritti a cui ho già fatto più volte riferimento ed ora soprattutto Franco Scoca⁽⁹⁵⁾ hanno dimostrato che, al di là del nome, si tratta di una figura ben conosciuta pure in altri ordinamenti, ed è strumento che rafforza la tutela dei singoli.

E l'annotazione che l'Europa non lo conoscerebbe non pare davvero né esatta (sempre al di là delle denominazioni utilizzate) né rilevante⁽⁹⁶⁾.

Al di là di tali poco persuasive critiche generiche osservo che non convincono neppure le più sottili indagini⁽⁹⁷⁾ secondo cui - movendo da una serrata critica sia delle pretese partecipative al procedimento sia della «collaborazione procedimentale»⁽⁹⁸⁾, richiamando l'insegnamento di Enrico Guicciardi come riproposto da Filippo Satta, per il quale l'interesse legittimo non sarebbe altro che una situazione di fatto, di interesse leso che darebbe adito alla tutela giurisdizionale della lesione⁽⁹⁹⁾, senza però che ciò comporti né la riduzione dell'interesse legittimo a mera azione né l'identificazione dello stesso con il diritto soggettivo⁽¹⁰⁰⁾, ed osservato che l'idea di «pretesa» collocata nel seno del diritto soggettivo contrasta con le moderne teorie civilistiche dell'obbligazione senza prestazione⁽¹⁰¹⁾ - deve concludersi che a fronte del potere dell'amministrazione quale forza attiva controbilanciata dal dovere d'ufficio (di osservare la legge) esistono soltanto o il diritto soggettivo sul bene che il privato intende conservare o la mera aspettativa al bene che egli intende conseguire: in caso di lesione dell'uno o dell'altra si aprirà la strada della tutela giurisdizionale, senza che residui spazio per l'interesse legittimo⁽¹⁰²⁾.

Confesso di non cogliere fino in fondo il pensiero dell'autore: in disparte qualche passaggio che avrebbe meritato maggior approfondimento (ad esempio: non sembra sufficiente accogliere puramente e semplicemente la teoria, minoritaria, dell'obbligazione senza prestazione e dei doveri di protezione per giustificare un nodo argomentativo fondamentale)⁽¹⁰³⁾, non ritengo condivisibile l'idea di sbarazzarsi del testo della Costituzione asserendo che il richiamo allo stesso rappresenterebbe un argomento storicamente superato⁽¹⁰⁴⁾. A maggior ragione se siffatto superamento sarebbe opera della sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, ove si rassicurerebbe che «la presa d'atto dell'inesistenza dell'interesse legittimo non produce effetti sul sistema costituzionalizzato del riparto», sistema fondato sulla presenza della pubblica amministrazione autorità⁽¹⁰⁵⁾: notazione, lo si è già visto, inconferente giacché relativa alle materie in cui, alla luce dell'intreccio diritti/interessi legittimi, è consentita l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva⁽¹⁰⁶⁾.

Si potrà convenire o meno con le tesi di Franco Scoca, sulle quali si tornerà subito, in tema di estinzione dell'interesse legittimo che accompagnerebbe la fine del procedimento o ravvisarvi una sopravvalutazione delle facoltà procedimentali, ma tutto questo non basta a sostegno di una costruzione che identifica nel diritto soggettivo l'unica situazione protetta che, inesistente prima dell'emanazione del provvedimento qualora l'interessato miri ad ottenere il bene proprio tramite il provvedimento stesso, nascerebbe in caso di determinazione illegittima⁽¹⁰⁷⁾.

14. - Ribadito che l'interesse legittimo esiste ed ha natura sostanziale⁽¹⁰⁸⁾, preciso che a mio parere la più convincente definizione è quella proposta da Mario Nigro⁽¹⁰⁹⁾, ma già presente nelle sue linee essenziali negli scritti di Giovanni Miele⁽¹¹⁰⁾, secondo cui detto interesse consiste nella posizione di vantaggio in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione di strumenti⁽¹¹¹⁾ idonei ad influire sul corretto esercizio di quel potere, solo attraverso il quale può attingersi al bene⁽¹¹²⁾.

Il che non significa affatto che l'interesse legittimo non garantisca un'utilità⁽¹¹³⁾, solo che siffatta utilità è differente dal bene oggetto delle aspirazioni del titolare di tale situazione soggettiva.

Il limite consustanziale alla tutela dell'interesse al bene attraverso l'attribuzione di una situazione soggettiva siffatta è dunque l'assenza di strumenti idonei a conseguire il godimento del bene medesimo se non per il tramite dell'esercizio del potere, sul quale peraltro il titolare della situazione soggettiva è in grado, come detto, di influire.

Se tale limite possa essere superato è discusso in due ipotesi ricostruttive, risalenti a contributi già noti ed apprezzati dai rispettivi autori, ma ora riproposte e perfezionate.

La prima identifica il bene garantito al titolare di detta situazione soggettiva, avente natura sostanziale e non meramente processuale, nel provvedimento amministrativo favorevole⁽¹¹⁴⁾, risultato tuttavia che gli strumenti di tutela accordati non possono garantire.

Nel dettaglio, la trasformazione dell'assetto degli interessi avviene per l'esercizio del potere precettivo unilaterale spettante all'amministrazione, con il quale il titolare dell'interesse legittimo «dialoga» tramite facoltà finalizzate ad influire su tale esercizio e a reagire, soprattutto ma non solo, in sede giurisdizionale⁽¹¹⁵⁾.

In definitiva, «l'interesse legittimo, come situazione giuridica soggettiva è interesse all'esito favorevole dell'esercizio del potere precettivo altrui, tutelato mediante facoltà di collaborazione dialettica diretta a influire sul merito della decisione finale, esperibili lungo tutto il corso dell'esercizio del potere»⁽¹¹⁶⁾.

Quasi tutto mi convince in questa analisi, di cui condivido inoltre la segnalazione del carattere meramente descrittivo ed utile solo sul piano pratico della distinzione tra interessi legittimi oppositivi e pretensivi⁽¹¹⁷⁾: vi trovo infatti convergenza nel profilo centrale per cui si tratta di una situazione soggettiva di natura sostanziale che consente di attingere il bene solo attraverso l'esercizio del potere: che poi si ravvisi o meno il bene finale garantito nel provvedimento favorevole e non in quello che il titolare desiderava conservare od acquisire, tutto sommato non mi pare tracci un solco incolmabile⁽¹¹⁸⁾.

Se mai le perplessità concernono la così stretta asserita convivenza dell'interesse legittimo con il procedimento amministrativo da indurre l'autore a sottolineare che terminata la vicenda dinamica del potere si estingue anche l'interesse legittimo, sopravvivendo solo la facoltà di reazione in caso di esito sfavorevole ed illegittimo del procedimento⁽¹¹⁹⁾.

Pertanto non mi sembra che postulare la sopravvivenza dell'interesse legittimo alla conclusione della vicenda dinamica e ricomprensivi la facoltà di reazione processuale risulti in concreto, come accennato, sufficiente a giustificare dissensi se non marginali⁽¹²⁰⁾.

15. - Ben più netta risulta la differenza tra la tesi qui preferita e la seconda ipotesi ricostruttiva in campo⁽¹²¹⁾.

Muovendo dalla distinzione tra configurazione strumentale e formale dell'interesse legittimo, nella prima delle quali «il bene della vita» resta esterno e non viene garantito, nella seconda invece detto bene risulta interno e garantito⁽¹²²⁾, si postula che tale situazione soggettiva esista solo in presenza di norme che consentano l'emanazione del provvedimento favorevole⁽¹²³⁾.

L'interesse legittimo pertanto esiste solo, si dice, se le norme sostanziali garantiscono il soddisfacimento del bene della vita interno a tale situazione soggettiva: ciò risulterebbe palese nelle azioni di adempimento e risarcitoria⁽¹²⁴⁾, ma pure nell'azione di impugnazione, tramite il ricorso incidentale o le eccezioni dei resistenti che dimostrano l'assenza di un presupposto sostanziale che impedisca il conseguimento del bene della vita⁽¹²⁵⁾. È vero, si conclude, che il ricorso può essere accolto solo per censure formali o procedurali, ma «non essendo ancora esclusa la possibilità del conseguimento del bene della vita, sarebbe egualmente protetto l'interesse legittimo finale»⁽¹²⁶⁾.

Ebbene, a me pare che proprio quest'ultima affermazione evidenzia, per la palese contraddittorietà con la tesi di fondo in discussione, l'inaccettabilità della stessa.

Infatti se interesse legittimo è solo quello tutelato da norme sostanziali che garantiscono l'attingimento del bene della vita, l'accoglimento di un ricorso unicamente per vizi formali o procedurali non potrebbe mai aversi perché manca, rispetto ad essi, l'interesse legittimo di cui si chiede la tutela⁽¹²⁷⁾.

Ed allora l'annullamento in discussione dimostra che le norme che disciplinano forma e procedimento tutelano un interesse giuridicamente rilevante, che è appunto l'interesse legittimo, meritevole ex se di tutela giurisdizionale⁽¹²⁸⁾.

Insomma, o il ricorrente dimostra l'esistenza delle condizioni perché venga accolta la domanda, o altrimenti soccombe, poco importa se per difetto di legittimazione⁽¹²⁹⁾, intesa come dimostrazione dell'esistenza della situazione giuridica tutelata ed azionata⁽¹³⁰⁾, ovvero per infondatezza della domanda stessa.

D'altro canto la tesi qui non accolta non pare in realtà condivisa da autori additati come di avviso conforme.

Non da Antonio Romano Tassone⁽¹³¹⁾, quanto meno laddove lo studioso ed amico così prematuramente scomparso limpidamente scriveva che la soluzione del conflitto di interessi può

essere dalla norma risolto stabilendo in astratto ciò che spetta ad ognuno dei soggetti coinvolti e qui si ha il diritto soggettivo; viceversa se la norma disciplina ma non determina l'esito del conflitto ricorre l'interesse legittimo, con la sola «garanzia della possibilità di ottenere un risultato favorevole»⁽¹³²⁾. Dunque, la differenza tra le due situazioni soggettive resta individuata a seconda che venga assicurata la soddisfazione o semplicemente la possibilità di soddisfazione degli interessi⁽¹³³⁾.

Che questo sia il pensiero dell'autore non può nutrirsi alcun dubbio, giacché il medesimo sottolinea ulteriormente che il contenuto specifico della tutela di interesse legittimo sta nella sola possibilità di realizzazione dell'interesse di base del titolare⁽¹³⁴⁾, sicché «la posizione del titolare di un interesse legittimo è dunque contrassegnata da una strutturale incertezza circa l'interesse finale dell'interesse di base»⁽¹³⁵⁾.

Ma neppure Francesca Trimarchi Banfi viene in soccorso alla opinione qui criticata, se conclude il suo articolo rilevando come sia protettiva dell'interesse anche la norma che gli conferisce la possibilità di soddisfazione e come l'interesse legittimo sia la situazione giuridica sostanziale a soddisfazione non garantita⁽¹³⁶⁾.

Infine non mi pare sufficiente ad escludere l'interesse legittimo quale situazione che non garantisce l'attingimento del bene finale il prospettato quadro di situazioni soggettive contrapposte che va al di là della mera relazione pretesa/obbligo caratterizzante, si dice, i diritti di credito⁽¹³⁷⁾.

Ma si tratta di profilo secondario rispetto al dissenso di fondo sopra formulato⁽¹³⁸⁾.

16. - La tesi qui non accolta relativa all'interesse legittimo ha in ogni caso l'indubbio pregio di essere l'unica che giustifica la «trasformazione del giudizio amministrativo in giudizio sul rapporto»⁽¹³⁹⁾, al di là del profilo concernente «l'accoglimento della pretesa», formula di per sé priva di contenuti se non si precisa in che cosa consiste la pretesa medesima alla luce dell'ordinamento positivo.

Infatti sino a quando la da tempo auspicata ed avvenuta trasformazione si traduce nel constatare che l'accertamento del giudice non può fermarsi ai vizi formali dell'atto ma deve estendersi a quelli che inficiano il potere esercitato e via discorrendo, il «giudizio sul rapporto» viene inteso in maniera che tale locuzione è assai povera di significato, anzi risulta utilizzata impropriamente⁽¹⁴⁰⁾.

Inoltre, pur non condividendo affatto che la relazione intercorrente tra il potere autoritativo dell'amministrazione e la situazione soggettiva che con il potere medesimo dialoga, di certo giuridicamente rilevante, debba ritenersi identica a quella caratterizzante l'obbligazione, sicché talvolta occorrerebbe intendersi sul significato dei termini adoperati, accetto di dare per dimostrato che nel giudizio amministrativo viene introdotto un rapporto pretesa/obbligo in forza della natura finale dell'interesse legittimo.

Ebbene, assunto come postulato che il processo amministrativo abbia un oggetto siffatto, se ne dovrebbe trarre la conseguenza che il ricorrente ha un unico onere: affermare la titolarità dell'interesse legittimo⁽¹⁴¹⁾, affidando al giudice il compito di attribuirgli direttamente, accertata l'esistenza di tale interesse e dunque la fondatezza della pretesa ad ottenere il bene della vita, il bene medesimo⁽¹⁴²⁾.

Questo e non altro sarebbe un vero giudizio sul rapporto a tutela di un interesse legittimo definito come pretesa all'ottenimento di un bene della vita.

Senonché la disciplina positiva del ricorso al giudice amministrativo è incompatibile con un processo siffatto, in disparte la circostanza che un simile modello di giudizio dislocerebbe diversamente il potere, attribuendolo al giudice e spogliandone l'Amministrazione, di disporre in ordine alla cura concreta degli interessi pubblici e non già solo dell'impresa a cui spetta eseguire la commessa, secondo la prospettiva fuorviante che dipende dall'espansione oltre il ragionevole di un contenzioso estraneo alle vere controversie per le quali venne opportunamente istituito il giudice amministrativo.

Tant'è che lo stesso Guido Greco, in un recente studio d'aggiornamento del tema⁽¹⁴³⁾, si guarda bene dall'imboccare tale via e, pur auspicando sentenze che definiscano una volta per tutte la «spettanza» del bene, ammette che il giudizio non perviene sempre e comunque a «definire il rapporto»⁽¹⁴⁴⁾, ed anzi chiarisce che «il giudizio di legittimità non può ovviamente sostituire le scelte discrezionali dell'amministrazione»⁽¹⁴⁵⁾.

Del resto proprio l'autore che per primo utilizzò la formula «giudizio di spettanza»⁽¹⁴⁶⁾ ha poi avuto modo di precisare che «nell'interesse legittimo esiste un profilo di spettanza, ma questa non forma il contenuto di una obbligazione che a priori stringa due soggetti, bensì il risultato dell'esercizio legittimo del potere, il quale la definisce. Di fronte alla «pretesa» del soggetto la legge non pone l'amministrazione in posizione di obbligo, ma le impone di esercitare legittimamente il suo potere. È lo svolgimento del potere che genera un risultato che *ex post* - cronologicamente o logicamente - può essere percepito in termini di spettanza»⁽¹⁴⁷⁾.

Tornando al saggio di Guido Greco, l'autore, principiando con l'analisi degli interessi oppositivi, ammette che i vizi dedotti dalle parti «delimitano la portata dalla domanda e l'oggetto del giudizio»; pertanto, aggiunge, «in ogni caso il ricorso non si fonda direttamente e immediatamente⁽¹⁴⁸⁾ sulla situazione giuridica «vantata dal soggetto, ma sui vizi dell'atto dedotti nella domanda»⁽¹⁴⁹⁾.

Non saprei dissentire da siffatte puntualizzazioni, ma non riesco a comprendere come le stesse siano compatibili con un «giudizio sul rapporto» avente alla base l'interesse legittimo che, si dice, richiede per esistere l'obbligo/dovere dell'Amministrazione di rilasciare il provvedimento amministrativo richiesto e dunque l'attribuzione del bene, ovvero solo detta attribuzione nei giudizi senza provvedimento.

Ed altresì sorprendono altre affermazioni, da me totalmente condivise, secondo cui l'accoglimento del ricorso per vizi formali, tuttora ineliminabile perché l'art. 28 *bis* della l. 241/1990 ne dimostra *a contrariis* l'ammissibilità, non comporta alcun giudizio sul rapporto⁽¹⁵⁰⁾. Dunque avremmo un giudizio sul rapporto che si conclude senza accertamento del rapporto, promosso a difesa di una situazione giuridica soggettiva che non è l'interesse legittimo, posto che la «fondatezza della pretesa» resta estranea necessariamente a un ricorso affidato a soli vizi formali.

Né le cose migliorano quando si passa ad esaminare il giudizio di impugnazione a tutela di interessi legittimi pretensivi, poiché al riguardo è dato leggere per l'ipotesi di accoglimento del ricorso per vizi sostanziali: «il rapporto risulterà accertato e definito nei limiti dei vizi accolti e in termini speculari ad essi: il che significa che difficilmente la sentenza di accoglimento, anche basata su vizi procedimentali, sarà in grado di accertare l'intero rapporto»⁽¹⁵¹⁾.

Resterebbe allora l'azione di adempimento, alla quale tuttavia ritengo sembra difficile attribuire un significato ulteriore rispetto a quello ammissibile entro gli stringenti limiti posti dal codice, vale a dire solo nell'ipotesi di attività vincolata e in ogni caso senza la necessità di adempimenti istruttori, fatto sempre salvo il divieto di sostituire l'amministrazione in poteri non ancora esercitati (art. 34, comma 1, lett. c) c.p.a.).

Secondo Guido Greco invece tale azione consentirebbe di esaurire gli spazi di discrezionalità all'interno del giudizio di annullamento⁽¹⁵²⁾.

Ma la norma, quando ai fini dell'ammissibilità dell'azione di adempimento esige che il provvedimento così richiesto sia esercizio di attività vincolata, sin dall'origine o divenuta tale per pregresso esaurimento della discrezionalità, e comunque non abbisogni di incombenze istruttori, si riferisce, individuandola, alla fattispecie quale deve essere al momento in cui tale azione viene proposta, non quale potrebbe risultare al termine del giudizio⁽¹⁵³⁾.

La scelta del legislatore in punto di necessario abbinamento dell'azione in discorso a quella di annullamento conferma che la «pretesa» di cui si chiede la soddisfazione è quella oggetto della domanda connessa⁽¹⁵⁴⁾. Potere non ancora esercitato ai sensi dell'art. 34 comma 2°⁽¹⁵⁵⁾ c.p.a. pare infatti debba essere, in virtù della suddetta connessione necessaria, o un potere diverso da quello in campo⁽¹⁵⁶⁾, ovvero quest'ultimo per i profili estranei ai vizi dedotti nella contestuale azione di annullamento⁽¹⁵⁷⁾.

Ed invero la contestualità o significa che per le due azioni identico è l'ambito cognitivo e quindi per entrambe la causa è matura⁽¹⁵⁸⁾, oppure rappresenta un mero presupposto processuale per poter estendere il giudizio alla dimostrazione che, al di là dei vizi addotti nei confronti della determinazione negativa contestata, l'utilità/bene doveva essere assentita.

Propendere per la seconda soluzione significa, a ben vedere, ammettere implicitamente un giudizio in cui - indipendentemente dalle censure anche sostanziali sollevate, di cui a questo punto sfugge la funzione - sia consentito dar corso ad un'istruttoria (esclusa per vero dalla lettera della norma) che accerti se debba o meno venire attribuito il bene cui il ricorrente aspira⁽¹⁵⁹⁾,

anche trascurando l'ovvio rilievo che accertamento completo del fatto non comporta di per sé l'eliminazione di ambiti discrezionali di scelta⁽¹⁶⁰⁾.

Tanto vale allora schierarsi apertamente in favore di una simile tesi⁽¹⁶¹⁾, cosa peraltro non facile dopo aver più volte riconosciuto che nel giudizio di legittimità non è dato sostituire le scelte discrezionali dell'Amministrazione; non facile proprio perché l'azione di adempimento è interna alla giurisdizione generale di legittimità⁽¹⁶²⁾.

Ancora, il giudizio risarcitorio: si può convenire tranquillamente⁽¹⁶³⁾ sul fatto che si tratta di un giudizio di spettanza, ma qui il «rapporto» potere/interesse legittimo si esaurisce nella verifica della illegittimità del provvedimento amministrativo, acclarata la quale l'accertamento del giudice si rivolgerà agli altri elementi richiesti dall'art. 2043 c.c. perché sussista la fattispecie relativa (nesso di causalità, danno ed elemento soggettivo, se non si preferisce addossare all'Amministrazione il rischio di impresa).

Alla base del dissenso, si colloca, a mo' di conclusione di queste un poco disordinate note, la definizione dell'interesse legittimo come situazione soggettiva che garantisce l'utilità finale, situazione affermata dal ricorrente ma la cui esistenza effettiva deve essere accertata dal giudice.

Giurisdizione di legittimità o di merito o esclusiva, vizi del provvedimento, dedotti o meno, spariscono allora, se si vuol essere coerenti, dalla scena in un giudizio modellato sul tipo di quello affrontato in prevalenza dal giudice civile, in cui, tra l'altro, è ovvio, la legittimazione si pone in modo radicalmente diverso da come oggi comunemente definita⁽¹⁶⁴⁾.

Deve però essere chiaro che pienezza ed effettività della tutela sono richiamate fuori luogo: quello che muta è il diritto sostanziale, nel senso che l'ordinamento protegge l'interesse individuale non già assicurando che sia corretto l'esercizio del potere che dispone del bene/utilità cui il singolo aspira, sibbene dislocando diversamente quel potere, questo sì, effettivo, di cui titolare diventa il giudice⁽¹⁶⁵⁾, al di là della fisiologica vicenda del giudizio di ottemperanza.

Sul che ciascuno può nutrire i convincimenti che preferisce, sui quali chi scrive non si ritiene legittimato, almeno in questa e simili sedi, né a critiche né ad adesioni.

(1) Quando il presente scritto era già in bozze sono apparsi lo stimolante, e come sempre ineguagliabile stilisticamente, intervento nei miei confronti (parzialmente) critico di C. Consolo, *Il caso della soccombenza nella giurisdizione fra struttura interna oggettuale del processo e dibattito odierno sulle tentazioni babeliche delle Corti*, in questa stessa Rivista 2017, 1562 ss., nonché il numero di febbraio del *Foro it.*, con ulteriori contributi, oltre a quelli da me conosciuti in anteprima, circa il Memorandum in questione. Tutto questo è oggetto di una *Postilla* che apparirà in un prossimo numero della *Rivista di diritto processuale*.

(2) R. Villata, *Lunga marcia della Cassazione verso la giurisdizione unica (dimenticando l'art. 103 della Costituzione)* in *Dir. proc. amm.* 2013, 324 ss.

(3) *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in questa Rivista 2014, 285 ss.; *Sui motivi inerenti alla giurisdizione*, ivi 2015, 215 ss.; *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse»?*, ivi 2017, 105 ss.; *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado*, ivi 2017, 1093 ss. Forti critiche agli orientamenti estensivi della Cassazione, qualificati né più né meno che eversivi, si trovano anche in M. Mazzamuto, *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in *Giustamm.it* 27-29, che riprende del resto spunti polemici presenti in contributi dello stesso autore, anche nel presente scritto citati.

(4) Tale dibattito è puntualmente riassunto in P. Tanda, *Il sistema dualistico di contenzioso amministrativo dalla L.A.C. ai recenti orientamenti favorevoli al ritorno del modello monistico a giurisdizione unica*, in *Dir. e proc. amm.* 2017, 85 ss., alla quale, anche per indicazioni, è sufficiente in questa sede rinviare. Ricordo soltanto che il massimo sostegno alla tesi favorevole alla giurisdizione unica è ascrivibile alla «Scuola fiorentina» sulla scia di A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano 2005, ad A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.* 1998, 380 ss. (ma con una rigorosa distinzione tra soluzione auspicata da raggiungere

con una riforma costituzionale e situazione diversa, vigente) nonché, con posizione che mi pare assai peculiare nell'ambito della «Scuola padovana», a F. Volpe, *Sulla ipotesi di riforma del sistema di giustizia amministrativa*, in *Forum A.L.P.H.A.* dedicato a questo problema. Tra i civilprocessualisti basti ricordare i ripetuti, vibranti, interventi di A. Proto Pisani, per quali rinvio ai miei sopra citati scritti.

(5) Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254.

(6) Mi limito ad alcune delle pronunce, che ritengo significative, del nuovo indirizzo inaugurato nel 2008.

(7) Pur avendo il Consiglio di Stato ritenuto sussistere la c.d. pregiudizialità amministrativa, ma comunque, ad avviso delle Sezioni Unite, emesso «una piena pronuncia di rigetto nel merito della domanda».

(8) A tale pronuncia si richiama adesivamente Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2014 n. 1013.

(9) Mi riferisco all'indirizzo inaugurato dallo studio di I. Marino, *Corte di Cassazione e giudici «speciali» (Sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.)*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano 1993, vol. II, 1387 ss., seguita poi da M.V. Ferroni, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova 2005.

(10) Alludo alla monografia di P. Patrito, *I motivi inerenti alla giurisdizione nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli 2016 da me analizzata in *Ancora in tema di inammissibilità*, cit., 1106 ss.

(11) Cfr. in tali sensi C. Ansaldi, *Eccesso di potere e unità della funzione giurisdizionale*, in *Giust. amm.*, spec. 9 ss.

(12) Oltre alle indicazioni che si trovano nei miei precedenti, già citati, scritti cfr. ad es. V. Fanti, *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.* 2014, 876 ss., ove si sottolinea che il nuovo orientamento della Cassazione in realtà maschera da limite esterno il modo di esercizio della funzione giurisdizionale e dunque un limite interno; S. Gattamelata, *Il ricorso in Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, ivi 2014, 1055-1056; E. Follieri, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Giust. amm. it.*; V. Domenichelli, *Alcune note sul ricorso per Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. e proc. amm.* 2015, 607-608; A. Caldarera, *Sul ricorso per Cassazione nel processo amministrativo*, ivi 2017, 873 ss.; F. Manganaro, *Il giudizio di Cassazione nel sistema delle impugnazioni nel processo amministrativo*, in *Giustamm.it*. In linea di massima analoga è la posizione di C.E. Gallo, *L'impugnazione in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Dir. e proc. amm.* 2013, 553 ss., ma con qualche «apertura» a p. 562.

(13) Si tratta dell'indirizzo fatto proprio da Cass. Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312 (per la quale rinvio con ulteriori indicazioni a R. Villata, *Giustizia amministrativa*, cit., 296) seguita da Cass., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242 (sulla quale E. Picozza, *Connessione e cumulo condizionale di domande nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.* 2016, 81 ss.) e da ultimo da Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017 n. 31226 sulla quale, come anticipato, si ritornerà pure per qualche osservazione in tema di ricorso incidentale escludente. Tale indirizzo è criticato pure da S. Gattamelata, *op. cit.*, 1052; A. Caldarera, *op. cit.*, 892; F. Liguori, *La funzione nomofilattica nell'età dell'incertezza*, in *Dir. e proc. amm.* 2017, 594.

(14) A. Proto Pisani-G. Scarselli, *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle Sezioni Unite*, in *Foro it.* 2018, V, 62; A. Carrata, G. Costantino, G. Ruffini, *Per la salvaguardia delle prerogative costituzionali della Corte di Cassazione*, in *Foro it.* 2018, V, 71. Del tutto diversa, e positiva, è stata invece la valutazione di molti. Cfr. infatti G. Silvestri, *La funzione della cultura della giurisdizione e il ruolo della formazione*, in *Giorn. dir. amm.* 2017, 681 ss.; C. Consolo, *Il Memorandum del 15 maggio 2017: ragionevole sogno o vere linee effettive*, ivi, 683 ss.; C. Consolo, *La base partecipativa e la espansione alla nomofilachia*, in *Foro it.* 2018, V, III; V. Cerulli Irelli, testo dattiloscritto della conferenza tenuta il 18 dicembre 2017 in *Italiadecide*; M. Luciani, *Il Memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto*, in *Foro it.* 2018, V, 100.

(15) E negli anni immediatamente successivi pure da Santi Romano, Federico Cammeo ed Oreste Ranelletti, come ricorda E. Follieri, *Il sindacato della Corte di Cassazione*, cit., cui si rinvia per le puntuali citazioni.



(16) Cfr. F. Longo, *Proposte per una riforma del supremo organo giurisdizionale regolatore del riparto di giurisdizione e delle questioni di attribuzione giurisdizionale*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma 1981, 111, 1315 ss.; G. Roehrsen, *Considerazioni sul conflitto di attribuzioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1986, 1211 ss.; L. Maruotti, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *Riv. dir. pubbl. com.* 2012, 705 ss.; M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.* 2012, 1677 ss., 1699; P. Tanda, *Il sistema*, cit., 170 ss. (argomentando dalla presenza di un tentativo della Cassazione di pervenire a un sistema di giurisdizione unica a Costituzione invariata); E. Follieri, *Il sindacato*, ivi, 8-9; A. Caldarera, *Sul ricorso per Cassazione*, cit., 910 ss.; R. Vaccarella, *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, in *Iudicium* 2012; G. Verde, *Il riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.* 2016, 708; Id., *Il difficile rapporto tra il giudice e la legge*, Napoli 2012, 153.

(17) Come fanno A. Proto Pisani - G. Scarselli, *op. cit.*

(18) Tra gli altri Vincenzo Cerulli, Massimo Luciani e Claudio Consolo negli scritti già citati; lo ricorda pure F. Patroni Griffi, *Per un «dialogo tra le Corti», al servizio del cittadino e non di giudici e giuristi*, in *Foro it.* 2018, V, 96. Per altre indicazioni rinvio agli autori citati nella precedente nota 15.

(19) Solo per questo motivo, e non certo per la presunta mancanza di indipendenza dovuta alla parziale nomina governativa del Consiglio di Stato e alla copertura da parte degli stessi di uffici estranei alla funzione giurisdizionale, vicenda comune pure ai giudici ordinari, aderisco sul punto alle obiezioni formulate alla tesi estensiva dell'art. 106, comma 2°, negli scritti in cui si è manifestata la «ribellione» al *Memorandum*.

(20) Sul quale mi permetto di rinviare intanto al mio *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale* ripubblicata, con un *addendum* di aggiornamento, in *Studi di giustizia amministrativa*, Milano 2015, 341 ss. Cfr. poi, oltre agli autori ivi citati, N. Longobardi, *Itinerari della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.* 2013, 687 ss. e P. Tanda, *Il sistema dualistico*, cit.

(21) È, come noto, la tesi seguita dalla Corte Costituzionale a partire dall'altrettanto celebre sentenza n. 191 del 2006, che non mi convince affatto per le ragioni esposte anche in *Dodici anni dopo: il Codice del processo amministrativo*, ora pubblicato in *Scritti*, cit., 63 ss.

(22) Penso naturalmente al tema del risarcimento dei danni, che non a caso fu al centro della polemica tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione (e tema generale affrontato da S. Oggianu, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, Padova 2011 e ripreso ad es. da E. Follieri, *La nomofilachia del Consiglio di Stato*, in *Giustamm.it*).

(23) Si veggano le condivisibili osservazioni di F. Patroni Griffi, *Per un «dialogo tra le Corti»*, cit.

(24) Cfr. da ultimo in argomento A. Fabbri, *La giurisdizione esclusiva dopo il Codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.* 2016, 1211 ss.

(25) A. Proto Pisani-G. Scarselli, *La strana idea*, cit.

(26) In disparte l'osservazione che la giurisdizione esclusiva fu introdotta non nel 1907, come paiono ritenere gli autori citati nella nota seguente, ma nel 1923.

(27) A. Carratta, G. Costantino, G. Ruffini, *Per la salvaguardia*, cit. Non posso su questo, che è il profilo centrale, non convenire con le osservazioni di F. Patroni Griffi, *op. cit.*, quando l'Autore si duole di un'operazione «che sembra obliterare il senso fatto palese dalle parole».

(28) Che l'art. 111 Cost., nuovo testo, non introduca affatto novità su questi temi è rilevato da M. Luciani, *op. cit.*, 102, ove vengono richiamate le numerose e risalenti pronunce della Corte costituzionale che tali principi affermavano vigenti sulla base del testo originario della Carta fondamentale. Del medesimo autore veggasi pure, per più ampi sviluppi, *Il «giusto» processo amministrativo e la sentenza amministrativa «giusta»*, in *Dir. proc. amm.* 2018, 36 ss., spec. 41 ss. e ivi ampie indicazioni. Cfr. pure F. Manganaro, *op. cit.*, 7. M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2013, 101 ss.

(29) Ricorda A. Travi, *Intervento*, al Seminario di Studi sul tema «Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della

Cassazione» tenutosi in Roma il 21 settembre 2017: «Non si può confondere la valutazione di un sistema e di una disciplina secondo canoni giuridici, dall'interpretazione della legge e dalla sua applicazione. Una cosa è ragionare, in termini giuridici, su un certo sistema per la sua riforma e altra cosa è applicare le norme vigenti. La distinzione è fondamentale, perché coinvolge il ruolo della legge e, profilo ad esso strettamente legato, l'indipendenza del giudice. Il giudice, nel nostro sistema costituzionale, è chiamato ad applicare la legge e non a cambiarla: ciò vale a maggior ragione per una giurisdizione superiore che ha come ragione proprio la garanzia della nomofilachia». Non meno decise sono le osservazioni critiche di A. Travi, *Rapporti fra giurisdizioni e interpretazioni della costituzione*, in *Foro it.* 2018, V, 111: «Il problema di fondo è dunque riconducibile al declino della 'ragione giuridica' e, in termini corrispondenti, alla 'libertà' che contraddistingue questa interpretazione» della questione di giurisdizione, libertà, si conclude, «legittimata» solo sul piano di fatto, in quanto assunta da un giudice di ultima istanza. Assai significative sono pure le riflessioni di M. Luciani, Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana, in *Riv. AIC*, n. 3/2012, spec. 4 ss., e di G. Verde, L'effettività della tutela (in occasione di un convegno in omaggio a Salvatore Mazzamuto).

(30) Così A. Travi, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corriere giur.* 2006, 141 ss.

(31) Così si esprime A. Travi, *Intervento*, cit., al quale si rinvia anche per convincenti riflessioni.

(32) L'altra fattispecie «classica», vale a dire il difetto di composizione del Collegio giudicante, oltre che estremamente rara, dovrebbe essere ricostruita piuttosto in termini di radicale nullità della sentenza.

(33) Si vedano ad es. gli scritti già citati di E. Follieri, V. Fanti, A. Caldarera, M. Mazzamuto Più articolato è il pensiero di C.E. Gallo., e di R. Cavallo Perin, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti della pubblica amministrazione*, in *Dir proc. amm.* 2016. 1004 ss.

Cfr. poi V. Domenichelli, *Alcune note sul ricorso per Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato*, cit., 603 e ss., ove accanto a plurimi rilievi condivisibili si trova un non condivisibile accenno a ravvisare questioni di giurisdizione laddove si controverta sulla legittimazione. Ribadisce la sussistenza di questa ipotesi di questione di giurisdizione ad es. Cass. Sez. Un., 5 ottobre 2015 n. 19787. Altri esempi sono ricordati nei miei scritti già citati a cui ovviamente qui rinvio insieme ad un antico saggio dedicato giusto cinquant'anni fa [all'art. 41, comma 2, c.p.c.](#), ripubblicato con qualche ulteriore notazione in *Scritti*, cit., 143 ss. Il regolamento preventivo di giurisdizione vedo ora in termini positivi richiamato da C. Consolo, *op. cit.*, cosa che consente, se non erro, di rivalutare, contro le pungenti critiche di Franco Cipriani, alcune riflessioni contenute in quel saggio.

(34) Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6284.

(35) Dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato con ord. 6 novembre 2017 n. 5103, dopo che la stessa Sezione aveva messo in dubbio la sentenza Sez. III 26 agosto 2016 n. 3708 alla quale la giurisprudenza successiva del giudice d'appello, anche della Sezione remittente, si era in linea di massima attenuta.

(36) Sottolinea l'irrelevanza della gravità del vizio A. Travi, *Intervento*, cit. 4: La soluzione «che valorizza la gravità della violazione non è accettabile perché rispetto al tema della giurisdizione le soluzioni non possono essere che nette; la violazione si configura perché non è stata rispettata una norma, non perché l'inosservanza della norma sia più o meno censurabile».

(37) Evidenza condivisibilmente A. Travi, *Intervento*, cit., come anche sul piano pratico introdurre valutazioni in termini di gravità sia solo foriero di complicazioni.

(38) Come assai noto, il che mi esime in questa sede di citazioni più particolari, su tale argomento l'Adunanza plenaria ha avuto modo di esprimersi con le sentenze n. 11/2008, n. 4/2011, n. 9/2014.

(39) *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui parteciparono due soli concorrenti*, ora in *Scritti*, cit., 791 ss.; *L'Adunanza plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e incidentale*, ivi, 811 ss.; *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, ivi, 817 ss.; *Annotando gli annotatori*, ivi, 871 ss.; *Ricorso incidentale escludente*

ed ordine di esame delle questioni: un dibattito ancora vivo, ivi, 881 ss.; *Finale di partita?*, ivi, 888 ss.

(40) In precedenza la giurisprudenza non nutriva dubbi circa il ricorso incidentale escludente che contestasse il difetto di legittimazione/interesse della ricorrente principale.

(41) Quali l'eventuale assegnazione della commessa a un partecipante sulla legittimità dell'offerta del quale il giudice non si era in alcun modo pronunciato.

(42) Che dò per note, e ai quali aggiungo, di recente, M. Timo, *Il ricorso incidentale escludente nella giurisprudenza dell'Adunanza plenaria alla luce dell'ultima pronuncia del giudice comunitario*, in *Giustamm.it*; A. Squazzoni, *Sul necessario esame delle censure escludenti invocate a prescindere dal numero dei concorrenti e della differenza tra motivi ed effetti escludenti. Il monito (forse tardivo?) della Corte di giustizia*, in *Dir. proc. amm.* 2016, 790 ss.; L. Bertonazzi, *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligienica*, ivi, 1198 ss.; C. Lamberti, *La Corte di giustizia promuove l'interesse strumentale e il suo vincolo di interprete (unica) del diritto europeo*, in *Urb. app.* 2016, 1084 ss.; E. Follieri, *Individuazione degli interessi protetti dall'ordine di trattazione dei ricorsi reciprocamente escludenti*, in *Giur. it.* 2014, 2555 ss.; A. Giusti, *Il futuro del ricorso incidentale nelle controversie sui contratti pubblici*, in *Giur. it.* 2016, 2221 ss.; E. Tedeschi, *Rapporto tra ricorso principale ed incidentale in materia d'appalto: profili oggettivi della giustizia amministrativa e integrazione europea*, in *Dir. proc. amm.* 2017, 1436 ss.; l'attenta monografia di C. Benetazzo, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Padova 2016, le cui tesi ha avuto modo di discutere in quanto anticipate in articoli già pubblicati e il saggio di L. Presutti, *L'ordine di trattazione dei ricorsi tra storia e sistema*, in *Dir. e proc. amm.* 2016, 701 ss., che confesso di non aver apprezzato, non certo per le tesi sostenute, ma per il modo in cui vengono espone e la mancanza di solide basi di diritto processuale, sostituite dall'enfaticizzazione di principi quali effettività, parità delle armi, primato del diritto europeo, in realtà poco pertinenti; si confronti tale saggio con i contributi di A. Squazzoni, le cui tesi non condivido ma costituiscono l'occasione di un dibattito connotato dal rispetto reciproco, per cogliere le differenze che individuano il vero studioso; di L. Presutti apprezzo tuttavia lo sforzo, nell'ultima parte dell'articolo, di analisi delle varie situazioni prospettabili alla luce di Ad. Plen., 9/2014, pur se con qualche contraddizione e la convinta eccessiva fiducia in punto di indiscutibilità delle opzioni preferite.

(43) Tesi ad es. fatta propria da C. Benetazzo, *Ricorso incidentale*, cit., 271 e ivi ulteriori indicazioni e da L. Presutti, *L'esclusione*, cit., 767, che dichiara di non comprendere perché il soggetto che abbia partecipato, ancorché illegittimamente, alla gara debba essere equiparato al soggetto che non vi ha partecipato, tacciando di irragionevolezza e violazione del principio di eguaglianza la tesi criticata.

(44) Sentenza di cui, si badi bene sin d'ora, non si pretende affatto il passaggio in cosa giudicata.

(45) Viene così smentita l'impostazione di C. Benetazzo, *Ricorso incidentale*, cit.; E. Follieri, *Individuazione*, cit., 315; L. Presutti, *L'ordine di trattazione*, cit. 723.

(46) Quale conseguenza della giurisprudenza europea in punto di ricorso incidentale escludente: A. Giusti, *op. cit.*, 2231; E. Tedeschi, *op. cit.*, *passim*. Diversa è l'opinione di A. Squazzoni, *Morire per il ricorso incidentale paralizzante?*, in *Dir. proc. amm.* 2018, 440 ss.

(47) Si tratta di un richiamo, presente in Ad. Plen., n. 11/2008, che viene in modo pertinace ripreso dalla nutrita dottrina che sostiene la tesi secondo cui il ricorso principale deve essere deciso anche in presenza di un'impugnativa incidentale escludente. Da ultimo si vedano gli scritti di C. Benetazzo e L. Presutti citati nelle precedenti note.

(48) L. Presutti, *op. cit.*, 722, si esprime in termini di «abnorme vizio logico» nel quale sarebbe incorsa la citata pronuncia.

(49) Così M. Timo, *op. cit.*, 19; C. Benetazzo, *op. cit.*, 137 ss., 152.

(50) L. Presutti, *L'ordine di trattazione*, cit., 720.

(51) L. Presutti, *op. cit.*, 722.

(52) L. Presutti, *op. cit.*, 723.



(53) A tale proposito basti qui richiamare M. Luciani, *Il «giusto» processo*, cit., 56 ss., ove decisive critiche nei confronti di teorie che, assegnando prevalenza al fatto rispetto alla norma, dissolvono la forza precettiva del diritto. Il saggio segnala altresì il difetto di legittimazione di un giudice che dichiara di interpretare la coscienza sociale nonché precisa come nello Stato costituzionale di diritto «sentenza giusta» è «quella che rispetta la legalità», sostanziale e processuale. Veggasi anche F. Patroni Griffi, *La sentenza giusta e il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2018, 106 ss., con equilibrate conclusioni alle pp. 126-127.

(54) Ritengo si debba rifuggire da esempi solo all'apparenza rilevanti per il problema. Così è vero (faccio riferimento al caso prospettato da A. Squazzoni, *Il monito*, cit.), che la prevalenza del ricorso incidentale comporterebbe la conferma dell'aggiudicazione a un concorrente pluricondannato per turbativa d'asta e corruzione che ha presentato l'offerta fuori termine (tutti vizi dedotti nel ricorso principale) a fronte del secondo in graduatoria (ricorrente principale) nella cui offerta manca lo scorporo degli oneri di sicurezza, motivo fatto valere nel ricorso incidentale. Ma la stessa situazione si verificherebbe ove venisse dedotta l'eccezione di tardività nella notifica o nel deposito del ricorso principale: insomma è la mera inevitabile conseguenza di una carenza in rito che preclude l'esame del merito. Neppure deve sconcertare l'esempio - che pare così dirompente a M. Giavazzi, *La legittimazione processuale nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2012, 152-153, cui aderisce C. Benetazzo, *Ricorso incidentale*, cit., 186 - che a fronte di un'aggiudicazione illegittima l'esito della gara, pur impugnato, rimarrebbe o meno viziato a seconda che fosse intervenuto un annullamento in autotutela dell'aggiudicazione stessa. Nel dettaglio l'esempio è il seguente: A che si era aggiudicata la gara impugna l'annullamento d'ufficio e conseguente aggiudicazione alla seconda B; B contesta con ricorso incidentale l'illegittima ammissione di A alla procedura; B resta aggiudicataria. Se invece l'Amministrazione non ha annullato d'ufficio la graduatoria, l'impugnativa è promossa da B e A notifica un ricorso incidentale escludente, B soccombe e l'aggiudicazione illegittima resta ad A. Ebbene, ciò non deve scandalizzare perché il processo amministrativo è volto a tutelare situazioni soggettive, non a garantire l'oggettiva legittimità degli atti di gara; in entrambe le vicende risulta tutelato l'interesse della parte vittoriosa nel giudizio: quello alla conservazione dell'aggiudicazione conseguita in forza dell'atto di autotutela o in virtù dell'esito della gara.

(55) Da A. Squazzoni, *Il monito*, cit., 823-824.

(56) Da un altro punto di vista a me non sembra azzardato osservare (si veda anche A. Carbone, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.* 2013, 402) che l'accoglimento di entrambi i ricorsi produrrebbe - in quanto ciascuno, mirando ad escludere la controparte dalla gara, incide prima di tutto sulla legittimazione processuale, che solo la partecipazione alla gara stessa fonda - quale esito del giudizio non l'annullamento dell'aggiudicazione e l'estromissione dalla procedura di entrambi i contendenti, sibbene l'inammissibilità di tutte e due le impugnative per difetto di legittimazione, questione di rito che preclude l'esame dei rispettivi meriti, rimanendo così immutato il risultato della gara contrattuale, vale a dire, piuttosto paradossalmente, lo stesso esito del ricorso incidentale escludente classico, con la sola differenza che risulterebbe allora mancante non la legittimazione ma l'interesse processuale del ricorrente principale. Non mi sembra decisiva l'obiezione di A. Squazzoni, *Il monito*, cit., 827, secondo cui essendo coesistente ad una duplice dichiarazione di inammissibilità l'annullamento degli atti (di mancata esclusione), e quindi l'accoglimento dei ricorsi incrociati, non vi sarebbe alcun spazio logico per una duplice declaratoria in rito. Pare invece che il giudice dovrebbe dichiarare inammissibili entrambi i ricorsi, impedendogli la questione di rito postagli da ciascuno di entrare nel merito delle censure dell'altro. Mi rendo conto peraltro che si tratta di una prospettiva scivolosa.

(57) Nelle accese critiche che L. Presutti, *L'ordine di trattazione*, cit., 735 ss. muove a Ad. Plen. 9/2014, in verità non al riparo da dubbi, ma tutto sommato meritevole nel complesso di apprezzamento, l'autore sostiene ad esempio che nell'ipotesi sub ii) il ricorrente perderebbe, secondo la Plenaria medesima, la legittimazione al ricorso pur nella sussistenza di un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera gara, addirittura oggetto principale della domanda (*op.*



cit., 740). Ma l'autore dimentica come secondo la tesi del giudice amministrativo, che naturalmente ben può essere criticata ma non accusata di un'inesistente contraddittorietà, non esiste interesse strumentale in capo al soggetto privo di legittimazione in quanto escluso a contestare, sotto qualsivoglia profilo, gli esiti di una gara.

(58) Invece nell'ipotesi, su cui pure L. Presutti, *op. loc. ult. cit.*, di ricorso principale escludente ed incidentale che si limiti a chiedere l'annullamento dell'intera gara manca ovviamente l'incrocio di cui si discute.

(59) Cons. Stato, Sez. III, 10 novembre 2017 n. 5182.

(60) Così A. Squazzoni, *Morire per il ricorso*, cit., 453.

(61) Che ricollega il ricorso incidentale alla tutela di un interesse che sorge solo a seguito del ricorso principale. Cfr. per tutti G.P. Cirillo (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Torino 2017, 388 ss.; F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino 2013, 329 ss.; F. Caringella-M. Protto, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma 2012, 608 ss.; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2013, 255 ss.

(62) Quelle di Piras e Capaccioli, come invece ritiene A. Squazzoni, *op. ult. cit.*, 450. Riflessioni critiche sul c.d. rito specialissimo in relazione alla preclusione di ricorsi incidentali, in A. Giusti, *Il futuro*, cit., 2232-2233.

(63) Su tali pronunce cfr. da ultimo A. Giusti, *Il futuro*, cit.; E. Tedeschi, *Rapporto*, cit.

(64) Cfr. anche per indicazioni, C. Benetazzo, *Ricorso incidentale*, cit., 137 ss.

(65) Sez. V, 6 novembre 2017, n. 5103.

(66) Sulla quale cfr. pure le equilibrate riflessioni di C. Lamberti, *La Corte*, cit., e a p. 1089 la segnalazione del diverso ordine di valori seguito dalla giurisprudenza interna e dalla Corte europea. Serrate critiche alla pronuncia sono mosse condivisibilmente da A. Squazzoni, *Il monito*, cit., 808 ss.

(67) Sez. III, 26 agosto 2016 n. 3708, in *Dir. proc. amm.* 2016, 1198 ss.

(68) Illustrati da L. Bertonazzi, *Ordine di esame*, cit., 1210 ss. Tali profili sono alla base della dura critica mossa alla sentenza da A. Squazzoni, *Morire per il ricorso*, cit., 455 ss., il quale tuttavia non mi pare prenda in adeguata considerazione il fatto che la comunanza dei motivi escludenti alle altre offerte è considerata elemento decisivo nella sentenza *Puligienica*.

(69) Il tal modo la sentenza nel valorizzare l'interesse strumentale pare riprendere la posizione dell'Avvocato generale, il quale assurdamente riferisce tale possibilità alla fattispecie del giudizio in cui venne sollevata la questione, nel quale le imprese rimaste erano solo due. Contraddizione ben rilevata da A. Squazzoni, *op. cit.*, 508.

(70) Eventualmente tramite un'integrazione dei motivi, il cui interesse sia nato a seguito della notifica del ricorso incidentale.

(71) Tesi peraltro difficilmente sostenibile, a meno che l'intera vicenda sia riletta muovendo dall'attribuire la natura di mera eccezione al ricorso incidentale escludente.

(72) Piuttosto, se si volesse preferire un'interpretazione estensiva della sentenza *Puligienica*, basata sull'asserita *ratio* della stessa, dovrebbe ipotizzarsi che il ricorrente principale, al fine di superare l'effetto dell'incidentale escludente, integri con motivi aggiunti l'impugnativa originaria estendendola a tutti gli altri offerenti anche per motivi diversi da quello che inficia l'offerta del controinteressato: in tal modo, quanto meno, l'interesse strumentale risulterebbe, all'esito del giudizio eventualmente effettivo e non solo ipotetico.

(73) Oltre agli *Scritti*, cit., alla monografia apparsa nel 1971 in tema di *Esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*.

(74) Tra gli altri da F.G. Scoca e V. Cerulli Irelli: cfr. le note seguenti.

(75) In *Giur. it.* 1950, I, 170.

(76) Cfr. in tal senso V. Cerulli Irelli, *La giurisdizione amministrativa nella costituzione*, in *Astrad*, 9. Ma si tratta di rilievo più volte ricorrente nei fondamentali saggi di F.G. Scoca (un cenno da ultimo in *L'interesse legittimo*, Torino 2017, 434).

(77) Così V. Cerulli Irelli, *La giurisdizione amministrativa*, cit., 10-11.

(78) Lo ricordavo già in *L'esecuzione*, cit., 132.



(79) È la tesi, per anni dominante, di O. Ranelletti, da ultimo in *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano 1937, 168-169.

(80) Così testualmente O. Ranelletti, *op. cit.*, 168.

(81) Soprattutto M.S. Giannini in numerosi scritti tra cui la voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano 1959, 147 ss, 195 ss. e in *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in questa *Rivista* 1964, 531.

(82) La rilevava esattamente già F.G. Scoca, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni delle pubbliche amministrazioni*, Milano 1965, 106, in nota. Per più complete indicazioni rinvio a R. Villata, *L'esecuzione*, cit., 131 ss.

(83) Così ora anche la sentenza della Corte n. 6/2018.

(84) Ad avviso di V. Cerulli Irelli, *La giurisdizione amministrativa*, cit., questo passaggio della sentenza va criticato perché costituirebbe un passo indietro che metterebbe in crisi la legittimità costituzionale di alcune ipotesi di giurisdizione esclusiva. Ma a mio avviso la sentenza è anche in detto passaggio coerente con il quadro complessivo dei principi dalla stessa posti.

(85) È questa la posizione di M. Mazzamuto, del quale veggasi da ultimo pure *Le tecniche di attuazione*, cit. e mi pare anche di N. Paolantonio, *Esistenza dell'interesse legittimo? (rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.* 2015, 1 ss. Cfr. però diversamente C.E. Gallo, *I problemi della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi sessant'anni dopo*, in *Dir. ec.* 2013, 1 ss.

(86) È questa la tesi di G. Verde, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 698-699 che così replica ad una mia obiezione. Rinvio a tale proposito agli scritti citati alla precedente nota 2. Secondo l'autore dunque l'interesse legittimo non è, come riteneva M. Nigro, una pretesa a un bene della vita «a soddisfazione non necessaria», ma pretesa «a soddisfazione, ma non a reintegrazione, necessaria».

(87) Confermo quindi quanto scrivevo quasi cinquant'anni fa a favore della risarcibilità degli interessi legittimi, da ritenersi esistente proprio in forza dell'art. 2043 c.c., e nei termini da tale norma posti, senza che ciò incida sui contenuti di tutelabilità all'interesse legittimo (cfr. *L'esecuzione*, cit., 355 ss.).

(88) Naturalmente alludo ad Alb. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.* 1998, 1 ss.; Id., *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.* 1999, III, 3322 ss.

(89) Tra gli altri M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, Napoli 2008, 153-154; L.R. Perfetti, *Manuale di diritto amministrativo* 2007, 60-61.

(90) Così esattamente F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 324.

(91) E quindi il danno e la colpa che non sempre accompagnano l'illegittimità del provvedimento.

(92) Si vedano sul punto le fattispecie menzionate da V. Cerulli Irelli, *La giurisdizione amministrativa*, cit., 9.

(93) Nemmeno nel recente *L'interesse legittimo: profili di teoria generale*, in *Dir. e proc. amm.* 2017, 1639 ss., M. Mazzamuto mi pare riesca a dimostrare il contrario.

(94) Essenzialmente due, che si devono rispettivamente a Franco Scoca e Guido Greco.

(95) *L'interesse legittimo*, cit., sin dalla bellissima *Presentazione*.

(96) Per una recente affermazione dell'esistenza e rilevanza degli interessi legittimi cfr. ad es. M.C. D'Arienzo, *Trasmissibilità dell'interesse legittimo e circolazione dei diritti edificatori tra previsioni codicistiche e suggestioni giurisprudenziali*, in *Dir. e proc. amm.* 2016, 973 ss.

(97) Mi riferisco alle tesi di N. Paolantonio, *Esistenza dell'interesse legittimo?*, cit., che sin dal titolo riprende e sviluppa le posizioni ultime di Franco Ledda.

(98) Così N. Paolantonio, *op. cit.*, 31-32. Per una prospettiva diametralmente opposta, che valorizza siffatta collaborazione ad es. S. Tarullo, *Le tutele del privato nel procedimento e nel processo tra logica di spettanza e logica di correttezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.* 2016, spec. 869 ss.

(99) N. Paolantonio, *op. cit.*, 21, L'obiezione ivi richiamata di F. Satta si trova in *Giustizia amministrativa*, Padova 1997, 155, Diversa è la posizione di F. Trimarchi Banfi, *L'interesse*



legittimo: teoria e prassi, in *Dir. proc. amm.* 2013, 1005 ss.: è vero che l'autrice ripetutamente si interroga su come l'interesse di fatto possa assurgere a interesse legittimo e ritenga come talvolta il giudice si fermi al requisito della differenziazione, che non è ancora tutela ad opera della norma, ma poi conclude che l'interesse legittimo è pretesa ad un atto conforme a norme protettive dell'interesse.

(100) N. Paolantonio, *op. cit.*, 21-22.

(101) N. Paolantonio, *op. cit.*, 42.

(102) N. Paolantonio, *op. cit.*, 45.

(103) Di tale teoria ho avuto modo di occuparmi in *Scritti*, cit., 33 ss., 69 ss. e ivi ulteriori indicazioni.

(104) Così invece N. Paolantonio, *op. cit.*, 46.

(105) Così invece N. Paolantonio, *op. cit.*, 47.

(106) Del resto lo stesso N. Paolantonio, *op. cit.*, nt. 136 ricorda come la sentenza 204/2004 cit. recepisca la distinzione tra le giurisdizioni sulla base della natura delle situazioni soggettive.

(107) N. Paolantonio, in uno scritto di imminente pubblicazione su *Dir. proc. amm.*, dal titolo *Centralità del cittadino ed interesse legittimo (oltre le categorie per una tutela effettiva: l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca)*, insistendo quanto al pensiero di Oreste Ranelletti su una posizione che non condivido, ripiega, se non erro, su un tema che però ha poco da spartire con la critica all'interesse legittimo, vale a dire l'esigenza di un giudice che sia veramente terzo e di un rapporto veramente paritario (nel processo, ritengo). Tutto ciò però conduce a problematiche del tutto diverse (quali la condizione giuridica dei Consiglieri di Stato), sulle quali non ritengo pertinente qui indugiare. Segnalo soltanto che mi pare si trascuri che pienezza della tutela e giudice demiurgo in grado di risolvere tutti i problemi inerenti alla gestione degli interessi pubblici corrano su crinali differenti. Ma forse qui si trovano gli amari frutti della distorsione del processo amministrativo quando ha ad oggetto le controversie sugli appalti.

(108) Cfr. ancora A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 49 ss. e segnatamente 68-69; S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano 2016, 89 ss.; G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel processo amministrativo*, Rimini 2016, 86 ss.

(109) Che si tratti della definizione oggi più seguita è notazione pure di S. Tarullo, *Le tutele del privato*, cit., 850.

(110) Esposta in G. Miele, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. amm.* 1944, 120. Cfr., se si vuole, R. Villata, *L'esecuzione*, cit. 489 ss.

(111) Quindi a mio avviso i mezzi di tutela rilevano ai fini dell'individuazione dell'interesse legittimo e, come osserva M. Mazzamuto, *L'interesse legittimo*, cit., 1650, non scompaiono neppure nelle tesi di Franco Scoca.

(112) La definizione originaria di Mario Nigro si trova nella prima edizione di *Giustizia amministrativa*, Bologna 1973, in parte modificata nelle edizioni successive pubblicate a cura di E. Cardi e A. Nigro: cfr. pp. 103-104 della V ed., Bologna 2002. Quindi l'interesse legittimo risulta tutelato dalle norme che, disciplinando il potere, hanno altresì la funzione di qualificarlo. A questo punto, si badi, qualunque vizio di legittimità del provvedimento di per sé rileva ai fini della tutela, giacché non rileva la diretta inerenza all'interesse delle norme violate. In altri termini non condivido la selezione dei vizi censurabili sulla base di quelli che garantirebbero l'utilità finale: basta il caso dell'incompetenza a dissuadere dal suffragare una diversa tesi. Su tale problematica cfr. ancora lo studio di F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo*, cit.

(113) Su ciò condivido il pensiero di M. Mazzamuto, *L'interesse legittimo*, cit., 1653.

(114) È la tesi cui perviene F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., spec. 453 ss. dopo una nutrita serie di pregevoli contributi dedicati a tale figura soggettiva sin dagli anni '60 del secolo scorso. Si badi bene, provvedimento favorevole e non provvedimento legittimo, che farebbe ricadere nell'inaccettabile interesse alla legittimità dell'azione amministrativa quale *proprium* dell'interesse legittimo: F.G. Scoca, *op. cit.*, 413 ss.

(115) Così F.G. Scoca, *op. cit.*, 453-454.



(116) F.G. Scoca, *op. cit.*, 459-460. Non mi pare convincente M. Mazzamuto, *L'interesse legittimo*, cit. 1653, quando, se non erro, identifica il potere precettivo con le facoltà ricomprese nel diritto soggettivo o rammenta che taluni riconducono al potere anche il diritto soggettivo.

(117) Cfr. infatti F.G. Scoca, *op. cit.*, 460, nt. 158.

(118) Anche sulla qualificazione di situazione attiva o inattiva dell'interesse legittimo: se riferita al c.d. bene della vita è consentito ragionare in termini di situazione inattiva perché non in grado di assicurare direttamente quel bene, se riferita al potere dell'amministrazione è certamente una situazione attiva. Cfr. sul punto F.G. Scoca, *op. cit.*, 457. Lo stesso è a dirsi per la negazione del carattere di situazione di vantaggio che l'autore, *op. cit.*, 458 riconduce solo alle situazioni soggettive statiche, tra le quali tuttavia ricomprende i diritti soggettivi, sia reali sia di credito. È palese allora che definire l'interesse legittimo situazione inattiva di vantaggio o attiva cui non è ex se predicabile questa ulteriore qualifica dipende da differenti presupposti di teoria generale a monte, ma che sul piano operativo ritengo perdano d'importanza.

(119) Così F.G. Scoca, *op. cit.*, 456.

(120) Diversamente dunque da M. Mazzamuto, *L'interesse legittimo*, cit., al quale mi permetterei di rivolgere la domanda: in che cosa l'allora necessaria conclusione che l'unica situazione giuridica soggettiva protetta sarebbe il diritto soggettivo favorisce la salvaguardia del sistema gli sta a cuore, al prezzo di considerare non scritte norme anche presenti in Costituzione?

(121) Sostenuta da G. Greco, *Dal dilemma Diritto soggettivo - Interesse legittimo alla differenziazione Interesse strumentale - Interesse finale*, in *Dir. amm.* 2014, 479 ss.; Id., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, ivi, 585 ss.

(122) Così G. Greco, *Dal dilemma*, cit., 486-487; *Il rapporto*, cit., 592-593.

(123) G. Greco, *Dal dilemma*, cit., 487.

(124) G. Greco, *Dal dilemma*, cit., 489 ss.

(125) G. Greco, *Dal dilemma*, cit. 503-504.

(126) Così testualmente G. Greco, *Dal dilemma*, cit., 505.

(127) In effetti la cosa non sfugge a G. Greco, *Giudizio sull'atto e giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, estr. da *Dir. soc.*, n. 2/2016, 36, laddove scrive che in caso di annullamento per vizi formali l'interesse legittimo non viene accertato, ma ritiene di potersi limitare a rilevare che allora deve riconoscersi come «l'ambito di protezione dell'interesse legittimo non coincide con la definizione dello stesso». Dunque avremmo una sentenza d'accoglimento a tutela di una situazione soggettiva che non è l'interesse legittimo e un interesse legittimo da definirsi indipendentemente dall'ambito di protezione assicurato dall'ordinamento.

(128) Non ritengo infatti sostenibile che un giudizio si chiuda favorevolmente impregiudicata la verifica della legittimazione processuale, che sarebbe rimessa a un futuro nuovo giudizio, mentre in quello definito sarebbe ancora solo potenziale. Per una critica alla tesi di Guido Greco su questo aspetto cfr. F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 414-415, alla quale aggiungerei che non solo all'interno del procedimento la spendita di facoltà è espressione di una situazione giuridica già esistente.

(129) Cfr. G. Greco, *Il rapporto*, cit., 606-607.

(130) Non ignoro che nel processo civile l'opinione prevalente, abbandonando l'impostazione di Chiovenda e svincolando l'azione dall'esistenza del diritto vantato, è nel senso di configurare la legittimazione come condizione dell'azione che si determina sulla base della mera affermazione della titolarità del diritto: così, anche per indicazioni in vario senso, R. Oriani, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli 1977, 154 ss. spec. 158. Che la legittimazione quale condizione dell'azione sussista allorché la parte si affermi titolare del diritto dedotto in giudizio, non che lo sia effettivamente, è affermato limpidamente da A. Attardi, *Legittimazione ad agire*, in *Dig. IV, Disc. priv.*, vol. X, Torino 1993, 525. Da ultimo per tutti F. Luiso, *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano 2017, 219-220; E. Merlin, *Elementi di diritto processuale civile*, Pisa 2017, 56-57; G. Verde, *Diritto processuale civile*, vol. I, Bologna 2017, 145 ss.; C. Mandrioli-A. Carratta, *Diritto processuale civile*, vol. I, Torino 2017, 53 ss. (e ivi ulteriori indicazioni e discussioni); C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, Torino 2017, 563, ove osservazioni chiarificatrici in punto di uso scorretto nella prassi di detta formulazione. Ma, per le



ragioni altrove esposte, ritengo che le cose debbano essere impostate diversamente nel processo amministrativo (cfr. R. Villata, *Legittimazione processuale*, ora in *Scritti*, cit., 635 ss.).

(131) Del quale veggasi *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle autorità indipendenti*, in *Riv. amm.* 2002, 459 ss. e *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, ivi 2006, 273 ss.

(132) Così A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo*, cit., 284.

(133) A. Romano Tassone, *op. loc. ult. cit.*

(134) Così F.G. Scoca, *Le situazioni giuridiche soggettive nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.* 2014, spec. 454 ss.

(135) Così testualmente A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo*, cit., 287. Ognun vede che è esattamente l'opposto delle conclusioni di Guido Greco.

(136) Cfr. F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo*, cit., 1057. Quanto alla giurisprudenza citata da G. Greco, *Dal dilemma*, cit., 505-504 e *Il rapporto*, cit., 608-609 ss., Cons. Stato, Sez. V, 13 maggio 2014 n. 2430 esibisce un'impostazione favorevole alle tesi care all'autore, ma in dichiarato dissenso dalla prevalente giurisprudenza interna e degli insegnamenti della Corte di giustizia in punto di sufficienza dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, mentre da Cons. Stato, Sez. IV, 16 ottobre 2014 n. 4987, non sembra evincersi una nozione di situazione sostanziale, la cui lesione comporta l'interesse a ricorrere, che sarebbe tale in quanto garantisca il bene finale.

(137) Così G. Greco, *Dal dilemma*, cit., 510, ss. secondo cui l'Amministrazione si troverebbe in una posizione di potere-obbligo a fronte del destinatario a sua volta in posizione complessa di soggezione rispetto al potere e di pretesa rispetto all'obbligo.

(138) Condiviso da F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 411 ss.

(139) Espressione che sintetizza, osserva G. Mannucci, *La tutela dei terzi*, cit., 81 ss., l'emersione del nuovo modello di processo amministrativo.

(140) Cfr. da ultimo le osservazioni di G.A. Primerano, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Torino 2017, 125 ss.

(141) Ritene non accoglibile la tesi secondo cui oggetto del processo amministrativo possa essere l'interesse legittimo S. Valaguzza, *Il giudicato*, cit., 92 ss.

(142) È questa, se non erro, la posizione di fondo di A. Carbone, da ultimo esposta in *L'azione di condanna ad un fare. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità di azioni*, in *Dir. proc. amm.* 2018, 175 ss.; non distanti appaiono A. Police, *Il cumulo di domande nei riti speciali e l'oggetto del processo amministrativo*, ivi 2014, 121 ss., nei cui confronti ho ritenuto di dissentire in *Scritti*, cit., 581 ss., e S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino 2017, 213 ss., che muove da un'inversione tra struttura e valori alla quale mi dichiaro una volta di più fermamente contrario (senza nulla togliere alla serietà della citata monografia).

(143) G. Greco, *Giudizio sull'atto e giudizio sul rapporto*, cit.

(144) G. Greco, *op. cit.*, 6.

(145) G. Greco, *op. cit.*, 6.

Tra l'altro l'autore richiama a sostegno della sua tesi Cass., 4 settembre 2015 n. 17586, che può essere utilizzata contro chi volesse sostenere che il titolare della situazione pretensiva miri ad un atto legittimo, mentre la tesi di Franco Scoca è che detto titolare mira a un provvedimento favorevole, ma la tutela apprestata all'interesse legittimo non garantisce tale risultato.

(146) G. Falcon, *Il giudizio amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.* 2001, 287 ss.

In tema di «spettanza» veggasi ad es. di recente (la bibliografia sul tema è sterminata) S. Tarullo, *La tutela*, cit., 869 ss.; M. D'Arienzo, *Trasmissibilità*, cit., 978 ss.

(147) Così testualmente G. Falcon, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2009, 247.

Dunque tra il «giudizio di spettanza» e un «giudizio sul rapporto» sganciato dalla rigida predisposizione dei motivi di impugnazione non vi è identità. In argomento L.R. Perfetti-G. Tropea, «Heart of darkness»: *L'Adunanza plenaria tra ordine di esame ed annullamento dei*



motivi, in *Dir. proc. amm.* 2016, 287 e ss.; nonché P. Cerbo, *L'ordine di esame dei motivi di ricorso nel processo amministrativo*, cit., 54 ss.

(148) G. Greco, *op. ult. cit.*, 17.

(149) G. Greco, *op. loc. ult. cit.*

(150) G. Greco, *op. ult. cit.*, 19.

(151) Così testualmente G. Greco, *Giudizio sull'atto*, cit., 24, il quale correttamente aggiunge, circa la discussione se l'Amministrazione va tenuta, dopo la sentenza d'annullamento, a esplicitare tutti i possibili motivi che ancora possono giustificare la rinnovazione del provvedimento (c.d. *one shot*: cfr. G.A. Primerano, *op. cit.*, 138 e ivi ulteriori indicazioni) e circa l'effetto conformativo del giudicato, che si tratta di problemi estranei a un vero giudizio d'accertamento.

(152) Cfr. G. Greco, *Giudizio sull'atto*, cit., 28 ss. Nello stesso senso A. Carbone, *L'azione di condanna ad un fare*, cit., 247, ma *contra*, persuasivamente, F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., 417 ss.

(153) G. Greco, *op. ult. cit.*, 30 richiama a sostegno della tesi preferita Ad. Plen. n. 11/2015, che ha convertito in azione di accertamento del silenzio rifiuto dell'Amministrazione, richiesta di bloccare una D.I.A. per insussistenza dei presupposti di legge, la domanda di annullamento della D.I.A. stessa avanzata dal ricorrente, precisando che il ricorso doveva ritenersi ammissibile ancorché presentato prima della scadenza del termine per la formazione di detto silenzio ma divenuto decidibile in un momento successivo. Sennonché una cosa è la sopravvenienza di una condizione di decidibilità successivamente intervenuta (la maturazione del silenzio rifiuto) per accadimenti esterni al processo, ben diversa è l'autocreazione da parte del processo di una circostanza (la vincolatezza) che deve invece preesistere perché la domanda sia ammissibile. Critico è anche M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.* 2018, 92, argomentando dalla «estrema peculiarità della fattispecie».

(154) Non giustificerebbe a motivare tale scelta, diversamente da quanto sostiene P. Cerbo, *op. cit.*, 17 ss. la presunta necessità che il contraddittorio sia integro, dovendosi coinvolgere tutti i soggetti titolari di un interesse contrario al rilascio del provvedimento che attribuisce l'utilità/bene, pur se non tali in un giudizio meramente impugnatorio. Pur se infatti si volesse prescindere dalla palese impossibilità in molti casi di dar seguito a tale tesi (ove si eserciti l'azione di adempimento congiuntamente all'impugnazione di un diniego di permesso a costruire a chi va notificato il ricorso? Come è possibile individuare tutti i soggetti ai quali sia predicabile la *vicinitas*?) non è dato addurre a sostegno l'art. 41, comma 2°, c.p.a. che, criticabile quanto si vuole, concerne un'azione diversa, mentre gli eventuali terzi lesi estranei al giudizio disporranno del potere di impugnazione del provvedimento rilasciato per ordine del giudice, senza difficoltà superiori rispetto a quelle incontrate da coloro che agiscono dopo l'ottemperanza, ai sensi dell'art. 114, comma 6°, ult. par., c.p.a.

(155) Su tale norma, oltre a P. Carpentieri, *I provvedimenti del giudice*, in B. Sassani-R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino 2012, 1200 ss., cfr. l'ottimo intervento di M. Trimarchi, *Il divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm.-C.d.S.* 2013, 1097 ss., e ivi un'equilibrata applicazione del principio della separazione dei poteri. Un'accurata analisi della giurisprudenza anche in R. Chieppa, *Codice del processo amministrativo*, Milano 2017, 265 ss.

(156) *Contra*, P. Cerbo, *op. cit.*, 18-19, 40. Convinto oltretutto (insieme a R. Cavallo Perin, *I limiti*, cit., 100 e ss. e M. Mazzamuto, *Le tecniche*, cit., 26) che l'azione di adempimento come disciplinata dalla norma codicistica non offre una tutela superiore a quella garantita dal giudizio di ottemperanza in forza dell'effetto conformativo della sentenza (confermo così l'opinione espressa nei saggi ripubblicati in *Scritti*, cit., 83 ss., 100 ss.), non ho alcun timore di essere accusato di favorire una battaglia di retroguardia se considero un sofisma il tentativo di risolvere il problema del limite ex art. 34 comma 2 sottolineando che «l'azione di adempimento non prelude ad un nuovo esercizio del potere, ma all'esercizio 'coatto' del medesimo potere che avrebbe dovuto essere a suo tempo esercitato» (così P. Cerbo, *op. loc. ult. cit.*): coatto o meno, sempre di nuovo esercizio si tratta, per cui è preclusa la condanna se non si tratta di atti vincolati.



D'altro canto la storia dimostra come le «avanguardie» non sempre hanno dato luogo a risultati commendevoli. Una volta poi accentuata la (quasi) identità funzionale dei giudizi civile ed amministrativo, e dunque condiviso il limite temporale del giudicato, escludere la rilevanza delle sopravvenienze non sembra difficilmente dimostrabile (cfr. però P. Cerbo, *op. cit.*, 36 ss.).

(157) In senso contrario a tale seconda ipotesi M. Mazzamuto, *Il principio*, cit., 101: «È potere non esercitato anche tutto ciò che dei presupposti del potere il giudice deve nuovamente rimettere all'amministrazione».

Anche M. Trimarchi, *op. cit.*, dopo aver sottolineato che tra i poteri non ancora esercitati non rientrano quelli rimessi all'attività rinnovatoria posta in essere dall'amministrazione in presenza di una regola conformativa, esclude, se ho ben inteso, che (al di fuori di quanto consentito da tale regola) il giudice possa condannare l'amministrazione all'adozione di provvedimenti discrezionali e riferisce il divieto ex art. 34, comma 2 c.p.a. ai poteri che essa amministrazione non ha ancora compiutamente esercitato.

(158) Lo esclude P. Cerbo, *op. cit.*, 29.

(159) Si veda infatti, coerentemente con le tesi di fondo dell'autore, A. Carbone, *L'azione di condanna*, cit., 266, nonché S. Vaccari, *Il giudicato*, cit. Ad entrambe le pur pregevoli monografie pare consentito muovere il rilievo dell'omessa precisazione di che cosa si debba intendere sulla base del diritto positivo vigente il «bene della vita», nonché l'adesione ad un concetto di «spettanza» differente da quello, sorvegliato, di Falcon, senza, salvo errore, adeguata giustificazione.

(160) Da qui il dissenso rispetto a quanto scrive S. Vaccari, *Il giudicato*, cit., 279 ss.

(161) Come, se non erro, fa A. Carbone, *op. cit.*, *passim*.

(162) Si veda la giurisprudenza ricordata da M. Mazzamuto, *Il principio*, cit., 101-102, in nota.

(163) G. Greco, *op. ult. cit.*, 34.

(164) Se il processo è destinato ad accertare se il potere è stato esercitato in modo corretto, quale condizione per attingere al bene, la titolarità di un interesse a tale corretto esercizio (l'interesse legittimo come «pretesa» a un provvedimento legittimo) deve essere dimostrata *in limine litis* per individuare nella platea dei cittadini chi può sollevare la questione, problema inesistente nei casi di diniego di atto ampliativo, ma cruciale quando si contesta l'attribuzione ad altri di una certa utilità (esempi: impugnazione dell'esclusione da una gara, impugnazione dell'aggiudicazione ad altri). Né questo significa, come forse si opina (in tal senso parrebbe G. Greco, *op. ult. cit.*, 35), che in tal guisa l'interesse legittimo si trasforma nell'interesse alla legittimità della determinazione assunta dalla pubblica amministrazione: lo ha spiegato benissimo Franco Scoca e non saprei aggiungere altro. Ove invece si postuli che l'interesse legittimo esiste solo in quanto sia fondata la pretesa all'utilità richiesta al giudice, è palese che solo alla fine del giudizio si potrà dire se l'interesse legittimo, semplicemente affermato *in limine litis*, esiste o meno. Pertanto, qualora il ricorso sia rivolto avverso l'attribuzione ad altri del bene desiderato, solo la sentenza finale dirà a seconda dell'esito della deliberazione del merito della controversia se esista o meno una condizione dell'azione. Non riesco a cogliere il fondamento delle osservazioni in forza delle quali G. Mannucci nel suo pregevole studio su *La tutela del terzo*, cit., 120-122 e nt. 32, richiedere ai fini della legittimazione processuale la titolarità dell'interesse legittimo contribuirebbe a tenere unita la concezione processuale dello stesso. D'altro canto l'affermazione che ivi si legge secondo cui nel processo amministrativo, diversamente da quanto accade nel processo civile, il difetto di legittimazione si tradurrebbe in una sentenza di merito e non di rito è smentita, se non altro, da tutta la giurisprudenza in punto di ricorso incidentale escludente.

(165) È l'omessa percezione di ciò (unitamente alla mancata precisazione di che cosa è il «bene della vita» oggetto della postulata azione di condanna), riducendo tutto invece alla «piana trasposizione della pretesa sostanziale nella realtà processuale» che, se non erro, giustifica il dissenso dalla pur stimolante e documentata analisi di A. Carbone, *L'azione di condanna* (le parole citate sono a p. 257); senza tale precisazione la stessa locuzione «pretesa sostanziale», pur utilizzata dal c.p.a., resta priva di reale contenuto, e finisce di meritare le critiche rivolte da L. Ferrara, *Domanda processuale e potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2013, 643, da me condivise in *Scritti*, cit., 139. Del resto lo stesso A. Carbone, *op. cit.*, 240-241, sembra trascurare

che la sua intera costruzione entra in crisi laddove ammette l'ipotesi che esistano elementi non coperti dalla determinazione della pretesa i quali risultano idonei a porsi quali fatti costitutivi di un diverso esercizio del potere. Quanto al rimprovero rivolto a dottrina e giurisprudenza (*op. cit.*, 262-263) di non aver saputo comprendere il cambio di paradigma proposto dal nuovo codice, è dato replicare che ciò dipende da una qualche consapevolezza delle linee portanti dell'attuale assetto costituzionale dei poteri, rispetto al quale l'abusato richiamo all'effettività della tutela appare inconferente. Analoghe perplessità so *Giornale Dir. Amm.*, 2018, 1, 103 (nota a sentenza)

L'INTERVENTO ADESIVO DIPENDENTE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO - IL COMMENTO

di Flaminia Ielo

[T.A.R. Puglia Lecce Sez. I, 25 agosto 2017, n. 1423](#)

[D.Lgs. 02-07-2010, n. 104, Art. 28](#)

Il responsabile tecnico di un ufficio comunale, che vede sottoposto al sindacato del giudice amministrativo il provvedimento che l'amministrazione ha adottato sulla base della sua valutazione tecnica, può intervenire nel processo a difendere il proprio operato? Come può qualificarsi l'interesse del tecnico istruttore o del responsabile dell'ufficio tecnico a che il provvedimento non venga dichiarato illegittimo per violazione di legge od eccesso potere? Si tratta di un interesse tale da giustificare la loro personale partecipazione in giudizio al fianco dell'amministrazione? Il Tribunale amministrativo regionale prende posizione su questi interrogativi, affermando l'ammissibilità dell'intervento *ad opponendum* di tali soggetti. La sentenza rappresenta un'ulteriore tappa nell'evoluzione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, il quale passa anche attraverso la valorizzazione del ruolo delle parti e l'ampliamento del novero dei soggetti legittimati a parteciparvi.

Sommario: [Il caso](#) - [L'istituto dell'intervento nel processo amministrativo](#) - [L'interesse che legittima il terzo ad aderire al giudizio](#) - [I poteri dell'interveniente ad opponendum](#) - [L'interesse qualificato del Responsabile dell'Ufficio tecnico e del Tecnico istruttore](#) - [Conclusioni](#)

Il caso

La pronuncia del T.A.R. per la Puglia trae origine dalla richiesta formulata al Comune di Melendugno da una società titolare di uno stabilimento balneare, volta ad ottenere la variazione della concessione demaniale ed il rilascio del permesso di costruire per eseguire le nuove opere progettate e per completarne delle altre. A fronte del diniego, la società si rivolge al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, chiedendo l'annullamento del provvedimento sulla base di alcune argomentazioni, tutte riassumibili nell'erronea valutazione dei presupposti di fatto, nella carenza di istruttoria e nell'insufficienza e l'illogicità della motivazione. In buona sostanza, la ricorrente contesta le conclusioni dell'amministrazione comunale perché sarebbero l'esito di errori di carattere tecnico nella valutazione del progetto presentato e nell'apprezzamento degli interventi richiesti (non vi sarebbe realizzazione di nuovi volumi, né sarebbe alterata la struttura esistente o modificato lo stato dei luoghi). Oltre all'Amministrazione che ha adottato l'atto, si costituiscono in giudizio il Tecnico istruttore e il Responsabile dell'Ufficio Tecnico del Comune di Melendugno - entrambi autori dell'istruttoria del procedimento - i quali chiedono il rigetto del ricorso.

Con la sentenza in commento, il Tribunale amministrativo regionale si pronuncia, in via preliminare, sulla legittimazione passiva del Tecnico e del Responsabile dell'ufficio tecnico, affermando l'ammissibilità del loro intervento; quindi, al fine di accertare le specifiche caratteristiche delle opere in contestazione, dispone una verifica istruttoria.

L'istituto dell'intervento nel processo amministrativo

La pronuncia è degna di nota poiché, nel chiarire il perimetro dell'istituto dell'intervento nel processo amministrativo, afferma una interpretazione estensiva delle norme in tema di legittimazione a intervenire *ad opponendum* nel processo amministrativo.

Sullo sfondo, un dato oggettivo. L'evoluzione del processo amministrativo ha portato negli anni alla condivisa affermazione secondo cui esso è un processo non più sull'atto bensì sul rapporto dedotto in giudizio, nell'ottica di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale⁽¹⁾. Dunque,



sottoposta alla cognizione del giudice amministrativo è una pluralità di sfaccettature del rapporto giuridico, che includono la legittimità dell'atto ma non si limitano ad esso. In questo contesto assumono una rilevanza particolare le parti del processo, intese in un'accezione sostanziale che ricomprende, oltre ai titolari della legittimazione ad agire, quindi le parti cc.dd. "necessarie" del processo - ricorrente, amministrazione resistente e contro interessato -, anche coloro che sono ammessi a contraddire nella veste di interventori in virtù di uno specifico interesse, le parti cd. eventuali o "non necessarie"⁽²⁾.

In linea generale occorre premettere che, a differenza che nel processo civile, l'istituto dell'intervento nel processo amministrativo presenta un ambito di applicazione più ristretto⁽³⁾. La ragione deriva dall'ineludibile differenza che esiste tra i due processi, essendo quello amministrativo un giudizio volto a tutelare una situazione giuridica che dialoga con il potere pubblico⁽⁴⁾. In quest'ordine di idee, si è tendenzialmente esclusa la possibilità che in esso vi fosse spazio, anche solo in astratto, per l'intervento cd. autonomo principale, ossia quello con il quale un soggetto, terzo rispetto alle parti, si inserisce nel contraddittorio al fine di far valere nei confronti di esse una situazione giuridica di contenuto incompatibile a quella oggetto di causa⁽⁵⁾. A lungo dibattuta, inoltre, è stata la possibilità di riconoscere un ambito di applicazione all'intervento c.d. litisconsortile o adesivo autonomo, con il quale un soggetto deduce in giudizio una situazione giuridica comune ad una delle parti ed opposta alle altre. In sostanza, si tratterebbe di una persona già di per sé qualificata come legittimata ad agire, in ragione della sua posizione di cointeresse o di contro interesse rispetto all'oggetto di causa, con l'effetto che ammetterne l'intervento potrebbe dar luogo ad una elusione dei termini decadenziali di impugnazione del provvedimento⁽⁶⁾. Da sempre ammesso, invece, è l'intervento adesivo dipendente, con il quale un terzo estraneo alle parti, dunque ai legittimati all'azione processuale, interviene a supportare le pretese del ricorrente - *ad adiuvandum* - ovvero ad opporsi all'accoglimento di esse - *ad opponendum*.

Il codice del processo amministrativo disciplina l'istituto dell'intervento volontario di parte all'articolo 28, comma 2, prevedendo che chiunque non sia parte del giudizio e non sia decaduto dall'esercizio delle relative azioni, ma vi abbia interesse, può intervenire accettando lo stato e il grado in cui il giudizio si trova⁽⁷⁾.

Dunque, dalla lettura della norma emerge che, perché un soggetto sia legittimato ad intervenire nel processo amministrativo, è necessario siano soddisfatti due requisiti. Il primo, di carattere negativo, consiste nella circostanza che l'interveniente non rientri nel novero di quei soggetti che, legittimati ad agire in via autonoma in giudizio, siano decaduti dai termini per impugnare. Fondamento giustificativo di tale previsione è chiaramente l'esigenza di evitare che l'intervento si risolva in uno strumento di elusione del termine decadenziale di impugnazione dell'atto amministrativo, pensato, come noto, per garantire la certezza dei rapporti giuridici. Il secondo requisito, di carattere positivo, esige che l'interveniente abbia interesse a partecipare al processo. In altri termini, egli deve essere titolare di una posizione tale che, dall'accoglimento ovvero dal rigetto del ricorso, possa ricevere, anche in via indiretta, un vantaggio o un pregiudizio⁽⁸⁾.

L'interesse che legittima il terzo ad aderire al giudizio

La seconda parte dell'art. 28, comma 2, c.p.a., nella parte in cui appunta sul concetto di "interesse" il titolo che legittima all'intervento, costituisce il referente normativo cui si ancora l'intervento adesivo dipendente.

La questione che si pone, pertanto, è definire il concetto di interesse. Sul punto, nel tempo, la giurisprudenza ha chiarito che l'interesse deve avere rilievo giuridico autonomo e valere a differenziare il titolare dalla generalità dei consociati⁽⁹⁾. Non deve essere qualificato in modo tale da radicare la legittimazione al ricorso, bensì è sufficiente che esso sia collegato o derivato da quello fatto valere dalla parte principale. In particolare, con riguardo all'intervento *ad opponendum*, deve trattarsi di un interesse oggettivo e concreto in capo al terzo a contrastare il ricorso e a conseguirne il rigetto, il quale può essere "collegato a quello dell'Amministrazione resistente o di qualche controinteressato già costituito in giudizio" ovvero "autonomo poiché connesso al mantenimento dell'atto e (o) provvedimento gravato"⁽¹⁰⁾. L'interesse rilevante, infine, può essere sia di diritto sia di fatto⁽¹¹⁾.

In concreto, la regola astratta viene declinata in giurisprudenza in modo più o meno rigoroso a seconda dei casi. Ad esempio, in una recente pronuncia emessa in un giudizio sulla legittimità

della revoca di un'autorizzazione all'esercizio dell'attività di revisione di autoveicoli, il Tribunale amministrativo ha riconosciuto la legittimazione ad intervenire *ad opponendum* in capo ad una società che operava nel medesimo mercato della ricorrente⁽¹²⁾. Alla base, vi era l'idea che essa fosse interessata in via riflessa dalla stabilità del provvedimento, in ragione della possibilità di trarne, anche in maniera indiretta, un vantaggio economico. Diversamente, in un giudizio instaurato per ottenere l'annullamento del provvedimento di revoca della concessione di un finanziamento in favore di un privato, il giudice amministrativo ha negato la legittimazione ad intervenire all'ingegnere che aveva presentato l'esposto volto a sollecitare il potere di autotutela all'amministrazione, ancorché questi fosse firmatario di un progetto che avrebbe potuto essere realizzato se i fondi fossero stati allocati legittimamente⁽¹³⁾. Il percorso logico seguito dal Tribunale muove dalla valutazione della possibilità che l'interveniente abbia a divenire assegnatario dell'incarico di direzione lavori, la quale è subordinata alla scelta del Comune di finanziare un progetto diverso. Dunque, ritenuta tale opzione come "assolutamente ipotetica e, quindi irrilevante", il giudice nega l'esistenza di un interesse, sia pur di mero fatto, tale da radicare la legittimazione processuale. In entrambi i casi, quindi, il vantaggio che l'interveniente possa trarre dalla stabilità del provvedimento sottoposto al sindacato del giudice è solo potenziale. Tuttavia, in ragione del diverso rigore con cui esso viene apprezzato dal giudice, muta la modalità di qualificazione dell'"interesse" - presupposto della legittimazione all'intervento.

I poteri dell'interveniente *ad opponendum*

Chiariti i presupposti processuali dell'intervento, per quanto concerne la dinamica processuale, la circostanza che a legittimare l'intervento adesivo *ad opponendum* sia sufficiente un interesse di fatto, dipendente da quello azionato in via principale o ad esso accessorio, fa sì che la posizione dell'interveniente sia strettamente dipendente da quella del resistente. La parte, infatti, non può disporre del processo né avanzare richieste diverse e ulteriori rispetto a quelle formulate dalle parti principali. Il suo ruolo è limitato alla formulazione delle difese, attraverso le quali può anche discostarsi dalla strategia difensiva adottata in via principale dal resistente, eventualmente introducendo nel giudizio nuovi elementi di fatto e di diritto, che ampliano il *thema probandum*. Inoltre, colui che abbia acquisito lo status di interveniente *ad opponendum* in primo grado, in sede di appello non può impugnare la sentenza pronunciata fra le parti principali, se non con riguardo al capo relativo all'intervento stesso⁽¹⁴⁾.

L'interesse qualificato del Responsabile dell'Ufficio tecnico e del Tecnico istruttore

Nella sentenza in commento, come anticipato, il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia si trova a decidere sulla legittimazione passiva del Responsabile dell'ufficio tecnico e del Tecnico istruttore che, in sede procedimentale, hanno preso parte all'istruttoria all'esito della quale è stato adottato l'atto amministrativo impugnato. Questi si costituiscono personalmente in giudizio, al fine di difendere la propria valutazione tecnica.

Il percorso logico seguito dal Tribunale è scomponibile in due fasi.

La prima questione affrontata concerne la situazione giuridica di cui sono titolari i due soggetti. Si tratta di un interesse tale da legittimarli a prender parte al giudizio? Secondo il T.A.R., la risposta è positiva. Essi, infatti, sono portatori di un interesse rilevante alla conservazione del provvedimento impugnato, il quale consiste nella necessità di difendere sé stessi da eventuali azioni di responsabilità erariale o professionale, che possano scaturire da una pronuncia del giudice che accerti un vizio di legittimità dell'istruttoria tecnica⁽¹⁵⁾. Si tratta quindi di un interesse mediato e indiretto al rigetto del ricorso di annullamento, collegato a quello principale dell'amministrazione, che giustifica la legittimazione a prendere parte al processo.

La seconda questione attiene alla qualificazione del ruolo di tali soggetti nel processo. Guardando oltre il dato formale dell'atto con cui sono costituiti in giudizio in qualità di resistenti, il giudice indaga sulla sostanza della pretesa da essi fatta valere in giudizio, sul complessivo comportamento processuale tenuto. L'interesse di cui il Responsabile dell'ufficio tecnico e il Tecnico istruttore sono portatori non è tale da farli assurgere al rango di legittimati passivi a resistere in giudizio. Tuttavia, esso presenta una connotazione tale da lasciare che siano ammessi a contraddire. Nell'atto, inoltre, non sono formulate nuove richieste, bensì sono esclusivamente introdotte nuove argomentazioni a sostegno del rigetto del ricorso principale. Pertanto, in ossequio al principio generale di conservazione degli atti di cui [all'articolo 1367 cod. civ.](#) e di prevalenza della sostanza sulla forma, che informa anche il diritto processuale



amministrativo, l'atto di costituzione del Responsabile dell'Ufficio tecnico e del Tecnico istruttore merita di essere riqualificato come atto di intervento *ad opponendum*⁽¹⁶⁾.

Nella trama della sentenza si coglie, poi, un ulteriore elemento, non esplicitato, ma probabilmente valutato dal giudice: il collegamento tra ampliamento dell'oggetto del giudizio sottoposto alla cognizione del giudice e ruolo delle parti.

L'introduzione in tempi recenti nel giudizio amministrativo di strumenti probatori e di ausilio al giudice, come la verifica e la consulenza tecnica, ha portato a una sempre maggior estensione dell'ambito del sindacato del giudice amministrativo, che oggi conosce anche di aspetti del procedimento di carattere tecnico⁽¹⁷⁾. È principio ormai consolidato in giurisprudenza, infatti, che "il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo"⁽¹⁸⁾. Dunque, dal punto di vista oggettivo del processo, il giudice amministrativo, nel valutare la legittimità dell'atto, può entrare nel merito delle valutazioni effettuate dai tecnici a ciò preposti, se pur al fine di valutarne la loro ragionevolezza. Simmetricamente, dal punto di vista soggettivo, risulta coerente una rimeditazione del novero dei soggetti ammessi a contraddire, nel senso di ampliare la legittimazione anche al personale tecnico che in prima persona abbia posto in essere quelle valutazioni soggette al sindacato del giudice. Non sembra quindi un caso il giudice abbia disposto una valutazione tecnica, al fine di accertare le specifiche caratteristiche tecniche delle opere in contestazione.

Conclusioni

Il principio affermato dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia secondo cui legittimato a intervenire in giudizio, laddove ne faccia richiesta, è anche il dipendente pubblico, tecnico istruttore, che abbia partecipato al procedimento amministrativo *sub iudice*, è senza dubbio innovativo.

Dal punto di vista processuale, la sentenza costituisce un buon esempio della maggior sensibilità che mostra oggi il giudice amministrativo verso il tema dell'individuazione dei soggetti cui garantire il diritto di difesa e, dunque, la possibilità di prender parte al processo. Nel caso esaminato, il concetto di "interesse", che il legislatore richiede quale presupposto per la legittimazione ad intervenire in giudizio, svolge la funzione di valvola del sistema, consentendo, attraverso la sua interpretazione estensiva, a che il processo si apra a nuove parti.

In questo modo, la pronuncia del Tribunale dà luogo a uno scenario inedito.

La legittimazione a resistere in giudizio appartiene in via principale all'amministrazione per difendere il provvedimento adottato. A tal fine, le argomentazioni dedotte sono volte, anche, a provare la legittimità dell'operato di coloro che, coinvolti nel procedimento amministrativo, hanno contribuito a formarne la volontà, in virtù del rapporto di immedesimazione organica che li lega all'ente. Accanto ad essa, inoltre, acquisisce autonoma dignità di parte, se pur in posizione dipendente, il singolo autore della valutazione tecnica posta a fondamento del provvedimento. In questo modo, il giudice sembra superare quel nesso di immedesimazione organica su cui si fonda la legittimazione passiva dell'amministrazione, con l'effetto di attribuire così rilevanza soggettiva propria al tecnico istruttore. Questi, infatti, agisce in giudizio con il fine immediato di tutelare la propria posizione tecnica e con quello mediato di suffragare la posizione dell'amministrazione. Il quadro descritto suscita alcune riflessioni.

La prima riguarda l'ambito applicativo del principio espresso nella sentenza in commento. La legittimazione all'intervento viene affermata in favore di personale tecnico qualificato; tuttavia, sembra ragionevole chiedersi se le stesse considerazioni siano suscettibili di estensione a tutti i dipendenti pubblici. Ora, seguendo il percorso argomentativo del Tribunale, il fondamento giustificativo di tale apertura sembrerebbe risiedere nell'interesse che in termini generali il personale pubblico ha a difendere la legittimità della propria attività, onde evitare ricadute in termini disciplinari e di responsabilità. Pertanto, la legittimazione potrebbe ben riconoscersi a tutti i funzionari pubblici che possano ricevere in via indiretta e riflessa un pregiudizio dall'annullamento dell'atto amministrativo. Diversamente, qualora si attribuisse rilevanza alla circostanza che il funzionario interviene a difendere "la propria posizione tecnica", come si legge d'altra parte anche nella sentenza commentata, allora, il principio in esame potrebbe considerarsi

circoscritto ai soli collaboratori che offrano all'amministrazione un apporto tecnico qualificato. La *ratio* sarebbe, quindi, consentire la difesa diretta in giudizio solo al personale specializzato che, così come in sede procedimentale è chiamato a svolgere proprie peculiari valutazioni, allo stesso modo potrebbe intervenire in giudizio a integrare con proprie argomentazioni la difesa processuale dell'amministrazione.

Una seconda riflessione concerne le conseguenze che la sentenza può avere circa la posizione del funzionario tecnico. Nel caso in esame, su richiesta del Tecnico istruttore e del Responsabile dell'ufficio tecnico costituiti in giudizio, il Tribunale amministrativo riconosce loro potere di intervento. Dunque, affermata la loro legittimazione passiva, si pone la questione se possa ritenersi sussistere in capo agli stessi un onere o addirittura un obbligo di partecipare al processo. Vale a dire, posto che il Tecnico istruttore o il Responsabile dell'ufficio tecnico sono astrattamente legittimati a partecipare al processo, questa possibilità è realmente una scelta rimessa al loro arbitrio ovvero esistono degli indici che possono - o devono - essere presi in considerazione al fine di valutare se il soggetto sia onerato od obbligato ad intervenire? Ad esempio, un elemento da considerare potrebbe essere il nesso esistente tra l'apprezzamento del tecnico ed il provvedimento amministrativo finale: allorché il primo sia stato il presupposto unico e determinante del secondo, potrebbe riconoscersi in capo al dipendente pubblico l'onere di intervenire in giudizio.

Infine, un'ultima considerazione merita di essere svolta sugli effetti che il principio affermato dalla sentenza in commento potrebbe generare da un punto di vista economico. Difatti, l'intervento in giudizio comporta delle spese processuali che necessitano di essere allocate secondo criteri di giustizia sostanziale. Ebbene, la circostanza che, allo stato attuale, l'intervento sia una scelta discrezionale del dipendente pubblico induce a ritenere che i costi di un'eventuale soccombenza possano rimanere a carico della parte. Tuttavia, se si appunta l'attenzione sulla circostanza che il contenzioso trova la sua genesi nella prestazione professionale svolta in esecuzione di un rapporto di lavoro intercorrente con l'amministrazione, sembra una soluzione di maggior equità prevedere che le spese di giustizia gravino proprio su quest'ultima.

(1) Per tutti, da ultimo, A. Pajno, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, in questa *Rivista*, 2017, 4, 419.

(2) La distinzione tra parti "necessarie", della cui presenza non si può prescindere ai fini dell'ammissibilità del ricorso, e parti "non necessarie" elaborata dalla scienza giuridica prima dell'avvento del Codice del processo amministrativo, è rimasta valida anche successivamente. Sul tema si veda, E. Sticchi Damiani, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988, 199; F. Cintioli, *Contraddittorio e intervento*, commento agli artt. 27 e 28, in A. Quaranta - V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 252; M.C. Romano, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutelagiurisdizionale*, Napoli, 2013; M. D'Orsogna - F. Figorilli, *Lo svolgimento del processo di primo grado*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, VI es, 2014, 319 e ss.; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII, Torino, 2016, 231 ss.

(3) Sul tema si veda E. Picozza, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008, 145; A. Liberati, *Il processo davanti ai TAR*, 2006, 527; F. Mastragostino, *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli - G. Ferrari, Roma, 2011, 808; M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, II, Milano, 2013; F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, VI ed., 2014, 319 ss.

(4) Le considerazioni svolte di seguito sono riferite al giudizio amministrativo inteso come giudizio di impugnazione. Non possono estendersi al processo amministrativo di giurisdizione esclusiva in cui la materia del contendere riguarda diritti soggettivi e, dunque, al pari del processo civile, sono ipotizzabili le tre figure di intervento principale, litisconsortile ed adesivo.

(5) Tra le voci che, prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, negavano cittadinanza nel processo amministrativo all'intervento autonomo principale, V. Caianello, secondo cui "L'intervento principale non può trovare ingresso nel processo amministrativo da



impugnazione, dove le posizioni sono ben delineate, essendovi una parte interessata all'eliminazione dell'atto impugnato ed una parte interessata al suo mantenimento", così testualmente, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, 2002, 626. Diversamente, già nel 1963, M. Nigro, in *L'intervento volontario nel processo amministrativo*, Volume IV di *Prospettive sul processo amministrativo*, Univ. Catt. del S. Cuore, 1963, 562, ora Id., in Atti del IX Convegno di Varenna sui problemi del processo amministrativo, Milano, 1964, a proposito dell'intervento *ad opponendum* ammesso in giurisprudenza metteva in evidenza come si trattasse di una "figura ibrida" sotto la cui veste la giurisprudenza "contrabbanda" veri e propri casi di intervento principale. Successivamente, in questo senso anche M. Ramajoli, *Riflessioni in tema di interveniente e controinteressato nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 134; ancora, R. Giovagnoli, *L'intervento in giudizio*, in *Trattato di giustizia amministrativa*, F. Caringella R. Garofoli, 2005, Tomo III - *Il processo amministrativo di primo grado*, p. 756, secondo cui anche nel processo amministrativo si prefigura uno spazio per l'intervento principale, ed in particolare, nell'ipotesi in cui c'è una connessione necessaria per incompatibilità e ciascuno si contende lo stesso bene della vita. Si pensi all'ipotesi del concorso pubblico per un solo posto.

(6) In giurisprudenza, l'orientamento prevalente, anche prima dell'entrata in vigore del codice, era nel senso che nel giudizio amministrativo fosse, di norma, inammissibile l'intervento da parte del soggetto legittimato alla proposizione del ricorso autonomo, poiché in contrasto con la regola secondo cui l'intervento *ad adiuvandum* ovvero *ad opponendum* può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale e non anche da un soggetto che sia portatore di un interesse che lo abilita a proporre ricorso in via principale (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 giugno 2013, n. 3252). L'intervento nel processo amministrativo, infatti, sia nella previgente disciplina, sia secondo il disposto di cui all'art. 28, comma 2, c.p.a., non è litisconsortile autonomo, bensì adesivo dipendente, a sostegno delle ragioni di una o di altra parte, consentito a condizione che il soggetto, se legittimato, non sia decaduto dal diritto di impugnare il provvedimento amministrativo; sarebbe, infatti, inammissibile l'intervento ad opera del soggetto che sia comunque legittimato a proporre direttamente ricorso in via principale avverso il medesimo atto impugnato da terzi nel procedimento in cui ritiene di intervenire, eludendosi altrimenti il rispetto dei termini decadenziali individuati dalla legge. In questo senso si veda, tra le altre, Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2000, n. 3928; T.A.R. Lazio, Sez. III, 8 novembre 2012, n. 9166; T.A.R. Lazio, Sez. I, 2 dicembre 2013, n. 10329.

(7) Per un commento, si veda tra gli altri, S. Varone, *Contraddittorio e intervento* (artt. 28 - 39), in M. Sanino, *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011, 139; M.G. Carcione, *L'intervento*, M. A. Sandulli, *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, 1, Milano, 2013, 142; F. Cintioli, *Contraddittorio e intervento*, in A. Quaranta - V. Lopilato, *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 255.

(8) Calati questi concetti nella dinamica del processo, vengono a delinearsi essenzialmente due possibili tipi di intervenienti, i quali possono distinguersi in base al modo di essere destinatari del provvedimento amministrativo. Infatti, il destinatario diretto degli effetti del provvedimento amministrativo - colui che è inciso in via immediata e diretta dall'atto - coincide in sostanza con la parte "necessaria" del giudizio, la quale, qualora non vi abbia preso parte né come ricorrente né come contro interessata, purché non decaduta dai termini, può intervenire. Viceversa, colui che subisce il provvedimento amministrativo in via indiretta o mediata, ossia non è destinatario degli effetti tipici di esso bensì di quelli che in modo "riflesso" ne scaturiscono, può intervenire solo a condizione che abbia un interesse di diritto o di fatto, dipendente e collegato a quello principale. In questo senso si veda, M. D'Orsogna, *L'intervento nel processo amministrativo*, 460, che mette in evidenza come l'interesse ad intervenire è una proiezione dell'efficacia del provvedimento amministrativo. Sul tema degli effetti riflessi del provvedimento amministrativo, si veda G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969.

(9) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 15 settembre 2016, n. 4328.

(10) Si veda, T.A.R. Lazio, Sez. II bis, 4 maggio 2017, n. 5201, richiamata anche da T.A.R. Lecce, Sez. I, 25 agosto 2017, n. 143.



(11) Già prima dell'avvento del codice, la giurisprudenza aveva ammesso la rilevanza degli interessi di fatto ai fini dell'intervento. In questo senso, Cons. Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2007, n. 425, in cui è esplicitato che per giustificare un intervento *ad opponendum* nel giudizio amministrativo è sufficiente la titolarità di un interesse di mero fatto, ovvero mediato e riflesso rispetto a quello vantato dall'amministrazione o dai contro-interessati e rivolto alla conservazione del provvedimento impugnato. La giurisprudenza successiva al codice, altrettanto, mantiene ferma l'interpretazione estensiva dell'interesse che include anche quello di fatto. In questo senso, di recente si veda, T.R.G.A. Bolzano, 6 aprile 2016, n. 128.

(12) T.A.R. Campania, Sez. III, 15 settembre 2016, n. 4328.

(13) T.A.R. Sicilia, Sez. IV, 20 gennaio 2017, n. 108.

(14) Si veda, Cons. Stato Sez. VI, 20 luglio 2017, n. 3577 sull'interpretazione dell'art. 102 c.p.a.

(15) T.A.R. Lecce, Sez. I, 25 agosto 2017, n. 1423 del 2017.

(16) La via attraverso cui è condotta l'operazione passa per il richiamo al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il giudice ha il dovere-potere di accertare e valutare il contenuto sostanziale della pretesa, senza lasciarsi condizionare dalle espressioni utilizzate dalle parti (*ex multis*, Cass., Sez. II, 3 marzo 2008, n. 5743; Cass., SS.UU., 13 febbraio 2007, n. 3041).

(17) Artt. 66 e 67 del [D.Lgs. n. 104 del 2010](#).

(18) Così si legge nella sentenza Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2007, n. 4635, con la quale il Consiglio di Stato ha profondamente innovato l'orientamento giurisprudenziale in tema di sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione, affermando l'ammissibilità e l'opportunità di una verifica più incisiva e penetrante. La questione è tutt'ora di estrema attualità. Sul punto, di recente, senza pretesa di esaustività si veda, in giurisprudenza: Cass., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013, con riguardo al sindacato sui provvedimenti delle Autorità Amministrative Indipendenti adottati all'esito di valutazioni di discrezionalità tecnica; Cons. Stato, Sez. VI, 11 settembre 2014, n. 4629, sul principio di ragionevolezza tecnica come parametro per il sindacato del giudice; in dottrina, G. De Rosa, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 529 ss.; M.P. Monaco, *Musei italiani e direttori stranieri - l'annullamento della nomina dei direttori dei musei: la vicenda processuale*, in questa *Rivista*, 2017, 4, 492; R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 143 ss.; F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2017, 540 ss.

Ilecita il pur apprezzabile saggio di S. Vaccari, *Il giudicato*, cit., 249, 273 e *passim*.

Riv. Dir. Proc., 2017, 6, 1492 (commento alla normativa)

SUL PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

ROBERTO VINCENZI - *Avvocato in Brescia*

c.p.c. art. 115

D.Lgs. 02-07-2010, n. 104, Art. 64

Muovendo dalla trasposizione legislativa del principio di non contestazione «dal» processo civile (art. 115, comma 1°, c.p.c.) «al» processo amministrativo (art. 64, comma 2°, c.p.a.) con formulazione pressoché identica, il contributo si propone di verificare l'effettiva compatibilità e l'efficiente funzionamento di quel principio all'interno del giudizio in cui è parte la pubblica amministrazione, alla luce della prassi giurisprudenziale più recente. L'indagine condotta permetterà di evidenziare che, per quanto il principio di non contestazione possa costituire un valido strumento per la tutela del valore dell'economia processuale anche nel giudizio amministrativo, le perduranti peculiarità strutturali e funzionali proprie dell'ambito di giurisdizione in esame, rispetto al modello processuale «di origine» del principio di non contestazione, vale a dire il giudizio civile, ne ostacolano un pieno adattamento alle controversie (impugnatorie) in cui è parte la pubblica amministrazione.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il principio di non contestazione «dal» processo civile «al» processo amministrativo: modalità applicative nella recente prassi giurisprudenziale. - 3. L'oggetto della «non contestazione». - 4. I soggetti gravati dall'onere della contestazione. - 5.

La «specificità» della contestazione. - 6. Gli effetti della «non contestazione». - 7. L'«incerto» approdo del principio di non contestazione nel processo amministrativo. - 8. Il «tempo» della «non contestazione». - 9. Ultime resistenze al (perfetto) funzionamento del principio di non contestazione nel processo amministrativo. - 10. Conclusioni.

1. - Com'è noto, il principio di non contestazione, ovvero l'onere per la parte costituita di prendere posizione in modo specifico sui fatti allegati *ex adverso*, è stato «prelevato» dalla sua sede elettiva (il processo civile) e trasfuso dal legislatore del 2010 nel giudizio amministrativo, con formulazione pressoché identica. Fatta eccezione per l'omesso riferimento alle «prove proposte dal pubblico ministero», infatti, l'art. 64, comma 2°, c.p.a. riproduce esattamente l'art. 115, comma 1°, c.p.c.⁽¹⁾.

Tuttavia, la trasposizione legislativa di uno stesso enunciato normativo da un sistema processuale ad un altro⁽²⁾, non assicura automaticamente la piena compatibilità e l'efficiente funzionamento della regola giuridica, che quell'enunciato incorpora, rispetto al diverso sistema in cui viene calata.

Le peculiarità intrinseche al modello processuale amministrativo impongono dunque un'attenta verifica - a cui il presente lavoro vorrebbe offrire un contributo, anche sulla scorta della prassi giurisprudenziale più recente⁽³⁾ -, disvelando all'interprete l'erroneità di una ricezione acritica della regola dal modello «di origine».

2. - È innegabile che la previsione legislativa del principio di non contestazione in termini identici, all'art. 64, comma 2°, c.p.a. e all'art. 115, comma 1°, c.p.c., rappresenti una chiara manifestazione dell'attuale tendenza del processo amministrativo a convergere verso il modello del processo civile.

Da un punto di vista generale, infatti, si può osservare come anche il giudizio in cui è parte la pubblica amministrazione risponda ormai all'archetipo del processo a tutela di diritti soggettivi, in quanto è essenzialmente finalizzato alla tutela delle situazioni giuridiche subietive che il privato vanta nei confronti dell'ente pubblico, piuttosto che alla mera applicazione della legge nel caso concreto⁽⁴⁾.

Coerentemente il giudizio amministrativo va caratterizzandosi - in sintonia con il giudizio civile - come un processo di parti, nel quale cioè l'iniziativa processuale è riservata interamente (o quasi) alle parti, secondo i fondamentali principi della domanda, dell'impulso di parte e della disponibilità del processo⁽⁵⁾.

Nella stessa linea di tendenza si inserisce, poi, la progressiva trasformazione del processo amministrativo da «giudizio sull'atto» a «giudizio sul rapporto», analogamente al processo civile, che è per definizione un processo su un rapporto giuridico⁽⁶⁾. Ciò è particolarmente evidente nelle controversie in tema di giurisdizione esclusiva, di silenzio dell'amministrazione, di accesso ai documenti e di segnalazione certificata di inizio attività: tutte ipotesi nelle quali vi è un giudizio in assenza di un provvedimento dell'autorità. Tuttavia, anche nei processi di annullamento, una parte del giudizio esorbita dalla questione di legittimità dell'atto impugnato e si estende senz'altro al rapporto (amministrativo), vale a dire a questioni attinenti alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive del privato. Si tratta del c.d. contenuto conformativo della sentenza, ossia la parte del giudizio e della motivazione della sentenza con cui il giudice indica all'amministrazione le direttive da seguire nell'adozione degli «ulteriori provvedimenti», necessari a colmare il vuoto provocato dall'annullamento dell'atto⁽⁷⁾. Così all'eliminazione del provvedimento illegittimo (giudizio sull'atto) si accompagna la proposizione giurisdizionale dell'assetto di interessi satisfattivo della situazione giuridica soggettiva del ricorrente, cui deve uniformarsi l'amministrazione nell'ottemperare al giudicato (giudizio sul rapporto).

Le osservazioni che precedono trovano ora conforto anche nel diritto positivo. Infatti, il comma 1° dell'art. 39 c.p.a. introduce, per la prima volta, un generale rinvio alle regole processualciviltiche, prescrivendone esplicitamente l'applicazione per quanto non disciplinato dal Codice del processo amministrativo. Tale «apertura» generalizzata alle disposizioni sul rito civile - ancorché nella misura in cui siano «compatibili o espressione di principi generali» - conferma l'attrazione del giudizio amministrativo verso il modello del giudizio civile.

Questa tendenziale osmosi tra i due sistemi processuali ha senz'altro agevolato l'adattamento del principio di non contestazione - come a lungo elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza

nel rito civile - all'interno della diversa dimensione processuale in cui è parte la pubblica amministrazione. La prassi giudiziaria più recente dimostra che il principio in parola è concretamente in grado di operare per la definizione delle controversie amministrative, in modo sostanzialmente analogo - almeno a prima vista - a quanto accade nel processo civile. Ne vengono delineate, di seguito, le principali note caratteristiche.

3. - È pacifico che la «non contestazione» riguardi solamente i *fatti*, compresi i fatti implicitamente dedotti (ossia i fatti non indicati espressamente, ma che rappresentano il presupposto logico e fattuale delle circostanze esplicitamente affermate)⁽⁸⁾, i fatti che richiedono una valutazione tecnica⁽⁹⁾ e, secondo alcune pronunce, anche le allegazioni a contenuto negativo (ossia le allegazioni dell'inesistenza di fatti estintivi, impeditivi o modificativi della situazione sostanziale dedotta in giudizio)⁽¹⁰⁾.

Non formano, invece, oggetto dell'onere contestativo, né la qualificazione giuridica dei fatti prospettata dalle parti, in quanto essa spetta *de jure* al giudice; né le questioni giuridiche dedotte in via di mera difesa o di eccezione, sulle quali il giudice è tenuto a pronunciare secondo diritto, indipendentemente dalla circostanza che la controparte le abbia o meno contestate o le abbia, persino, condivise⁽¹¹⁾; né, infine, le questioni processuali rilevabili d'ufficio, in quanto il potere di rilievo officioso del giudice prescinde dal comportamento delle parti⁽¹²⁾.

Bisogna però esattamente intendersi quando si afferma che la «non contestazione» riguarda il «fatto». Come ha osservato attenta dottrina⁽¹³⁾, la «non contestazione» non riguarda propriamente il fatto in sé e per sé, ma la verità o falsità dell'enunciato che lo concerne, ossia la allegazione di quel fatto. E ciò perché l'allegazione è soltanto un'ipotesi di verità del fatto, non essendo altro che un «*enunciato che riguarda (ossia afferma o descrive) una circostanza che si ipotizza essersi verificata nel mondo dei fenomeni reali*»⁽¹⁴⁾.

Ovviamente, in virtù della necessaria corrispondenza tra oneri di allegazione, di contestazione e della prova (nel senso che sussiste un onere di provare il fatto in tanto in quanto la parte gravata lo abbia allegato e la controparte lo abbia puntualmente contestato, come si vedrà a breve), deve trattarsi di fatti della cui dimostrazione è gravata la parte avversaria deducente⁽¹⁵⁾ e, soprattutto, di fatti allegati con un grado sufficiente di specificità, sì da consentire una contestazione altrettanto «specifica» come richiede la legge⁽¹⁶⁾.

Inoltre, l'onere di contestazione concerne soltanto i fatti consapevolmente e ragionevolmente contrastabili, in conformità al principio c.d. di vicinanza al fatto (o prossimità del fatto) di cui si esige la contestazione. Possono, dunque, formarne oggetto esclusivamente i fatti propri (della parte gravata della contestazione) o comuni (a quest'ultima e alla parte deducente) o, comunque, conosciuti o conoscibili (dalla parte onerata della contestazione), mentre l'incolpevole ignoranza dell'altrui allegazione non consente di ritenerla non contestata⁽¹⁷⁾. Peraltro, al fine di evitare pregiudizi processuali, la giurisprudenza richiede che la parte espliciti - così «*prendendo posizione*» - di ignorare senza colpa il fatto allegato dall'avversario e le precise ragioni per le quali non sia in grado di dichiararsi sulla veridicità del fatto medesimo⁽¹⁸⁾.

Il principio c.d. di vicinanza al fatto assume un rilievo particolare per l'operare del meccanismo della «non contestazione» nel processo amministrativo (impugnatorio), ove l'incolpevole ignoranza di fatti rilevanti per il giudizio e, più in generale, l'indisponibilità di atti, documenti ed elementi di prova, sono situazioni ricorrenti dal lato del privato, in quanto è l'amministrazione - in genere - che detiene la prova dei fatti significativi, acquisiti nel corso del procedimento amministrativo. Del resto, l'introduzione giurisprudenziale e legislativa del c.d. «metodo acquisitivo» si giustifica proprio con l'esigenza di riequilibrare nel processo le posizioni delle parti.

Prima della recente codificazione, è stata vivacemente dibattuta in dottrina e in giurisprudenza l'applicabilità del principio di non contestazione, oltre che ai fatti principali (o primari, vale a dire costitutivi, modificativi, impeditivi o estintivi della situazione sostanziale azionata), anche ai fatti secondari (dedotti in esclusiva funzione probatoria).

Tuttavia, l'attuale formulazione legislativa del principio negli artt. 115 c.p.c. e 64 c.p.a. - ove si parla in modo generico di «fatti» - induce fondatamente a ritenere che la sfera di operatività del fenomeno della «non contestazione» si estenda pure ai fatti probatori. Nella stessa giurisprudenza più recente - a parte qualche pronuncia che ripropone la distinzione tra fatti principali e fatti secondari, risalente alla sentenza delle Sezioni Unite n. 761/2002⁽¹⁹⁾ - il principio

di non contestazione viene applicato indistintamente a tutti i fatti, talora con esplicite prese di posizione proprio nel senso di ampliarne la portata anche ai fatti secondari⁽²⁰⁾.

Infine, occorre rilevare che il principio *de quo* non opera rispetto agli atti per i quali sia richiesta dal legislatore la forma scritta *ad substantiam*, come è talora per i provvedimenti amministrativi e necessariamente - in virtù di un consolidato orientamento giurisprudenziale - per i contratti conclusi dalla pubblica amministrazione⁽²¹⁾. Infatti, in questi casi, è l'effetto giuridico sostanziale ad essere impedito, in mancanza della forma scritta dell'atto, per cui la semplice «non contestazione» - operante sul piano probatorio (processuale) e non della validità (sostanziale) del negozio - non potrà mai surrogare la mancanza o il vizio di tale forma, che rende l'atto radicalmente nullo⁽²²⁾.

Viceversa, si ammette generalmente l'operatività del principio rispetto agli atti per i quali la legge prescrive la forma scritta *ad probationem tantum*, in quanto, se il fatto non contestato è - come si vedrà⁽²³⁾ - un fatto che non ha bisogno di prova, diviene irrilevante la modalità con cui il fatto stesso deve essere dimostrato (mediante la forma scritta, in questo caso), poiché essa viene in considerazione soltanto se vi è la necessità in giudizio di provare il fatto e, quindi, soltanto se quel fatto sia specificamente contestato⁽²⁴⁾.

4. - È affermazione pacifica - ora supportata anche dalla lettera della legge, che all'art. 64, comma 2°, c.p.a. (e all'art. 115, comma 1°, c.p.c.) parla indistintamente di «*parti*» - che l'onere della contestazione ricada su tutte le parti processuali⁽²⁵⁾: il resistente innanzitutto, ma anche il ricorrente, allorché per iniziativa del primo si allarghi la base fattuale del giudizio; e ancora i controinteressati e, nell'ambito dei potenziali interventori *ad opponendum*, i titolari di un interesse giuridico autonomo alla conservazione dell'atto impugnato. In questo senso si parla di «bilateralità» dell'onere di contestazione⁽²⁶⁾, come del resto impongono incompressibili esigenze di eguaglianza e parità delle armi.

Altrettanto inequivocabile è la lettera della legge nel limitare l'ambito di operatività del principio di non contestazione alle sole parti «*costituite*», con esplicita esclusione del contumace, in conformità al principio tradizionale della «neutralità» della condotta di colui che, per volontà, non si costituisce in giudizio⁽²⁷⁾.

Sempre in ossequio al principio di «neutralità» della condotta del contumace, oltre che al principio di «non contraddizione» (per il quale l'accertamento giudiziale dello stesso fatto storico deve essere unico e uniforme per tutti i soggetti coinvolti nel medesimo processo), la giurisprudenza esclude l'operatività del fenomeno della «non contestazione» anche nelle ipotesi di litisconsorzio (necessario⁽²⁸⁾ o facoltativo) con una parte contumace⁽²⁹⁾. Al di fuori di queste ipotesi, nel processo litisconsortile in cui invece tutte le parti siano costituite, è ovviamente sufficiente a impedire l'operatività del fenomeno la contestazione anche di una sola di esse (cui il fatto è comune), salvo che - trattandosi di litisconsorzio facoltativo - sia possibile od opportuna la separazione delle cause cumulate⁽³⁰⁾.

5. - Per espressa volontà di legge la contestazione deve essere «*specificata*», vale a dire precisa, puntuale, inequivoca. Di conseguenza, sono ritenuti del tutto insufficienti, non solo il silenzio *tout court*, ma anche contestazioni generiche e formali, ossia contestazioni globali e indiscriminate, ricavate da espressioni di mero stile invalse nella prassi forense (del tipo: «si contesta tutto quanto *ex adverso* dedotto in fatto e diritto», «le deduzioni avverse sono sformite di prova», «la domanda è inammissibile, improcedibile, improponibile e, comunque, infondata in fatto e diritto», «non è vero quanto affermato dalla controparte» *et similia*, senza ulteriori specificazioni)⁽³¹⁾.

La giurisprudenza più recente esige con rigore il rispetto di questo requisito, ammettendo che la contestazione «specificata» possa essere tanto «esplicita», vale a dire un'espressa contraddizione del singolo fatto nella sua realtà storica, quanto «implicita» nella deduzione di fatti diversi, logicamente incompatibili con quelli allegati dall'avversario⁽³²⁾.

Alcune pronunce richiedono, addirittura, che la parte non si limiti a negare analiticamente i fatti affermati *ex adverso*, ma deduca fatti contrari, ossia altri e ulteriori fatti positivi che risultino pertinenti e incompatibili con l'allegazione contrastata, fornendo - nella sostanza - una ricostruzione fattuale alternativa a quella avversaria⁽³³⁾.

Pertanto, il rigore viene (giustamente) temperato riconoscendo alla «specificità» un carattere relativo, nel senso che il livello di precisione richiesto alla contestazione va proporzionato in concreto, sia al livello di complessità e specificità dell'allegazione del fatto contestabile

(coordinando così l'onere di contestazione con l'onere di allegazione), perché non può imporsi a chi subisce una domanda o un'eccezione un onere difensivo quantitativamente maggiore rispetto a quello imposto a chi la propone; sia al livello di prossimità del fatto alla parte tenuta a contraddirlo (coordinando, in tal modo, il principio di non contestazione con il principio di vicinanza al fatto di colui contro il quale viene dedotto)⁽³⁴⁾. Quest'ultimo parametro assume un rilievo tutto particolare proprio nel processo amministrativo di annullamento, essendo caratterizzato in genere - come si è detto - da una situazione di (incolpevole) indisponibilità gnoseologica e/o documentale da parte del privato ricorrente.

6. - Nonostante alcune pronunce giungano a riconoscere come sicuramente accaduto il fatto non controverso, così attribuendo all'omessa contestazione la valenza di piena prova del fatto (alla stregua di una *ficta confessio*)⁽³⁵⁾, l'orientamento maggioritario che si va delineando nella più recente prassi applicativa⁽³⁶⁾ (così come nella dottrina⁽³⁷⁾), individua nella «non specifica contestazione» una tecnica acceleratoria del processo e di auto-responsabilizzazione delle parti, idonea (soltanto) ad espungere dal *thema probandum* i fatti rimasti incontrovertibili. Questi, proprio per effetto della mancata contestazione, devono ritenersi pacifici e non bisognosi di prova, ma - poiché ciò non equivale a renderli accertati come veri nel processo, ossia assistiti da un'efficacia probatoria analoga a quella delle prove legali - rimangono sempre valutabili dal giudice nel contesto probatorio, secondo il suo prudente apprezzamento⁽³⁸⁾.

Nell'applicazione giurisprudenziale, dunque, il meccanismo della «non contestazione» risponde per lo più ad una logica di semplificazione ed accelerazione del processo (in nome del principio costituzionale del processo «giusto» perché di «ragionevole durata», di cui all'art. 111 Cost.) e si risolve essenzialmente in una *relevatio ab onere probandi* a favore della parte che ha allegato il fatto non specificamente contestato, oltre che nell'impossibilità - per la parte che ha omesso la contestazione di quel fatto - di dedurre la prova contraria⁽³⁹⁾.

7. - Dall'esame della prassi giudiziaria degli ultimi anni sembra, quindi, che il principio di non contestazione sia approdato dal processo civile al processo amministrativo senza particolari «turbamenti».

Anzitutto, nessun dubbio poteva sorgere rispetto alle azioni risarcitorie e alle controversie in materia di diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In questi casi, la situazione giuridica dedotta in giudizio è la stessa del processo civile, qualificata cioè in termini di «diritto soggettivo», i cui fatti costitutivi ineriscono alla sfera soggettiva della stessa parte privata che si assume lesa e si trovano, normalmente, nella sua disponibilità: con la conseguenza che viene ritenuta applicabile - e applicata in concreto dalla giurisprudenza - la disciplina regolatrice dell'istruttoria propria del giudizio civile, dall'onere della prova «pieno» ex art. 2697 c.c., al principio dispositivo, ... al principio di non contestazione, appunto⁽⁴⁰⁾. Tuttavia, anche nei giudizi di annullamento, in cui il principio dispositivo subisce la mitigazione del c.d. «metodo acquisitivo»⁽⁴¹⁾, il meccanismo semplificatorio della «non contestazione» pare inserirsi, almeno a prima vista, in modo armonico.

Dal combinato disposto degli artt. 63 e 64 c.p.a., infatti, si può desumere che:

- in tanto sussiste (in concreto) un onere di contestazione per la parte costituita, in quanto sia stato assolto ex *adverso* l'onere di allegazione del fatto da contrastare;
- in tanto sussiste (in concreto) un onere di provare il fatto, in quanto la parte gravata lo abbia allegato e la controparte lo abbia puntualmente contestato;
- e infine, in tanto sussiste il potere di acquisizione giudiziale della prova, in quanto il fatto (cui la prova si riferisce) risulti allegato e sostenuto almeno da un «principio di prova» ad opera del privato, che non sia nella disponibilità degli atti posti a fondamento del proprio ricorso, e in quanto risulti anche specificamente contraddetto dall'amministrazione resistente.

In buona sostanza, si determina una «circularità» tra gli oneri di allegazione, di contestazione e di prova che incombono sulle parti, mentre i poteri istruttori ex *officio* del giudice (espressione del c.d. «metodo acquisitivo») si rivelano meramente recessivi, sia rispetto alla mancata offerta di prova ad opera della parte onerata, che pur si trovi nella disponibilità degli atti e dei documenti, sia rispetto alla mancata contestazione specifica ad opera della controparte non contumace.

Dunque, nel processo amministrativo di annullamento, la «non contestazione» produce il duplice effetto (semplificatorio), per un verso, di sollevare in concreto la parte privata dall'onere di

dimostrare il fatto incontroverso e, per altro verso, di impedire al giudice l'acquisizione probatoria *ex officio*⁽⁴²⁾.

Questa seconda implicazione assicura la piena effettività del principio di non contestazione, la quale potrebbe essere altrimenti vanificata da un esercizio dei poteri istruttori d'ufficio da parte dell'organo giurisdizionale, in funzione suppletiva alle carenze difensive dell'amministrazione. Peraltro, ciò non contraddice affatto l'idea della «mancata contestazione» quale *relevatio ab onere probandi* (e non già *facta confessio*), in quanto l'effetto di esclusione delle iniziative istruttorie giudiziali incide sull'ingresso della prova nel processo, non sul (diverso momento del)la valutazione della prova, che rimane affidata al libero e prudente apprezzamento del giudice, nel rispetto dell'art. 64, comma 4°, c.p.a.

Ma, ad una riflessione più attenta, l'approdo del principio di non contestazione nel processo amministrativo non risulta davvero senza «turbamenti». Infatti, nonostante l'attrazione - più sopra descritta - del giudizio amministrativo verso il (modello del) giudizio civile, persistono nel primo innegabili peculiarità che, a ben vedere, determinano resistenze non certo trascurabili a un efficiente funzionamento del principio di non contestazione nell'ambito della giurisdizione speciale in esame. Su queste occorre, ora, soffermare l'indagine.

8. - Un primo profilo problematico attiene al momento processuale *entro e non oltre* il quale deve essere effettuata la contestazione specifica, così da rendere il fatto controverso e bisognoso di prova.

Generalmente viene esclusa ogni rilevanza della c.d. «non contestazione stragiudiziale», ossia del contegno inerte (o addirittura adesivo all'avversa prospettazione dei fatti) serbato dalle parti nella fase pre-giudiziale o stra-giudiziale⁽⁴³⁾. La «non contestazione», dunque, si caratterizza come fenomeno tipicamente processuale, trovando nell'esigenza di semplificazione ed economia *del* processo il proprio fondamento.

Tuttavia, *nel* processo non si può non rilevare un diverso atteggiarsi del fenomeno, sotto il profilo ora in esame, a seconda che acceda al rito civile ovvero al rito amministrativo. I due modelli processuali, infatti, divergono sensibilmente quanto alla previsione di limiti temporali all'attività difensiva delle parti: soltanto il primo si connota per l'esistenza di una rigida scansione di barriere preclusive, estranea invece al secondo⁽⁴⁴⁾.

Il sistema di strette preclusioni, cui è improntato il giudizio civile riformato, esige che nell'ambito di tale giudizio la contestazione specifica sia tempestiva, dovendo intervenire - pena la consumazione del relativo potere e l'esclusione del fatto dal *thema probandum* - nella prima difesa utile successiva alla (prima) allegazione del fatto stesso⁽⁴⁵⁾.

Anche in mancanza di una disposizione normativa che espressamente sanzioni con la decadenza la mancata contestazione entro un termine, è la naturale circolarità dell'onere di contestazione, rispetto a quelli di allegazione e prova, a imporre di ritenere che la sussistenza (anche se non espressa) di una preclusione per la contestazione, sia una conseguenza naturale e necessaria della previsione (senz'altro espressa) di termini di decadenza per l'allegazione e la prova nel processo civile. Una diversa interpretazione frustrerebbe la stessa valenza di economia processuale e di auto-responsabilizzazione delle parti, sottesa al principio in parola⁽⁴⁶⁾.

Coerentemente, si ritiene inammissibile (per tardività) la contestazione effettuata per la prima volta in appello⁽⁴⁷⁾ o, più in generale, oltre la prima occasione processuale utile, secondo le regole della scansione delle attività difensive dettate per i vari tipi procedurali⁽⁴⁸⁾. Pertanto, nel processo civile la «non contestazione» è tendenzialmente irrevocabile e irreversibile, tollerandosi uno *jus poenitendi* della parte che non ha provveduto per tempo alla contestazione specifica, soltanto in presenza dei presupposti per la rimessione in termini, di cui al novellato art. 153, comma 2°, c.p.c.⁽⁴⁹⁾.

Diversamente, nel rito amministrativo manca una rigorosa successione di barriere preclusive alle attività di difesa delle parti e, in particolare, un termine entro cui le stesse debbano prendere posizione sulle asserzioni altrui.

Il *dies ad quem* della contestazione specifica non può rinvenirsi certamente, per le parti intime, in corrispondenza dell'atto di costituzione, nel quale - a mente dell'art. 46 c.p.a. - esse non hanno alcun onere di prendere posizione, a pena di decadenza, sui fatti indicati dal ricorrente⁽⁵⁰⁾. Del resto, anche il termine (di sessanta giorni dal perfezionamento della notifica del ricorso) ivi previsto, è meramente ordinatorio, e non perentorio, con la conseguenza che la costituzione

delle parti diverse dal ricorrente è ammessa pure in seguito, fino all'udienza di discussione del ricorso⁽⁵¹⁾.

Il termine finale della contestazione non può individuarsi nemmeno, per tutte le parti, in riferimento alle eventuali memorie e repliche successive agli atti introduttivi, in quanto la legge (art. 73, comma 1°, c.p.a.) omette qualsiasi indicazione di contenuto necessario per questi scritti difensivi.

Deve quindi concludersi che, nel processo amministrativo, la contestazione specifica può avvenire anche nell'udienza pubblica di discussione del ricorso, sino al momento in cui la causa viene trattenuta in decisione⁽⁵²⁾. È di tutta evidenza come l'intento acceleratorio, sotteso alla previsione del principio di non contestazione, risulti in tal modo depotenziato nel giudizio amministrativo, rispetto al giudizio civile. Nell'uno, infatti, il potere di contestazione si consuma soltanto in una fase avanzata dell'iter processuale di primo grado, ormai al passaggio in decisione della controversia; nell'altro, invece, viene meno già dopo la prima occasione processuale utile, nella quale la parte ne abbia (colpevolmente)⁽⁵³⁾ ommesso l'esercizio.

Tuttavia, per quanto indebolito, non può ritenersi che il funzionamento del principio di non contestazione sia per questo completamente vanificato nel giudizio amministrativo⁽⁵⁴⁾. Al contrario, l'ampio e consapevole utilizzo da parte della giurisprudenza più recente, al fine di addivenire alla (più celere) decisione della controversia, dimostra inequivocabilmente come - in concreto - il principio di non contestazione contribuisca utilmente all'economia processuale, nonostante lo stadio più avanzato in cui la «non contestazione» può considerarsi realizzata.

Innanzitutto, la consumazione del potere contestativo all'udienza di discussione di primo grado implica, necessariamente, l'innammissibilità della contestazione effettuata per la prima volta solo in appello⁽⁵⁵⁾, con un evidente effetto positivo - in termini di semplificazione - per il giudizio innanzi al Consiglio di Stato (e, nei limiti della sua competenza, innanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana).

In secondo luogo, anche nel processo di prima istanza, ogniquale volta all'udienza di merito i fatti rilevanti non risultino specificamente contestati, il Collegio dovrà senz'altro trattenere la causa per la decisione, essendo non solo inutili, ma anche impediti *ex lege* - proprio per l'operare cogente del principio di non contestazione - sia la disposizione dei mezzi istruttori, eventualmente richiesti dalla parte in ordine a quei fatti, sia l'acquisizione probatoria officiosa. Queste attività sono condizionate entrambe alla specifica contestazione e, pertanto, sono recessive rispetto alla mancanza di contestazione precisa e puntuale (almeno) all'udienza di discussione del ricorso⁽⁵⁶⁾. L'immediato passaggio in decisione, senza espletamento della (ulteriore) istruttoria, cui conduce in tal modo il principio di non contestazione, si lascia certo apprezzare per l'impatto semplificatorio anche sul giudizio di primo grado, nell'ottica di un processo amministrativo «giusto» perché di «ragionevole durata».

Non si può negare, tuttavia, che l'introduzione di un termine decadenziale per l'assolvimento dell'onere di prendere posizione, anticipato alla fase preparatoria del giudizio, analogamente a quanto si verifica nel rito civile, potrebbe rendere quell'impatto semplificatorio ancora più efficace e penetrante⁽⁵⁷⁾.

9. - La non compiuta assimilazione del processo amministrativo al (modello del) processo civile è verificabile anche sotto profili ulteriori, che minacciano tuttora il perfetto funzionamento del principio di non contestazione all'interno del giudizio in esame.

Innanzitutto, una certa resistenza deriva dall'asimmetria che ancora connota la posizione delle parti nel processo amministrativo e che costituisce un riflesso immediato della ontologica disparità tra privato e pubblica amministrazione sul piano sostanziale. Il rapporto sostanziale sul quale incide il processo amministrativo, infatti, è un rapporto non paritario, ma connotato dalla posizione di superiorità di una delle parti (la p.a.), titolare di quello che un tempo si definiva *imperium* e che oggi si qualifica come «potere autoritativo», che è volto al soddisfacimento dell'interesse pubblico e che il privato deve semplicemente subire quando il suo esercizio risulti legittimo. Questa asimmetria di posizioni si riflette direttamente anche sul piano processuale, caratterizzato da una situazione di indisponibilità di atti, documenti ed elementi di prova da parte del privato ricorrente, in quanto è l'autorità resistente che - in genere - possiede la prova dei fatti significativi, acquisiti nel corso del procedimento amministrativo, così trovandosi in un'evidente posizione di vantaggio rispetto al privato⁽⁵⁸⁾.

Allora, se è vero - come si osservava in precedenza - che il necessario coordinamento del principio di non contestazione con il principio di vicinanza al fatto rende comunque il primo principio compatibile con il processo amministrativo, è tuttavia lecito interrogarsi sull'oggettiva utilità del meccanismo della «non contestazione» in un giudizio nel quale una parte, di regola, incolpevolmente ignora i fatti che dovrebbe - ma, proprio per incolpevole ignoranza, non è in grado di - contestare.

Ma, prima ancora, è lecito interrogarsi sulla stessa opportunità di tale meccanismo, che può ritenersi un ragionevole strumento di responsabilizzazione - sotto la minaccia della *relevatio ab onere probandi* - soltanto rispetto a parti che abbiano eguale potere di «dominio» dei fatti, prima del giudizio, e che si trovino poi, nel giudizio, in condizioni di perfetta parità. Così accade nel rito civile e anche nelle controversie in materia di diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Diversamente, nelle controversie di annullamento, il rischio è che - attraverso la tecnica della «non contestazione», calata in un contesto processuale segnato appunto dall'indisponibilità gnoseologica e documentale del privato e dalla permanente centralità, anche ai fini probatori, degli atti amministrativi - le circostanze fattuali si cristallizzino come risultanti dai provvedimenti e dai documenti, unilateralmente predisposti dall'autorità. Questo rischio è ancora più avvertito se si considera che il processo in parola, a differenza di quello civile, tende alla tutela non soltanto di situazioni giuridiche private, ma anche dell'interesse di tutti i consociati all'agire legittimo dell'amministrazione. La rilevanza pubblicistica che (ancora) connota la giurisdizione amministrativa induce quindi a ritenere non sacrificabile l'interesse generale, in nome dell'economia dei giudizi, sol perché l'inattività della parte tenuta alla contestazione - magari in collusione con l'avversario - espunge il fatto dal *thema probandum* e impedisce ogni intervento «suppletivo» da parte del giudice.

Sotto un diverso profilo, desta poi perplessità il meccanismo della «non contestazione», nella misura in cui tende - con una regola *processuale* - a equiparare posizioni *sostanziali* che, come si è anticipato, sono così ontologicamente diverse. Non si può trascurare, infatti, che l'amministrazione interviene nel processo quale portatrice di un interesse non omogeneo a quello privato che le si contrappone, un interesse indisponibile di matrice pubblicistica al cui perseguimento essa è istituzionalmente preposta. Ecco che il principio di non contestazione - consentendo, e anzi imponendo, al giudice di assumere il fatto come «pacifico» in mancanza di specifica contestazione, a prescindere dal soggetto cui si riferisce e dall'interesse di cui il medesimo è portatore - rischia seriamente di «degradare» la p.a. alla stessa posizione del privato, spogliandola della propria veste di soggetto istituzionalmente deputato al soddisfacimento di finalità pubbliche, le quali possono così rimanere sacrificate solo per via di un determinato contegno processuale⁽⁵⁹⁾.

In senso problematico si pone anche l'indisponibilità della situazione giuridica soggettiva di cui è appunto titolare la pubblica amministrazione, alla luce della stessa giurisprudenza civile, che generalmente esclude dalla sfera di operatività del principio in parola le controversie in materia di diritti indisponibili. La ragione di questa esclusione, evidentemente, è che laddove il diritto è indisponibile non può ammettersi un vincolo del giudice al comportamento processuale delle parti, altrimenti queste finirebbero per appropriarsi surrettiziamente del potere di disporre della situazione sostanziale dedotta in giudizio che, invece, la legge loro nega⁽⁶⁰⁾.

Ebbene, il potere amministrativo facente capo all'autorità è per sua natura indisponibile, in quanto l'autorità stessa non può abdicare dal perseguire gli interessi pubblici affidati alle sue cure⁽⁶¹⁾. Del resto, nel processo amministrativo - diversamente dal processo civile - sono inammissibili le prove legali, come il giuramento e la confessione (v. art. 63, comma 5°, c.p.a.), perché fondate sulla libera disponibilità dei fatti e delle correlate situazioni di diritto, che l'amministrazione appunto non possiede. È allora evidente l'antagonismo con il fenomeno della «non contestazione», il quale indubbiamente comporta una disposizione dei fatti oggetto del giudizio, nella misura in cui la mancata contestazione specifica di quei fatti li rende pacifici *inter partes* e idonei - così come risultano allegati da una parte e non contraddetti *ex adverso* - a costituire il fondamento della decisione, indipendentemente dalla loro corrispondenza alla verità storica⁽⁶²⁾.

Ancora, occorre considerare che nel processo amministrativo manca, a differenza del processo civile, una fase autonoma dedicata all'istruzione⁽⁶³⁾, per cui - di norma - si transita direttamente dalla fase introduttiva, strutturata come *vocatio iudicis*, alla fase decisoria. In particolare, manca l'istruzione probatoria: infatti, almeno nel giudizio di legittimità, l'indagine è essenzialmente documentale, in quanto l'amministrazione si muove e agisce, per definizione, attraverso atti⁽⁶⁴⁾. Così, il ruolo fondamentale assunto ai fini probatori dalle c.d. prove precostituite (documentali), formatesi nel corso del procedimento amministrativo e, dunque, prima dell'instaurazione del giudizio, finisce inevitabilmente per restringere le maglie applicative del principio di non contestazione. Ciò emerge in modo ancora più evidente considerando che, talora, per i provvedimenti amministrativi - e, necessariamente, per i contratti conclusi dalla p.a. - è richiesta la forma scritta *ad substantiam*: in queste ipotesi, come si è visto, la semplice «non contestazione» non potrà mai surrogare la mancanza o il vizio di forma, che rende l'atto radicalmente nullo.

Non restano, infine, estranei al giudizio amministrativo nemmeno quei delicati profili problematici del principio di non contestazione noti già al processo civile. Ci si riferisce, da un lato, all'incongruenza del trattamento più favorevole riservato paradossalmente a chi, rimanendo contumace, trascuri totalmente di difendersi, rispetto alla parte che, costituendosi, si mostra più diligente e - solo per un difetto di contestazione specifica - subisce la conseguenza della *relevatio ab onere probandi*. Proprio la codificazione del principio di non contestazione rende, quindi, più pressante la necessità di rivedere l'incongrua disciplina della contumacia, tutta sbilanciata irragionevolmente a vantaggio di colui che, per volontà, non si costituisce in giudizio⁽⁶⁵⁾. Dall'altro lato, e soprattutto, è innegabile che l'applicazione del principio in esame possa comportare un *vulnus* alla giustizia sostanziale - e quindi alla «qualità» - della decisione giudiziaria, posto che un fatto «non contestato» non equivale mai, epistemicamente, a un fatto «provato» nella sua verità storica. Il pericolo della formazione di una verità processuale distante dalla verità materiale, e sostanzialmente coincidente con il contenuto degli atti precostituiti dall'amministrazione, è qui ancora più intollerabile: infatti, l'accennata rilevanza pubblicistica del processo amministrativo estende a tutti, e non solo alle parti, l'interesse a decisioni «giuste», perché fondate sull'accertamento veritiero dei fatti coinvolti nel giudizio.

10. - Alla luce della prassi giurisprudenziale più recente, il principio di non contestazione può dunque costituire un valido strumento per la tutela del valore dell'economia processuale anche nel giudizio amministrativo, così da renderlo sempre più un giudizio tra parti *responsabili* dei propri comportamenti processuali.

È tuttavia indubbio come questo principio risenta ancora delle illustrate incertezze che - dipendendo essenzialmente dalle peculiarità strutturali e funzionali proprie dell'ambito di giurisdizione in esame, rispetto al modello processuale «di origine» del principio di non contestazione, vale a dire il giudizio civile - ne ostacolano un pieno adattamento alle controversie (impugnatorie) in cui è parte la pubblica amministrazione. Del resto, in queste controversie è la presenza di fondo dell'interesse pubblico, al cui perseguimento rimane istituzionalmente preposta l'autorità, a costituire tuttora il principale fattore di ir-riducibilità - quanto meno in senso pieno ed integrale - della logica (anche processuale) pubblicistica a quella privatistica.

È risultato, quindi, confermato l'assunto iniziale di questa indagine, secondo cui la trasposizione legislativa di un identico enunciato normativo da un sistema processuale ad un altro non basta a garantire, in modo automatico e scontato, il perfetto operare della regola giuridica, che quell'enunciato incorpora, nel diverso sistema in cui viene calata.

(1) Sul tema del principio di non contestazione nel processo amministrativo, v. L. M. Caruso, *Art. 64*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice del processo amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010 n. 104) annotato con dottrina giurisprudenza e formule*, II (artt. 40-90), *Il processo amministrativo di primo grado*, 2010, 27 s.; G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, anche alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.* 2012, 1142 ss.; F. Follieri, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo: un «falso sintomo» del processo di parti, fra*



difficoltà applicative e tensioni concettuali, intervento alla X edizione delle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate a E. Cannada Bartoli, *La disponibilità della domanda nel processo amministrativo*, Roma - Universitas Mercatorum, 10-11 giugno 2011; C. Lamberti, *Disponibilità della prova e poteri del giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

(2) È da notare che, con tecnica analoga, il legislatore ha recentemente trasfuso il principio di non contestazione anche nel giudizio contabile (v. art. 95, comma 1° del Codice della giustizia contabile, approvato con il [D.lgs. 26 agosto 2016, n. 174](#)), sull'assunto - esplicitato con una certa disinvoltura nella Relazione Illustrativa al Codice della giustizia contabile (v. p. 28) - che il principio in parola sarebbe «*oramai entrato a far parte dell'ordinamento*».

(3) Ove non diversamente indicato, le pronunce del giudice amministrativo richiamate in seguito sono reperibili sul sito Internet www.giustizia-ammini-strativa.it.

(4) È vero che, nell'impostazione tradizionale, veniva riconosciuta al giudizio amministrativo la finalità precipua di garantire l'esatta osservanza del diritto oggettivo nell'interesse generale e, quindi, di tutelare principalmente l'interesse pubblico alla legittimità dell'azione amministrativa. In quest'ottica, si riteneva che l'interesse legittimo del privato non fosse altro che uno strumento di reazione processuale e, in quanto tale, non potesse avere alcuna valenza sul piano sostanziale. Tuttavia, i successivi sviluppi della legislazione e della giurisprudenza hanno progressivamente contribuito a ricollocare l'interesse legittimo sul terreno sostanziale, riconoscendo ad esso, in linea con le prescrizioni costituzionali, piena dignità di situazione giuridica subiettiva a fianco del diritto soggettivo. Così, anche la giurisdizione amministrativa ha via via acquisito una connotazione «soggettiva», essendo sempre più volta ad assicurare la tutela della situazione giuridica individuale (o anche meta-individuale) azionata nel processo. Nello stesso senso, anche G. Tropea, *op. cit.*, 1144 ss., evidenzia come la codificazione del principio di non contestazione sveli una tendenza legislativa a «soggettivizzare» il sistema processuale amministrativo. Per maggiori approfondimenti sul tema, si rinvia a A. Quaranta, *Introduzione*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano 2011, 20 s.

(5) Così, non solo il giudice amministrativo non può attivare il processo senza una domanda di parte (*nemo iudex sine actore*), ma è a questa vincolato, nel senso che deve pronunciarsi su tutte le domande di parte e non oltre i limiti di esse (*ne eat iudex ultra petita partium*: v. art. 34 c.p.a.). L'impulso di parte è indispensabile anche perché il processo prosegua, occorrendo un'apposita istanza di fissazione per ogni udienza di discussione del ricorso, pena la perenzione del medesimo (artt. 71 e 81 c.p.a.). La disponibilità del processo trova poi conferma nel potere, riconosciuto alla parte attrice, di rinunciare al ricorso in ogni fase e grado della controversia (art. 84 c.p.a.). In argomento, v. F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, 4ª ed., Torino 2011, 154 ss. e 219 ss., secondo il quale la concezione del processo amministrativo come processo di parti, volto alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive, «*pare trovare significativa conferma nel fatto che il Codice dedica specificamente alle parti (e ai difensori) il Titolo II del libro I*» (ivi, p. 220).

(6) Il superamento della concezione del processo amministrativo come giudizio volto alla demolizione di atti emerge con evidenza dalla lettura del comma 1° dell'art. 7 c.p.a., laddove si definisce l'ambito della giurisdizione amministrativa in riferimento alle «controversie ... concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo», che evidentemente riguardano non solo (l'impugnativa di) atti. In argomento, v. G. Leone, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, 2ª ed., Padova 2011, 60 s.; F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 158 ss.

(7) Talvolta si tratta di un'indicazione solo «in negativo», ma - come sostiene giustamente A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 8ª ed., Torino 2008, 305 - spesso «affermare che l'Amministrazione non poteva adottare un certo atto con certe modalità equivale a dire che l'Amministrazione doveva provvedere con altre modalità», rispettose della posizione giuridica subiettiva del privato.

(8) Cfr., ad es., Cass. 10 novembre 2010, n. 22837, in www.altalex.it: in un caso relativo alla responsabilità per «danno prenatale», cagionato dall'inadempimento di un'obbligazione d'informazione dovuta dal medico nei riguardi della madre, che ha impedito a quest'ultima di

poter decidere per l'interruzione della gravidanza, la Suprema Corte ritiene che il fatto della sussistenza delle condizioni di legge, legittimanti l'accesso all'interruzione della gravidanza dopo il novantesimo giorno dal concepimento, sia stato *implicitamente* dedotto dalla madre-attrice attraverso l'allegazione (espressa) del fatto che la donna avrebbe scelto di interrompere la gravidanza, così da tutelare preventivamente la propria salute psicofisica, se le fosse stata data l'informazione relativa alla grave malformazione del feto. Mancando una specifica contestazione del convenuto sul fatto della sussistenza di tali condizioni, implicitamente dedotto dall'attrice, la Corte conclude che il fatto medesimo deve ritenersi incontrovertito e, pertanto, non bisognoso di prova, in applicazione del principio di non contestazione sancito dall'art. 115, comma 1°, c.p.c.

(9) A supporto di tale opinione si può, ora, invocare anche l'art. 445 *bis* c.p.c. (inserito dal d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in l. 15 luglio 2011, n. 111), che in materia di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, handicap e disabilità, nonché di pensione di inabilità e di assegno di invalidità, ha condizionato la procedibilità della domanda giudiziale al preventivo accertamento tecnico per la verifica delle condizioni sanitarie legittimanti la pretesa fatta valere, disponendo poi, in caso di mancata contestazione, l'omologazione giudiziale dell'accertamento del requisito sanitario secondo le risultanze probatorie indicate nella relazione del consulente tecnico dell'ufficio; e, in caso di contestazione, la necessaria indicazione, a pena di inammissibilità, dei motivi della contestazione nel ricorso introduttivo del giudizio.

(10) Cfr. Trib. Varese, 3 gennaio 2011, in G. Buffone, *L'onere di contestazione (Relazione tenuta all'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura in Roma, il 21 febbraio 2011 sul tema «Processo civile»)*, 4, consultabile in www.ilcaso.it.

(11) Così Cass. 10 aprile 2012, n. 5659, in www.ilcaso.it. In dottrina, v. S. Del Core, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, in *Giust. civ.* 2009, II, 280 ss., in partic. 286-288, ove l'Autore distingue chiaramente i concetti di contestazione, eccezione e mera difesa.

(12) Cfr. Cass., Sez. un., 16 novembre 2009, n. 24179, in www.ilcaso.it, rispetto a una questione in tema di rappresentanza processuale; Cass. 20 ottobre 2015, n. 21176, in *Arch. circolaz.*, 2016, 210 e Cass., Sez. un., 16 febbraio 2016, n. 2951, in *Foro it.* 2016, I, 3212, entrambe rispetto a una questione di *legitimatio ad causam*.

(13) Cfr. M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, in Trattato Cicu-Messineo, Giuffrè, 2012, p. 34.

(14) Così M. Taruffo, *op. cit.*, p. 3.

(15) In senso conforme, v. B. Sassani, *L'onere della contestazione*, in www.judicium.it, 10.

(16) Cfr. App. Torino, 5 ottobre 2009, n. 1315, in www.ilcaso.it: nell'ambito di una controversia avente ad oggetto la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale, cagionato da un sinistro stradale e fondato sulla allegazione di parte attrice di non poter più svolgere l'attività sportiva non agonistica del *karatè*, che praticava con soddisfazione prima dell'evento lesivo, la Corte torinese reputa che la mancanza di un'espressa presa di posizione del convenuto sul fatto non comune, concernente lo svolgimento dell'attività sportiva del *karatè* da parte dell'attore-danneggiato, *ex adverso* dedotto in modo insidioso e vago, non possa valere come «mancanza di contestazione specifica» agli effetti dell'art. 115 c.p.c., proprio a causa della genericità e insidiosità dell'allegazione attorea.

(17) Cfr. Cons. Stato 4 agosto 2015, n. 3846, secondo cui «la mancata contestazione consente di sollevare la parte dall'onere di provare i fatti costitutivi della sua pretesa quando l'avversario non li ha contestati, assumendo in questo modo una posizione incompatibile con la negazione degli stessi. Ma in tanto può configurarsi un onere di contestazione specifica (ora previsto per il processo amministrativo dall'art. 64, comma 2, del codice di cui al d.lgs. n. 104/2010), in quanto la parte contro la quale i fatti sono dedotti sia a conoscenza di questi». Nello stesso senso, v. anche Cass. 13 febbraio 2013, n. 3576, in www.expartecreditoris.it; Trib. Piacenza 2 febbraio 2010, n. 81, in www.ilcaso.it.

(18) Cfr. Trib. Cuneo, 5 ottobre 2010, in *Giur. merito* 2011, 1042 s., che ritiene non assolto l'onere di specifica contestazione da parte dei convenuti la cui difesa, «lungi dal prendere posizione sui fatti esposti in citazione, ha unicamente richiamato la propria incapacità di valutare la legittimità e fondatezza delle domande' avversarie, senza neppure esplicitare le ragioni delle



proprie difficoltà, né tantomeno gli specifici aspetti fattuali (tra i molti prospettati nell'atto di citazione) che non sarebbe in grado di soppesare», ma adducendo semplicemente come unica giustificazione la collocazione della propria residenza all'estero, in un luogo lontano da quello in cui si trovano gli immobili oggetto della *confessoria servitutis* esperita dagli attori. Perspicuamente, P. G. Demarchi Albengo, *L'onere di contestazione specifica tra rigore formale, contumacia e conoscibilità dei fatti*, nota a Trib. Cuneo 5 ottobre 2010, *ivi*, 1047, osserva che - nel caso in esame - i fatti allegati da parte attrice «sono stati posti dal giudice a base della decisione non per la genericità della contestazione, quanto per una genericità "di secondo grado", relativa ai motivi della mancata conoscibilità dei fatti oggetto di allegazione di controparte».

(19) È il caso di Cass. 13 marzo 2012, n. 3951, in *Rep. Foro it.* 2012, voce *Prova civile in genere*, n. 6.

(20) Cfr., *ex multis*, Trib. Piacenza 2 febbraio 2010, n. 81, cit.; App. Milano 29 giugno 2011, in *www.ilcaso.it*; già Cass. 13 giugno 2005, n. 12636, in *Foro it.* 2006, I, 1492.

(21) Sulla necessità della forma scritta *ad substantiam* per i contratti stipulati con la p.a., si vedano, tra le molte, Cass. 18 maggio 2011, n. 10910, in *www.altalex.it* e Cass. 17 marzo 2015, n. 5263, in *www.quotidianoentilocali.-ilsole24ore.com*.

(22) Cfr. Trib. Lamezia Terme, 30 giugno 2010, in *www.ilcaso.it*.

(23) Cfr. *infra*, paragrafo 6.

(24) In senso conforme, v. B. Sassani, *L'onere della contestazione*, cit., p. 16.

(25) Cfr., a mero titolo esemplificativo, T.A.R. Basilicata, Potenza, 12 agosto 2011, n. 449, che applica il principio nei riguardi della parte ricorrente, la quale risulta non aver assolto l'onere di specifica contestazione dei fatti dedotti dal controinteressato.

(26) Così G. Ianniruberto, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.* 2010, II, 309; P. G. Demarchi Albengo, *op. cit.*, 1044; M. Pacilli, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, 304.

(27) Cfr., tra le molte, Cons. Stato 21 maggio 2010, n. 3229; T.A.R. Piemonte, Torino, 25 luglio 2016, n. 1063; T.A.R. Sicilia, Catania, 1° agosto 2011, n. 2044; nella giurisprudenza civile, Cass. 14 gennaio 2015, n. 461, in *Rep. Foro it.* 2015, voce *Appello civile*, n. 46; Cass. 15 luglio 2011, n. 15674, in *Rep. Foro it.* 2011, voce *Danni civili*, n. 204. Tuttavia, una parte della giurisprudenza ritiene di poter applicare il principio di non contestazione anche in caso di contumacia, quantomeno per trarne argomenti di prova sfavorevoli alla parte non costituita: v. T.A.R. Campania, Salerno, 19 novembre 2014, n. 1943, secondo cui «la non costituzione in giudizio e la mancanza di difesa dell'amministrazione comportano l'applicazione del principio di non contestazione ex art. 64, 2° comma, c.p.a. e costituiscono argomento di prova sfavorevole all'amministrazione che il giudice può desumere ai fini della decisione ex art. 64, 4° comma, c.p.a., dovendosi ragionevolmente dedurre che, rispetto a quanto dedotto in ricorso e riscontrato dal Collegio giudicante, l'amministrazione non avesse alcuna difesa utile da opporre».

(28) Nel processo amministrativo, situazioni del tutto analoghe a quelle che comportano un litisconsorzio necessario nel processo civile, possono presentarsi nelle vertenze in materia di diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (v. art. 41, comma 2°, c.p.a., che rinvia espressamente all'art. 102 c.p.c.).

(29) Si veda Trib. Varese, 19 gennaio 2010, in *Resp. civ. prev.* 2010, 4, 858 (in un caso di litisconsorzio necessario, conseguente all'esercizio dell'azione diretta di accertamento della responsabilità civile per un sinistro stradale, ex art. 144, d.lgs. n. 209/2005); Trib. Varese 21 gennaio 2011, in *www.tribunale.varese.it* (che estende il principio di non contestazione anche alle ipotesi di litisconsorzio facoltativo). In argomento, v. anche M. Pacilli, *op. cit.*, 309 ss.

(30) Cfr. Trib. Napoli 12 ottobre 2006, in *Corriere giur.* 2008, 416, con nota di F. De Vita, *Non contestazione, «concludenza», separazione e altre questioni in tema di processo societario*, che - nell'ambito del rito societario - ha separato le cause cumulate per consentire l'applicazione, in alcune di esse, della non contestazione.

(31) L'insufficienza del silenzio *tout court* agli effetti della contestazione «specifica» viene affermata, ad esempio, da Trib. Roma 27 gennaio 2011, in *www.ilcaso.it*. Con riguardo all'inidoneità anche di una contestazione generica e di stile si vedano, *ex plurimis*, Cass. 18 maggio 2011, n. 10860, in *Giur. it.* 2012, 130, con nota di G. Frus, *Un interessante (ma non*



condivisibile) principio in tema di onere di contestazione specifica, diretto a spezzare in taluni casi la necessaria circolarità tra onere di allegazione e di contestazione; Trib. Piacenza 2 febbraio 2010, n. 81, cit.; App. Napoli 30 gennaio 2013, in *Foro it.* 2013, I, 2630. Nella giurisprudenza amministrativa, v. Cons. Stato 21 maggio 2010, n. 3229; T.A.R. Puglia, Bari, 29 luglio 2011, n. 1203; T.A.R. Sicilia, Catania, 1 agosto 2011, n. 2044; T.A.R. Campania, Napoli, 28 ottobre 2011, n. 5051.

(32) Cfr. Cons. Stato 20 agosto 2013, n. 4194. Una particolare ipotesi di contestazione «implicita» si configura allorché la parte contesti soltanto l'*an debeatur*. Infatti, in applicazione del criterio della continenza logica, la giurisprudenza ritiene che la contestazione dell'*an* «contenga» anche la volontà di contestare il *quantum*, il *quomodo* e ogni altro fatto logicamente incompatibile con la stessa. Cfr. Trib. Lamezia Terme 18 marzo 2010, in G. Buffone, *L'onere di contestazione (Relazione tenuta all'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura in Roma, il 21 febbraio 2011 sul tema «Processo civile»)*, cit., p. 14; T.A.R. Piemonte, Torino, 12 gennaio 2012, n. 125, che osserva - a contrario - come la non contestazione dell'*an debeatur* implichi anche la non contestazione del *quantum*.

(33) Così, ad esempio, Trib. Monza 5 gennaio 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Catanzaro 29 settembre 2009, in *Giur. it.* 2010, 1667, con nota di G. Frus, *Sul rispetto dell'onere di contestazione anche in caso di incolpevole ignoranza e sugli effetti della mancata contestazione*, per il quale è «specifica una contestazione che contrasta il fatto avverso con un altro fatto diverso o logicamente incompatibile oppure con una difesa che appare seria per la puntualità dei riferimenti richiamati». In dottrina, anche F. Santangeli, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in *www.judicium.it*, 22, suggerisce la necessità di fornire una ricostruzione alternativa alle circostanze addotte da controparte, così da assicurare valenza sostanziale ed effettività all'onere di contestazione «specifica».

(34) Questo carattere di «relatività» della contestazione specifica è puntualmente evidenziato, ad es., da Trib. Monza 24 novembre 2010, in *www.ilcaso.it*; App. Torino 5 ottobre 2009, n. 1315, cit.; e, nella più recente giurisprudenza di legittimità, Cass. 19 marzo 2015, n. 5482, in *www.altalex.it*. In dottrina, v. M. Pacilli, *op. cit.*, 306 s.; S. Del Core, *op. cit.*, 276 s.

(35) Così Cass. 9 marzo 2012, n. 3727, in *Rep. Foro it.* 2012, voce *Agricoltura*, n. 85, che in tema di riscatto agrario - sulla linea di Cass. 5 marzo 2009, n. 5356 - considera «... la non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale e dovrà, perciò, ritenerlo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti». Nella giurisprudenza amministrativa si segnala, in particolare, T.A.R. Campania, Napoli, 3 gennaio 2017, n. 60, ove si afferma che, «in forza del disposto di cui all'art. 64 comma 2 c.p.a., come evidenziato da attenta dottrina, i fatti non contestati devono essere posti a fondamento della decisione, senza che residui alcuna discrezionalità per il giudicante, cosa che invece è consentita solo dall'ultimo comma dell'art. 64, secondo cui "il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo". Peraltro la collocazione topografica del disposto dell'art. 64 comma 2 deve portare a ritenere che nell'ambito del processo amministrativo i fatti non contestati confluiscono nel concetto di prova, menzionato nel comma 1 dell'art. 64, con la conseguenza che una volta che la parte abbia adempiuto al suo onere di allegazione, la non contestazione ad opera dell'altra parte costituita, dei fatti allegati dalla controparte, fa assurgere a prova piena quanto dedotto dalla stessa, senza che al riguardo al giudice sia consentito di fare ricorso ai suoi poteri acquisitivi per accertare quanto non oggetto di contestazione (cfr. TAR Napoli, Sez. VII, 6 settembre 2012, n. 3761, 22 marzo 2012, n. 1444)».

(36) Nella giurisprudenza civile si vedano, ad es., Cass. 17 giugno 2016, n. 12517, in *Rep. Foro it.* 2016, voce *Prova civile in genere*, n. 20; Cass. 13 marzo 2012, n. 3951, cit.; Cass. 21 agosto 2012, n. 14594, in *www.ilcaso.it*; Cass. 19 agosto 2009, n. 18399, in *Rep. Foro it.* 2010, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 58. Nella giurisprudenza amministrativa si possono segnalare, tra le molte, Cons. Stato 21 gennaio 2013, n. 311; Cons. Stato 18 aprile 2012, n. 2234; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 19 febbraio 2015, n. 84; T.A.R. Basilicata, Potenza, 10 gennaio 2012, n. 9;



T.A.R. Piemonte, Torino, 12 gennaio 2012, n. 125 (nell'ambito di un giudizio di ottemperanza); T.A.R. Calabria, Catanzaro, 8 aprile 2011, n. 498; T.A.R. Campania, Napoli, 5 maggio 2011, n. 2643.

(37) Cfr., tra i molti, C. M. Cea, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, in *Foro it.* 2009, 268 ss.; Id., *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *www.judicium.it*, 3 s.; B. Sassani, A.D. 2009: *ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, in *www.judicium.it*, § 12; Id., *L'onere della contestazione*, cit., in particolare 8 s.; F. G. Scoca, Art. 64, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano 2011, 549 s.; M. V. Lumetti, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, in *Studi di diritto processuale amministrativo* 2012, 330.

(38) Giustamente B. Sassani, *L'onere della contestazione*, cit., 9, rileva che «la collocazione della disposizione nel primo comma dell'art. 115 c.p.c. - dove il *deve* va letto quale limite ai poteri del giudice che è autorizzato a giudicare solo *iuxta probata (partium)* - lo autorizza ufficialmente anche a giudicare *iuxta non oppugnata* ma se ed in quanto *alia non obstant*. Può infatti ben darsi che, malgrado la sua mancata contestazione, l'inesistenza del fatto sfavorevole risulti invece indubitabilmente acclarata da altre circostanze agli atti, o da inequivocabili inferenze logiche». Contrariamente a G. Buffone, *L'onere di contestazione nella Legge 69/2009*, in *www.altalex.it*, § 2, non sembra dunque che, dall'uso del predicato verbale «*deve*» nell'art. 115, comma 1°, c.p.c., possa argomentarsi l'efficacia di prova legale della mancata contestazione del fatto allegato da controparte. Tale forma verbale pare, piuttosto, indicativa della cogenza del principio di non contestazione, vale a dire della sua necessaria applicazione da parte del giudice, fermo in ogni caso il principio della libera valutazione del materiale probatorio sancito dall'art. 116, comma 1°, c.p.c. (e dall'art. 64, comma 4°, c.p.a.).

(39) Infatti, come rileva giustamente A. Palmieri, *La prova contraria nei giudizi civili: lo stato delle questioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 1205, l'assolvimento dell'onere contestativo si pone quale presupposto anche della possibilità, per la parte che è gravata da quell'onere, di valersi della prova contraria, in quanto il fatto non (specificamente) contestato è espunto dallo stesso *thema probandum*. L'Autore osserva, poi, come tale conseguenza non sia affatto lesiva del diritto di difesa, posto che il diritto di dedurre la prova contraria non risulta precluso *a priori*, ma soltanto per effetto di un comportamento omissivo significativo volontariamente assunto dalla parte.

(40) Cfr., ad es., T.A.R. Puglia, Bari, 12 gennaio 2011, n. 20, con riferimento alla domanda risarcitoria per responsabilità precontrattuale proposta da un'a.t.i. nei confronti dell'Università di Bari; T.A.R. Basilicata, Potenza, 15 febbraio 2012, n. 71, in un giudizio in materia di legittimità dei contributi derivanti dal rilascio di concessione edilizia, che appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, lett. f, c.p.a.

(41) L'istruttoria del processo amministrativo impugnatorio, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice, è informata al c.d. «principio dispositivo con metodo acquisitivo» d'ispirazione benvenutiana, in forza del quale spetta alle parti l'onere di allegare e provare i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni, ma - almeno in linea di massima - rientra tra i poteri del giudice disporre mezzi istruttori anche d'ufficio, ossia indipendentemente da una specifica istanza di parte, sempre che la parte abbia fornito almeno un «principio di prova» dei fatti da dimostrare (v., Cons. Stato, Sez. IV, 11 febbraio 2011, n. 924; Cons. Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 586; nonché C. Lambertini, *Primi orientamenti sulla prova nel nuovo processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in particolare §§ 4 e 5). Ne discende, dunque, una significativa pervasività dei poteri istruttori officiosi del giudice amministrativo, sconosciuta invece al giudice civile, come dimostra - ad esempio - la previsione del potere di disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della p.a. (art. 64, comma 3°, c.p.a.); di ordinare anche a terzi l'esibizione in giudizio di documenti o quanto altro necessario e di disporre l'ispezione (art. 63, comma 2°, c.p.a.) o l'esecuzione di verificazioni e consulenze tecniche (art. 63, comma 4°, c.p.a.), nonché di disporre gli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento decisorio (art. 63, comma 5°, c.p.a.). Del resto, il c.d.



«metodo acquisitivo» è volto essenzialmente a riequilibrare nel processo le posizioni delle parti e a porre rimedio alla sperequazione che, in genere, si determina nel giudizio impugnatorio, in cui è l'amministrazione resistente a disporre della prova dei fatti rilevanti, acquisita nel corso del procedimento amministrativo, mentre l'onere di dimostrare quei fatti, costitutivi della pretesa azionata in giudizio, grava secondo i principi generali sul privato ricorrente.

(42) Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, 1 agosto 2011, n. 2044, che ritiene espunte dal *thema probandum* - e quindi non bisognose né di prova da parte del privato deducente, né di acquisizione probatoria officiosa - le circostanze di fatto allegate nel ricorso, relative ad atti e documenti nella disponibilità esclusiva della p.a. e da quest'ultima non specificamente contestate. Ciò induce il giudice all'accoglimento del ricorso (proposto dal proprietario confinante nei confronti della concessione edilizia - *melius*, permesso di costruire - rilasciata al costruttore, non costituito in giudizio, per la realizzazione di un ulteriore piano fuori terra) e alla conseguente caducazione del provvedimento amministrativo impugnato. In dottrina, in senso sostanzialmente adesivo si esprimono F. Follieri, *op. cit.*, 9; C. Lamberti, *All'amministrazione inerte nel giudizio si applica sempre il principio di non contestazione?*, nota a T.A.R. Sicilia, Catania, 1° agosto 2011, n. 2044, in *Giur. it.* 2012, 1182 e 1184 s. In argomento, v. anche F. Gaffuri, *Brevi note sul principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Urbanistica e appalti* 7/2013, 752 s.

(43) Cfr., in tal senso, Trib. Varese, Sez. Luino, 13 maggio 2010, in www.tribunale.varese.it; Trib. Lamezia Terme, 18 marzo 2010, in G. Buffone, *L'onere di contestazione (Relazione tenuta all'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura in Roma, il 21 febbraio 2011 sul tema «Processo civile»)*, cit., 22.

(44) Cfr., in argomento, F. G. Scoca, *Art. 64*, cit., 549. Il tema dell'esistenza e dell'individuazione di un termine per la contestazione, in rapporto ai singoli modelli processuali (civili e non solo), è particolarmente approfondito da F. De Vita, *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma 2012, 193 ss.

(45) In questo senso è l'orientamento dominante nella giurisprudenza, sia di legittimità che di merito. Si segnalano, *ex multis*, Cass. 18 maggio 2011, n. 10860, cit.; Trib. Roma 27 gennaio 2011, in www.ilcaso.it.

(46) Infatti, come è stato opportunamente osservato, opinare in modo diverso «significherebbe costringere l'altra parte a un ossequio innaturale al principio di eventualità ('mi sforzo di provare tutto per l'ipotesi che sopravvenga la contestazione')» (così A. Briguglio, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.* 2009, 264).

(47) Così, ad es., Cass. 1° dicembre 2010, n. 24381, in www.tribunale.varese.it; Cass. 28 febbraio 2014, n. 4854, in *Rep. Foro it.* 2014, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 9; Trib. Varese 14 ottobre 2011, in www.ilcaso.it.

(48) In aggiunta alle pronunce già richiamate nelle note precedenti di questo paragrafo, si segnalano anche App. Milano 12 ottobre 2009, in *Giur. it.* 2010, 609; App. Milano 29 giugno 2011, in *Giur. it.* 2012, 1860, con nota di G. Frus, *Osservazioni sul termine preclusivo per l'onere di contestazione*, che evidenzia come il principio di non contestazione sia «... connaturato al sistema di preclusioni a cui è improntato il processo civile, il quale comporta che il potere di contestazione "si consumi" nello stesso modo in cui "si consuma", secondo il rito prescelto, il potere di allegazione consentito alle parti»; App. Napoli 30 gennaio 2013, cit.

(49) Proprio di fenomeno «tendenzialmente irreversibile» parla, rispetto alla non contestazione del fatto, Cass. 13 marzo 2012, n. 3951, cit. In senso conforme, v. Trib. Mondovì 12 marzo 2010, in www.ilcaso.it; Trib. Varese 14 ottobre 2011, cit. In dottrina, sostiene la irrevocabilità della non contestazione, salva la rimessione in termini ai sensi dell'art. 153, comma 2°, c.p.c., anche F. Santangeli, *op. cit.*, p. 12. Da non confondere con la «revoca della non contestazione» (o c.d. contestazione tardiva) è il fenomeno speculare della «ritrattazione della contestazione specifica» già effettuata tempestivamente in precedenza, che Trib. Mondovì 12 marzo 2010, cit., ritiene teoricamente ammissibile, purché risulti in modo inequivocabile. Peraltro, il Tribunale giustamente osserva come la mancata reiterazione della contestazione non possa in alcun caso tradursi in implicita revoca della contestazione stessa; infatti, «la legge richiede la contestazione, ossia la negazione di un fatto allegato, ma non richiede anche che tale contestazione sia



successiva o sia ripetuta ogni volta che il fatto viene affermato", "perché la contestazione, una volta espressa, ha esaurito la sua funzione».

(50) In senso conforme, v. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 9^a ed., Torino 2010, 252.

(51) Già sotto il previgente regime normativo, dottrina e giurisprudenza erano concordi nel ritenere che il termine previsto per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente non avesse carattere perentorio e che, dunque, dal mancato rispetto dello stesso non derivasse alcuna decadenza (cfr. Cons. Stato 5 giugno 2007, n. 2983). Questo orientamento viene recepito anche dal Codice del processo amministrativo, come indicano inequivocabilmente l'uso del predicato «*possono*» all'art. 46 e l'omessa configurazione di sanzioni processuali, per la parte intimata che non si costituisca entro il termine ivi stabilito. Peraltro, l'art. 73 c.p.a. chiarisce che le parti possono produrre documenti fino a quaranta giorni liberi prima dell'udienza, presentare memorie fino a trenta giorni liberi e repliche fino a venti giorni liberi, con la conseguenza che la costituzione in udienza, mediante il deposito del mero mandato, consente soltanto la difesa orale nel corso della stessa udienza. In senso conforme, v. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2013, n. 5 e, in dottrina, A. Travi, *op. loc. ult. cit.*; E. Casetta, *Compendio di diritto amministrativo*, 11^a ed. riveduta e aggiornata, Milano 2011, p. 482.

(52) Indicazioni in tal senso emergono anche dalla prassi applicativa giurisprudenziale. Nelle pronunce amministrative analizzate, infatti, il ragionamento condotto dal giudice sembra sempre presupporre la possibilità della contestazione specifica fino alla pubblica udienza di discussione del ricorso. Cfr., ad esempio, T.A.R. Puglia, Bari, 12 gennaio 2011, n. 20: «Nel corso della discussione svoltasi alla pubblica udienza del ..., il difensore dell'Università di Bari ha chiesto il rigetto della domanda in quanto infondata, ma non ha contestato il conteggio dettagliato delle spese di progettazione e di partecipazione alla gara, elaborato dall'a.t.i. ricorrente con gli ultimi motivi aggiunti e con la memoria conclusiva. Orbene, [...] deve osservarsi che anche nel processo amministrativo vige, quantomeno per le azioni risarcitorie in cui vengono in rilievo diritti patrimoniali, il principio di disponibilità dei mezzi di prova ed il principio di non contestazione: ai sensi dell'art. 64, secondo comma, cod. proc. amm., il giudice amministrativo pone a fondamento della decisione le prove allegate dalle parti '... nonché i fatti non specificamente contestati dalle parti costituite'. Così affermando, il Tribunale pugliese ammette implicitamente che l'Università resistente avrebbe potuto contestare il conteggio delle spese elaborato *ex adverso*, non solo nella prima difesa utile successiva (alla proposizione degli ultimi motivi aggiunti), ma anche «nel corso della discussione svoltasi alla pubblica udienza».

(53) Essendo invece ammessa - come già osservato - la rimessione in termini ad opera del giudice civile, qualora la parte dimostri di non essere stata in grado di contestare tempestivamente le avverse deduzioni «*per causa ad essa non imputabile*», secondo la previsione dell'art. 153, comma 2°, c.p.c.

(54) *Contra* F. Follieri, *op. cit.*, p. 20, secondo il quale «va rilevato che la non contestazione, regola istruttoria e meccanismo di semplificazione processuale, volto al perseguimento dell'economia del processo, in assenza di un termine per l'assolvimento del relativo onere, risulta inefficace». Le ragioni, che inducono a non condividere l'opinione espressa dall'Autore, sono spiegate subito nel testo.

(55) Anche in virtù delle strette preclusioni poste dall'art. 104 c.p.a., il quale stabilisce - per il processo amministrativo- il divieto dei «*nova*» in appello, previsto dall'art. 345 del codice del processo civile.

(56) Ritengono di non procedere all'istruzione probatoria, proprio in virtù dell'applicazione del principio di non contestazione, ad es. T.A.R. Sicilia, Catania, 1° agosto 2011, n. 2044 (secondo cui «la mancata contestazione dell'altro assunto motivazionale del ricorso [...] determina la sua ammissione e, dunque, l'inutilità di acquisizione dei detti atti»); T.A.R. Campania, Napoli, 8 marzo 2012, n. 1204 (a fronte della mancata contestazione specifica «deve ritenersi non necessaria l'acquisizione di chiarimenti in ordine alla coincidenza fra i manufatti di cui all'ingiunzione di demolizione e quelli di cui alla due istanze di condono»); T.A.R. Campania, Napoli, 22 marzo 2012, n. 1444 (respinge la richiesta di parte ricorrente, volta alla reiterazione dell'ordinanza istruttoria non ottemperata dal Comune resistente, il quale non ha mai contestato specificamente le avverse deduzioni, proprio in base alla considerazione che «una volta che la



parte abbia adempiuto al suo onere di allegazione, la non contestazione ad opera dell'altra parte costituita, dei fatti allegati dalla controparte, fa assurgere a prova piena quanto dedotto dalla stessa, senza che al riguardo al giudice sia consentito di fare ricorso ai suoi poteri acquisitivi per accertare quanto non oggetto di contestazione»).

(57) L. M. Caruso, *Art. 64*, cit., p. 28, ritiene che il coordinamento sistematico dell'art. 64 c.p.a. con le altre norme del processo amministrativo e, in particolare, con l'art. 46 c.p.a., consenta - già *de jure condito* - di affermare che l'onere di contestazione vada adempiuto necessariamente con la prima difesa utile.

(58) In senso conforme, v. F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 172. Proprio l'indisponibilità gnoseologica e/o documentale dal lato del privato giustifica l'affermazione giurisprudenziale e legislativa sia del principio dispositivo attenuato dal c.d. «metodo acquisitivo», sia della regola dell'onere del «principio di prova», al fine di cercare di riequilibrare nel processo le posizioni delle parti. Lucidamente, Cons. Stato 11 febbraio 2011, n. 924 riconosce che «nel processo amministrativo, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice approvato con [d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104](#) (cfr. art. 64, comma 3°, c.p.a.), il sistema probatorio è fondamentalmente retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice, il quale comporta l'onere per il ricorrente di presentare almeno un indizio di prova perché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6118): e ciò, per l'appunto, è contemplato dal "sistema" proprio in quanto il ricorrente, di per sé, non ha la disponibilità delle prove, essendo queste nell'esclusivo possesso dell'amministrazione ed essendo quindi sufficiente che egli fornisca un principio di prova». In argomento, v. anche C. Mignone, P. M. Vipiana, *Manuale di giustizia amministrativa*, Padova 2012, 236 s.

(59) Per una lucida analisi delle ricadute, potenzialmente dirompenti, che la «civilizzazione» del processo amministrativo - vale a dire la meccanica assimilazione della disciplina di questo giudizio a quella processualcivile, in particolare attraverso le nuove regole sull'istruttoria e sull'accertamento del fatto introdotte dal [d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104](#) - può determinare sul versante dei fondamenti della giurisdizione amministrativa e della sua stessa ragion d'essere sociale e istituzionale, v. R. Greco, *L'istruttoria e l'accertamento del fatto nel codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](#).

(60) Si argomenta in tal senso anche sulla base dell'[art. 2698 c.c.](#), che sancisce la nullità dei patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre. Sul punto, v. A. Atteritano, *Note minime in tema di onere della contestazione e tecniche di accelerazione del processo*, in [www.judicium.it](#), 4 ss. In giurisprudenza cfr., ad es., Trib. Varese 27 novembre 2009, in *Fam. e dir.* 2010, 571 ss., con nota di A. Carratta, «*Principio della non contestazione e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili*», secondo cui il principio di non contestazione non è applicabile in caso di azione ex [art. 244 c.c.](#), avente ad oggetto il disconoscimento della paternità, proprio perché sono coinvolti diritti indisponibili della persona e, dunque, interessi per i quali è posto a garanzia e controllo il giudice. Tutt'al più, in materia di diritti indisponibili, la giurisprudenza ritiene di poter attribuire al comportamento non contestativo un rilievo di mero argomento di prova, ex art. 116, comma 2°, c.p.c. (v., ad es., Trib. Monza 29 settembre 2010, in G. Buffone, *L'onere di contestazione (Relazione tenuta all'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura in Roma, il 21 febbraio 2011 sul tema «Processo civile»)*, cit., 21, che - pur riconoscendo l'inapplicabilità del principio in parola nell'ambito di una procedura per la dichiarazione di fallimento ex art. 15 l. fall., trattandosi di diritti non disponibili - valuta ai sensi dell'art. 116, comma 2°, c.p.c. la mancata contestazione dello stato d'insolvenza, da parte della società assoggettata alla procedura concorsuale).

(61) Cfr. F. G. Scoca, *Art. 63*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano 2011, 546.

(62) Il problema di conciliare la disciplina della non contestazione con la natura non sempre disponibile delle situazioni soggettive tutelabili, propria del processo amministrativo (come anche di quello tributario), è avvertita pure da L. P. Comoglio, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 1047. Una possibile soluzione di compromesso sembra, peraltro, essere offerta dalla giurisprudenza civile più recente, che tende ad applicare il principio di non

contestazione anche alle controversie in materia di diritti indisponibili, rispetto a tutti i fatti dedotti in giudizio che non siano quelli (strettamente) costitutivi del diritto indisponibile. Ad esempio, Cass., 30 giugno 2016, n. 13436, in *Giur. it.* 2017, 1, 32, ha ritenuto che il fatto concernente il momento della conoscenza dell'adulterio, rilevante ai fini della prova della tempestività dell'azione di disconoscimento della paternità promossa ai sensi dell'art. 244, comma 2°, c.c., rientri nelle maglie di operatività del principio in parola, sull'assunto che «in materia di diritti indisponibili, come quelli implicati nella causa in esame, il principio di non contestazione, se non può operare ai fini della prova degli elementi costitutivi dell'azione (in particolare, l'essere il disconoscendo figlio naturale del genitore), tuttavia resta efficace con riguardo al fatto assunto in citazione come rilevante ai fini della tempestività dell'azione medesima per non essere decorso il termine di decadenza. Tale profilo, invero, integra un fatto mero l'episodio della vita che si pone quale momento iniziale della decorrenza del termine di decadenza - che ricade nell'ambito applicativo [dell'art. 115 c.p.c.](#)».

(63) Così come manca, anche nell'attuale disciplina codicistica, la previsione di un'udienza istruttoria e di un giudice istruttore, inteso quale momento istituzionale di contatto tra le parti.

(64) Sul punto, v. F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 357 ss.

(65) Cfr. F. De Vita, *op. cit.*, 135 ss., secondo il quale, nonostante la lettera [dell'art. 115 c.p.c.](#) riferisca l'onere di contestazione alle sole parti «costituite», l'unica interpretazione della norma conforme ai canoni costituzionali della non discriminazione tra le parti (tra attore e convenuto contumace, da un lato, e tra convenuto costituito e convenuto contumace, dall'altro lato) e della ragionevole durata del processo, di cui agli [artt. 3, 24 e 111 Cost.](#), è ritenere che la mancata o tardiva costituzione del convenuto - almeno nei modelli processuali in cui sussiste una preclusione temporale per l'onere di contestazione - produce comunque gli effetti della non contestazione. In argomento, si veda anche L. P. Comoglio, *op. cit.*, 1049; B. Sassani, *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile*, cit., § 12; Id., *L'onere della contestazione*, cit., 17 ss.; C. M. Cea, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, cit., 8 s.; nonché, con specifico riferimento al processo amministrativo, C. Lamberti, *All'amministrazione inerte nel giudizio si applica sempre il principio di non contestazione?*, cit., 1185 s.

Urbanistica e appalti, 2018, 1, 45 (nota a sentenza)

LA PLENARIA SULL'ANNULLAMENTO D'UFFICIO DEL PERMESSO DI COSTRUIRE: FINE DELL'INTERESSE PUBBLICO IN RE IPSA? - IL COMMENTO

di Giuseppe Manfredi

Cons. Stato (Ad. Plen.), 17 ottobre 2017, n. 8

L. 07-08-1990, n. 241, Art. 21-nonies

L. 11-02-2005, n. 15, epigrafe

Con la sentenza n. 8/2017 l'Adunanza plenaria ha inteso risolvere il contrasto di giurisprudenza che era sorto in tema di motivazione dell'annullamento dei titoli edilizi: un orientamento maggioritario sosteneva che in proposito non è necessaria nessuna motivazione, dato che in questa ipotesi l'interesse pubblico ad annullare può considerarsi *in re ipsa*, mentre un altro indirizzo riteneva che anche qui trovano applicazione gli obblighi di ponderazione fra interessi e di motivazione previsto dall'art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990. La sentenza in commento aderisce al secondo indirizzo, ed enuncia il principio di diritto secondo cui l'art. 21 *nonies* trova applicazione anche riguardo all'annullamento dei titoli edilizi: ma al contempo svolge una serie di affermazioni che limitano la portata di questo principio.

Sommario: [La rimessione all'Adunanza Plenaria - L'elaborazione pretoria della nozione di autotutela - Segue: e l'origine degli orientamenti sull'interesse pubblico in re ipsa - La legificazione dell'annullamento d'ufficio, e le sorti dell'interesse pubblico in re ipsa - I più recenti orientamenti sull'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi, e il principio di diritto sull'applicabilità dell'art. 21 nonies - Gli altri principi di diritto](#)

[La rimessione all'Adunanza Plenaria](#)

È noto che negli scorsi anni nella giurisprudenza del Consiglio di Stato era sorto un contrasto in tema di motivazione dell'annullamento dei titoli edilizi: l'orientamento maggioritario sosteneva che in proposito non è necessaria nessuna motivazione, dato che in questa materia l'interesse

pubblico ad annullare può considerarsi *in re ipsa*, mentre un indirizzo più recente riteneva che anche qui trovano applicazione gli obblighi di ponderazione fra interessi e di motivazione previsti dall'art. 21 *nonies* della L. n. 241 del 1990.

La IV Sezione, con l'ord. 19 aprile 2017, n. 1830, preso atto di questo contrasto, ai sensi dell'art. 99 c.p.a. aveva dunque rimesso all'Adunanza plenaria un ricorso che verteva sulla questione, formulando il seguente quesito: "se, nella vigenza dell'art. 21-*nonies*, come introdotto dalla legge n. 15 del 2005, l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo, *sub specie* di concessione in sanatoria, intervenut[o] ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, debba o meno essere motivat[o] in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico valutato in concreto in correlazione ai contrapposti interessi dei privati destinatari del provvedimento ampliativo e agli eventuali interessi dei controinteressati, indipendentemente dalla circostanza che il comportamento dei privati possa aver determinato o reso possibile il provvedimento illegittimo, anche in considerazione della valenza - sia pure solo a fini interpretativi - della ulteriore novella apportata al citato articolo, la quale appare richiedere tale valutazione comparativa anche per il provvedimento emesso nel termine di 18 mesi, individuato come ragionevole, e appare consentire un legittimo provvedimento di annullamento successivo solo nel caso di false rappresentazioni accertate con sentenza penale passata in giudicato"⁽¹⁾.

Con la sent. n. 8/2017 l'Adunanza plenaria ha aderito al secondo dei due indirizzi di cui s'è detto, e dunque ha affermato che l'art. 21 *nonies* trova senz'altro applicazione anche in ordine all'annullamento dei permessi in sanatoria.

E ciò anche se, come vedremo, il principio di diritto sull'applicabilità dell'art. 21 *nonies* in materia si accompagna all'affermazione di altri principi che in sostanza ne limitano la portata.

Per esaminare adeguatamente i contenuti di questa pronuncia occorre però inquadrarli nel più ampio contesto dei principali orientamenti giurisprudenziali che in passato hanno affermato che può ravvisarsi un interesse pubblico *in re ipsa* all'annullamento d'ufficio in questo o in quel settore.

L'elaborazione pretoria della nozione di autotutela

L'origine di questi orientamenti è strettamente correlata alle vicende della elaborazione della nozione di annullamento d'ufficio.

Vicende che sono l'ennesima conferma della matrice giurisprudenziale di un'ampia parte del nostro diritto amministrativo⁽²⁾, perché, com'è ampiamente noto, la figura che ci interessa sino al 2005 non aveva nessuna precisa base legislativa, e a partire da fine ottocento era stata elaborata da un orientamento pretorio della giurisprudenza, unitamente alla contigua figura della revoca - anzi, sino agli anni venti del novecento la giurisprudenza qualificava come revoca ogni atto di ritiro di precedenti provvedimenti, e solo in seguito s'era chiarito che l'annullamento consiste nel ritiro determinato da motivi di legittimità⁽³⁾.

In dottrina nella prima metà dello scorso secolo natura e caratteri dell'istituto furono controversi: per quanto qui interessa va ricordato che in questo periodo non mancavano autori che possono considerarsi antesignani delle tesi odierne sul c.d. annullamento doveroso, come ad esempio Vincenzo Romanelli, che negli anni trenta sosteneva che il potere di annullamento deve ritenersi connotato dalla obbligatorietà, sulla base di "quella norma fondamentale, derivante dalla nozione stessa di Stato giuridico, e che si sintetizza nel principio di legalità a cui deve informarsi la pubblica amministrazione, nell'interesse imprescindibile della sua azione amministrativa"⁽⁴⁾.

Questa posizione non ebbe però seguito, perché invece prevalse quella che, in consonanza con gli orientamenti della giurisprudenza del Consiglio di Stato⁽⁵⁾, affermava che il potere in questione ha natura senz'altro discrezionale.

Sempre negli anni trenta del novecento questa seconda tesi veniva sostenuta ad esempio da Giuseppe Codacci Pisanelli⁽⁶⁾, e da Santi Romano, secondo cui occorre valutare di volta in volta se l'annullamento "giovi, nel caso concreto, agli interessi della pubblica amministrazione, e sia conforme in genere a tutti i requisiti che si richiedono per l'uso di poteri discrezionali. In altri termini: la pubblica Amministrazione, nelle ipotesi di cui è in parola, non pronuncia l'annullamento per l'imparziale tutela del diritto oggettivo, ma solo se e quando questa tutela sia un'esigenza della specifica funzione amministrativa che le è affidata"⁽⁷⁾.

La stessa impostazione negli anni cinquanta era stata ripresa anche nella sistemazione generale dell'autotutela di Feliciano Benvenuti, ove appunto si sosteneva che tutti i poteri di autotutela spontanea (nel cui novero come noto veniva ricondotto anche il potere di annullamento) non tendono "alla restaurazione obiettiva dell'ordine giuridico violato", ma, piuttosto, "a soddisfare un interesse concreto e immediato della amministrazione"⁽⁸⁾.

L'affermazione della natura discrezionale del potere in discorso ovviamente lasciava adito alla consueta ponderazione tra l'interesse perseguito dalla pubblica amministrazione e gli interessi dei privati nei cui confronti l'annullamento può produrre effetto.

In quest'ottica l'amministrazione poteva dunque considerarsi vincolata ad annullare gli atti illegittimi solo nelle ipotesi che esulavano da ciò che Benvenuti definiva come autotutela spontanea, ossia nel settore dei controlli, e in quello dei ricorsi amministrativi⁽⁹⁾.

Ed è quasi inutile ricordare che per quasi mezzo secolo, sino all'emanazione della [L. n. 15/2005](#), questa sistemazione ha costituito il paradigma degli assetti dell'annullamento d'ufficio.

Che essa sia stata preferita alla sistemazione in termini di doverosità si riallaccia alla dialettica tra i diversi interessi che possono venire in rilievo a fronte dell'esercizio del potere in questione, alcuni dei quali vanno nel senso della rimozione dell'atto, mentre altri vanno nel senso del suo mantenimento⁽¹⁰⁾.

In sostanza, tra gli interessi che vanno nel senso della rimozione può esservi quello di restaurare la legalità violata dal provvedimento illegittimo; quello di perseguire uno specifico interesse concreto della pubblica amministrazione; quelli dei soggetti privati che dall'atto ricevono un qualche tipo di pregiudizio: e questi soggetti possono essere sia i diretti destinatari dell'atto - ad esempio, il destinatario di un ordine di demolizione di un fabbricato -, sia terzi interessati - ad esempio, i proprietari dei terreni che confinano con un'area che viene edificata grazie a un permesso di costruire.

Tra gli interessi che invece vanno nel senso del mantenimento, quello di assicurare la stabilità dei rapporti giuridici e quelli dei privati che dal provvedimento ricevono un qualche tipo di vantaggio - che anche qui ovviamente possono essere sia diretti destinatari dell'atto, sia terzi interessati.

Peraltro questi interessi possono anche ricollegarsi a diversi principi giuridici, che nel nostro ordinamento, dove la Costituzione secondo molti viene persino iperinterpretata, possono considerarsi dotati di una qualche più o meno salda copertura costituzionale: quelli che tendono alla rimozione ovviamente si collegano al generale principio di legalità, o a quello dell'inesauribilità del pubblico potere⁽¹¹⁾, che a sua volta è connesso al principio del buon andamento dell'azione amministrativa; quelli che tendono al mantenimento, al principio della tutela dell'affidamento⁽¹²⁾, e a quello della certezza dei rapporti giuridici, corollario della certezza del diritto⁽¹³⁾ - che in genere va di pari passo con il principio di legalità, ma qui invece va in senso opposto.

Gli assetti dell'annullamento in definitiva dipendono dalla giuridica rilevanza che viene attribuita agli interessi in parola.

La questione peraltro si pone in termini analoghi in tutti gli ordinamenti a diritto amministrativo: e in tutti è una costante la ricerca di una soluzione di compromesso, che reca a limitazioni del potere di annullamento⁽¹⁴⁾.

Nel nostro ordinamento, in assenza di una precisa disciplina legislativa, il compromesso si è potuto realizzare attraverso la sostanziale emarginazione dell'interesse al ripristino della legalità, che risulta difficilmente conciliabile con interessi di segno opposto, e tramite l'affermazione che l'annullamento deve necessariamente passare attraverso la ponderazione degli altri interessi; oltre che attraverso l'affermazione della rilevanza del decorso del tempo, che come si suol dire consolida gli interessi alla conservazione del provvedimento.

[Segue: e l'origine degli orientamenti sull'interesse pubblico *in re ipsa*](#)

Ma, come s'è detto, sino allo scorso decennio la sistemazione in discorso non aveva una precisa base legislativa.

Il che ovviamente ha favorito il sorgere di orientamenti giurisprudenziali che hanno seguito percorsi che si discostano dai principi generali.

Tra essi i più rilevanti erano quello relativo ai casi in cui il provvedimento ha recato un illecito esborso di denaro pubblico, quello relativo agli atti di assenso edilizi, e quello inerente gli atti viziati dalla c.d. illegittimità comunitaria, o anticomunitari⁽¹⁵⁾.

Nei primi due casi spesso si affermava che l'interesse pubblico ad annullare il provvedimento illegittimo è *in re ipsa*.

Questa formula non è del tutto perspicua, ma pare comunque voler significare non tanto che qui i giudici ravvisano un interesse al ripristino della legalità, quale quello postulato dalla dottrina degli anni trenta del novecento di cui s'è detto *supra*, quanto, piuttosto, che essi ravvisano un qualche tipo di interesse pubblico specifico ad annullare che risulta talmente rilevante da prevalere sempre e comunque su tutti gli altri interessi coinvolti, e che dunque rende superflua ogni forma di ponderazione⁽¹⁶⁾.

Anche se, per vero, la questione è sempre rimasta connotata da una certa opacità, perché qui la particolare considerazione riservata a questo o a quell'interesse si intrecciava con la cosiddetta dequotazione della motivazione⁽¹⁷⁾.

La pigrizia dei funzionari spesso faceva sì che le amministrazioni si limitassero a motivare solo in ordine alla sussistenza di un determinato interesse ad annullare, senza far cenno alle ragioni per cui esso prevale sugli altri interessi, e i giudici omettevano di censurare i vizi inerenti la motivazione formale perché ritenevano corretta la motivazione materiale, ossia perché ritenevano fondate le (supposte) ragioni effettive della decisione amministrativa: e così alla fin fine non era agevole comprendere né le effettive ragioni della decisione della pubblica amministrazione, e neppure quelle della decisione del giudice⁽¹⁸⁾.

In ogni caso, il ragionamento sotteso a questo modo di decidere risultava opinabile, data la mancanza di norme che nei procedimenti di annullamento giustificassero un trattamento privilegiato per la tenuta dei conti pubblici o per la tutela del territorio, anziché - ad esempio - per la tutela della concorrenza e del mercato, o per qualsivoglia altro tipo di interesse pubblico⁽¹⁹⁾. Per cui l'affermazione dell'interesse pubblico *in re ipsa* in questo o in quel settore della attività amministrativa poteva considerarsi un episodio di empirismo, perché questa affermazione finiva per essere rimessa alle preferenze contingenti del giudice, magari ispirate dalla sensibilità corrente in un determinato momento per questo o per quel problema.

Ma d'altro canto non v'è da stupirsi più di tanto se un orientamento pretorio contraddiceva un altro orientamento pretorio, perché tale - nonostante le sistemazioni dottrinali di cui s'è detto - era pure l'indirizzo generale della giurisprudenza in tema di annullamento d'ufficio.

L'orientamento sull'annullamento dei provvedimenti contrari alle norme comunitarie giungeva sostanzialmente allo stesso risultato, ma attraverso un percorso diverso: la questione come noto in passato è stata oggetto anche di sistemazioni raffinate, ma ai nostri fini è sufficiente ricordare che negli scorsi decenni la Corte di Giustizia aveva cercato di applicare ai provvedimenti amministrativi emanati dalle amministrazioni degli Stati membri in violazione del diritto comunitario una soluzione analoga a quella rinvenuta per il contrasto tra norme comunitarie e norme interne; negli anni novanta dello scorso secolo questo indirizzo era stato ripreso anche dalla giurisprudenza del nostro Consiglio di Stato, che dunque aveva iniziato ad affermare che i provvedimenti anticomunitari devono essere senz'altro ritirati⁽²⁰⁾.

La legificazione dell'annullamento d'ufficio, e le sorti dell'interesse pubblico *in re ipsa*

Venendo ora alla legificazione dello scorso decennio, ai nostri fini va detto innanzitutto che la versione originaria dell'art. 21 *nonies*, introdotta nella L. n. 241 dalla L. n. 15 del 2005, aveva ripreso interamente le norme e i principi generali che in precedenza erano stati elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina, in particolare riguardo all'esigenza di perseguire un interesse pubblico specifico, diverso da quello alla legalità, e all'obbligo di ponderazione tra questo e gli altri interessi coinvolti ("Il provvedimento amministrativo illegittimo ... può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge")⁽²¹⁾; e dunque in questo modo aveva confermato senz'altro la natura squisitamente discrezionale del potere in questione⁽²²⁾.

Sicché ci si sarebbe potuti attendere che l'entrata in vigore di questa disposizione avrebbe immediatamente segnato la fine degli orientamenti giurisprudenziali che si discostavano dai principi generali, dei quali s'è appena detto, perché ormai non si trattava più di divergere da un

orientamento di origine pretoria, ma, piuttosto, di non dare applicazione a una precisa disposizione di legge, una volta tanto chiara e univoca.

In realtà il superamento di questi orientamenti è sì avvenuto, ma attraverso percorsi più articolati di quanto non ci si sarebbe potuti attendere nel 2005.

Il più remoto tra gli orientamenti in parola, quello sull'annullamento per motivi finanziari, era stato legificato anch'esso circa due mesi prima dell'orientamento per così dire generale, nel comma 136 dell'art. 1 della legge finanziaria per il 2005, la [L. n. 311/2004](#) - "Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante"⁽²³⁾.

Ovviamente la quasi contemporanea emanazione di due disposizioni in tema di annullamento formulate in modo così sensibilmente diverso risultava abbastanza incongrua, e, per solito, poneva un problema di soluzione dell'antinomia (il vecchio postulato della coerenza dell'ordinamento imporrebbe anche di aggiungere: apparente) che così si era venuta a creare.

Peraltro a livello ministeriale ci si era resi conto dell'esigenza di mantenere un minimo di coerenza nella disciplina dell'annullamento d'ufficio, sicché il Ministero della Funzione pubblica aveva proposto una soluzione per questa antinomia nella direttiva del 17 ottobre 2005.

Scartando le due soluzioni che forse erano più ovvie (ovvero: la norma della Finanziaria non era stata abrogata in esito all'entrata in vigore della norma, di portata generale, ex [lege n. 15/2005](#), in virtù del principio per cui *lex posterior generalis non derogat priori speciali*; la norma della legge finanziaria invece era stata implicitamente abrogata dall'entrata in vigore della nuova norma perché questa, ai sensi dell'art. 15 disp. prel. c.c., era intesa a regolare "l'intera materia"), la direttiva aveva proposto di leggere la formula riguardante l'annullamento per motivi finanziari alla luce dei principi dettati dall'art. 21 *nonies*.

Ed essa aveva dunque sostenuto che "la portata delle disposizioni contenute dal comma 136 dell'art. 1 della [L. n. 311/2004](#) può essere chiarita alla luce delle disposizioni della [legge n. 15/2005](#) che hanno disciplinato in via generale (l'annullamento) d'ufficio", e, pertanto, che "il legislatore si limita a richiedere che l'amministrazione, nel valutare se procedere o meno all'annullamento dell'atto ritenuto illegittimo, operi 'tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati'"⁽²⁴⁾: per cui anche qui l'annullamento avrebbe dovuto avere natura discrezionale, e sarebbe dovuto passare attraverso la consueta ponderazione fra tutti gli interessi coinvolti.

Ma le prassi amministrative e la giurisprudenza dei Tribunali amministrativi e del Consiglio di Stato non si erano curate delle indicazioni ministeriali, e avevano affrontato questa antinomia nei modi più diversi⁽²⁵⁾.

Comunque, anche quando la giurisprudenza del Consiglio di Stato riteneva che la disposizione ex [lege n. 311](#) non fosse stata abrogata, affermava che il potere ivi previsto aveva natura discrezionale, osservando che il tenore della disposizione in parola "come reso evidente al termine *può* che precede la scelta di disporre dell'annullamento l'ufficio, non fa venir meno la natura ampiamente discrezionale di detta potestà che non può essere resa coercibile ad iniziativa del destinatario del provvedimento o di un terzo interessato"⁽²⁶⁾.

Negli ultimi anni la giurisprudenza sembrava però orientata soprattutto ad ampliare i margini di azione della pubblica amministrazione: quando affermava che l'entrata in vigore della disposizione di cui alla [legge n. 15](#) non aveva abrogato quella ex [L. n. 311](#), giungeva alla conclusione che la formula "che l'annullamento possa essere disposto *sempre*, al fine di conseguire risparmi di spesa o minori oneri finanziari", aveva "codifica(to) una ipotesi di interesse pubblico *in re ipsa*", escludendo dunque ogni esigenza di comparazione tra interessi⁽²⁷⁾; mentre quando affermava il contrario, ne traeva "la conseguenza pratica ... che il decorso di tre anni di efficacia del provvedimento illegittimo non preclude alla p.a. l'esercizio dell'annullamento d'ufficio"⁽²⁸⁾.

Probabilmente è per questa ragione che la [L. n. 124 del 2015](#), la quale come noto è intervenuta sugli istituti di autotutela per meglio garantire la certezza dei rapporti giuridici e l'affidamento del cittadino⁽²⁹⁾, a questo fine, oltre a inserire nell'art. 21 *nonies* della [L. n. 241](#) la previsione di un termine massimo di diciotto mesi entro cui può essere esercitato l'annullamento, ha anche disposto l'abrogazione del comma 136 dell'art. 1 della [L. n. 311](#).

E così a oggi l'annullamento per motivi finanziari pare essere stato espunto dal nostro ordinamento.

Analoga sorte pare averla subita anche l'annullamento degli atti anticomunitari, ma attraverso un percorso giurisprudenziale, che trova la sua causa prima nel *revirement* della giurisprudenza della Corte di giustizia dello scorso decennio, che inizia con la nota sentenza *Kühne & Heitz* del 13 gennaio 2004⁽³⁰⁾.

Questo mutamento di indirizzo pare ricollegarsi non solo al principio della autonomia procedurale degli Stati membri, ma pure al fatto che l'ordinamento comunitario (o eurounitario, o europeo, a seconda di quale definizione si preferisca), avendo elaborato i suoi principi generali sulla base di quelli comuni agli ordinamenti degli stati membri, non può esimersi da ricercare anch'esso quel compromesso tra gli interessi alla conservazione e gli interessi alla rimozione del provvedimento illegittimo che, come s'è accennato più sopra, in genere si riscontra negli ordinamenti dei paesi europei⁽³¹⁾.

Sicché - come si ricorda nella sentenza appena richiamata - anche il diritto comunitario per quanto qui interessa è giunto ad assetti analoghi a quelli degli Stati membri, tant'è che tra i suoi principi generali non manca neppure quello della certezza del diritto, in forza del quale "il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo".

Ed è vero che questa sentenza soggiunge che, in forza del principio di cooperazione, gli organi amministrativi che ne siano richiesti possono comunque riesaminare la decisione, ma solo in presenza di una serie di condizioni, tra cui anche quella che il ritiro sia positivamente previsto dal diritto nazionale.

Peraltro anche nella sentenza *Arcor* del 2006⁽³²⁾, che pure sembra derogare al principio dell'autonomia procedurale, viene ribadito che "conformemente al principio di certezza del diritto, il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di massima, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito carattere definitivo alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale ... il rispetto di tale principio permette di evitare che atti comunitari produttivi di effetti giuridici vengano rimessi in discussione all'infinito"⁽³³⁾.

Dato che nel nostro ordinamento le regole generali dettate dall'art. 21 *nonies* non consentono il tipo di riesame postulato dal giudice comunitario, prevedibilmente anche la giurisprudenza amministrativa italiana si è indirizzata nello stesso senso, affermando ad esempio che "il principio del consolidamento dei provvedimenti non impugnati e della non doverosità dell'attivazione del procedimento di autotutela non viene derogato quando il vizio dedotto è costituito dalla violazione del diritto comunitario. Anche nell'ordinamento comunitario la sola illegittimità dell'atto non è elemento sufficiente per giustificare la sua rimozione in via amministrativa, in quanto è necessaria una attenta ponderazione degli altri interessi coinvolti, tra cui quello del destinatario che ha fatto affidamento sul provvedimento illegittimo"⁽³⁴⁾.

Ora, di recente una parte della dottrina sembra voler mettere in discussione gli esiti a cui è giunta la giurisprudenza: alcuni autori fanno leva in particolare sulla primazia del diritto comunitario e sugli obblighi di cooperazione che gravano sugli Stati membri⁽³⁵⁾, altri invece su disposizioni dell'ordinamento interno, in particolare quella che originariamente era dettata dalla [L. n. 11 del 2005](#), e che ora è ripresa nell'art. 43 della [L. n. 234 del 2012](#) ("Al fine di prevenire l'instaurazione delle procedure d'infrazione di cui agli articoli 258 e seguenti del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea o per porre termine alle stesse, le regioni, le province autonome, gli enti territoriali, gli altri enti pubblici e i soggetti equiparati adottano ogni misura necessaria a porre tempestivamente rimedio alle violazioni, loro imputabili, degli obblighi

degli Stati nazionali derivanti dalla normativa dell'Unione europea. Essi sono in ogni caso tenuti a dare pronta esecuzione agli obblighi derivanti dalle sentenze rese dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'articolo 260, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea⁽³⁶⁾, da leggere se del caso alla luce della norma sull'annullamento per motivi finanziari ex *lege* n. 311/2004, dato che la violazione del diritto comunitario può "esporre lo Stato a sanzioni pecuniarie"⁽³⁷⁾.

Ma, come s'è appena visto, il comma 136 della L. n. 311 è stato abrogato, e, quanto agli obblighi ex art. 43 della L. n. 234, si è puntualmente osservato che "il riferimento ad ogni misura necessaria a porre tempestivamente rimedio alle violazioni degli obblighi degli Stati nazionali derivanti dalla normativa comunitaria è troppo generico, non necessariamente riguarda l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio ma comprende soluzioni che vanno dall'obbligo per gli enti territoriali di motivare adeguatamente i propri atti, ad una generica sollecitazione ad adottare ogni cautela nelle scelte politiche o nell'adozione di atti normativi (e non necessariamente amministrativi) spettanti a tali enti"⁽³⁸⁾.

Quanto invece agli argomenti che si rifanno alla generale primazia del diritto comunitario, a ben vedere il nostro ordinamento non può considerarsi obbligato a porre in essere rimedi ulteriori a quelli che vengono richiesti dalle stesse istituzioni comunitarie.

Poi ovviamente nulla vieta che il nostro legislatore decida autonomamente di andare in tal senso⁽³⁹⁾: ma che ciò sia o meno opportuno è una questione di politica del diritto che qui evidentemente non interessa.

Appare poi altrettanto ovvio che il problema dell'illegittimità anticomunitaria alla fin fine si iscrive in un processo in divenire qual è quello della integrazione europea (fra qualche anno forse si dirà che va storicizzato), sicché i termini della questione sono destinati a mutare se l'integrazione procederà verso assetti più schiettamente federali: ma a oggi, dopo le più recenti vicende dell'Unione europea, è tutt'altro che scontato che ciò avvenga.

I più recenti orientamenti sull'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi, e il principio di diritto sull'applicabilità dell'art. 21 *nonies*

A questo punto risulta più agevole spiegare perché in materia di annullamento dei titoli edilizi s'era venuto a creare il contrasto giurisprudenziale affrontato dalla sentenza in commento.

L'orientamento prevalente, che dopo oltre un decennio dall'entrata in vigore dell'art. 21 *nonies* sosteneva che a tal fine può considerarsi sufficiente la motivazione *in re ipsa*, in sostanza poteva considerarsi un episodio di trascinamento culturale.

Un atteggiamento, che, si sa, è frequente in ogni settore dell'esperienza umana, e che anche in giurisprudenza (come in dottrina) ha numerosi precedenti: riguardo alle disposizioni della L. n. 241, basti solo ricordare che la giurisprudenza (e non solo la giurisprudenza amministrativa, ma anche quella civile) in definitiva legge ancora la previsione dell'art. 3 sulla motivazione del provvedimento secondo schemi concettuali elaborati prima degli anni novanta dello scorso secolo⁽⁴⁰⁾.

Ma anche se di questi tempi sembra ancora perdurare il vecchio clima culturale post-modernista che tende a esaltare la soggettività dell'interprete⁽⁴¹⁾, in presenza di scelte legislative univoche il perdurare di fenomeni di questo genere non può non suscitare perplessità⁽⁴²⁾.

Ecco dunque perché un orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato, usando come "indice ermeneutico" la previsione introdotta dalla L. n. 124 del 2015 sul termine entro cui può essere esercitato il potere di annullamento, negli ultimi tempi s'era discostato dall'indirizzo prevalente, sostenendo che, quando l'amministrazione intende ritirare un permesso di costruire a una considerevole distanza di tempo dalla sua emanazione, "a fronte della consistenza dell'affidamento ingenerato nei destinatari circa il consolidamento della sua efficacia (è necessaria) una motivazione particolarmente convincente, per giustificare la misura di autotutela, circa l'apprezzamento degli interessi dei destinatari dell'atto (come espressamente prescritto dall'art. 21 *nonies*), in relazione alla gravidanza e alla preminenza dell'interesse pubblico alla eliminazione d'ufficio del titolo edilizio illegittimo"⁽⁴³⁾.

In realtà appare evidente che l'art. 21 *nonies* tutelava l'affidamento del cittadino già da un decennio prima della modifica del 2015: per cui non pare inopportuno impiegare il lessico degli ordinamenti di *common law* per dire che probabilmente la riforma del 2015 ha rappresentato per una parte dei giudici amministrativi un'occasione per rimettere in discussione l'orientamento

prevalente attraverso una tecnica di *distinguishing*, secondo cui si sfruttano gli elementi di novità di una fattispecie per discostarsi dai precedenti in una determinata materia.

Come s'è anticipato più sopra, con la sentenza in commento l'Adunanza plenaria ha aderito all'indirizzo più recente, e dunque ha affermato il principio per cui "nella vigenza dell'articolo 21-*nonies* della [l. 241 del 1990](#) - per come introdotto dalla [l. 15 del 2005](#) - l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole".

Questa conclusione viene giustificata tramite diversi argomenti senz'altro condivisibili: in particolare, ove si osserva che le tesi sulla "perennità" del potere di annullare in ogni tempo gli atti illegittimi (che in sostanza erano un riflesso delle teoriche sulla inesauribilità del pubblico potere) vanno considerate espressione della "prevalenza del momento autoritativo nei rapporti fra amministrazione e cittadino", che però dev'essere "almeno in parte rimeditata nell'attuale fase di evoluzione di sistema, che postula una sempre maggiore attenzione al valore della certezza delle situazioni giuridiche e alla tendenziale attenuazione dei privilegi riconosciuti all'amministrazione".

Eppoi dove si rileva che "la teorica dell'interesse *in re ipsa* all'annullamento in autotutela del titolo edilizio illegittimo, laddove condivisa, finirebbe per rendere nei fatti vincolato l'esercizio del potere di autotutela che un consolidato orientamento giurisprudenziale (prima) e un'espressa previsione di legge (poi) hanno delineato come tipico potere discrezionale dell'amministrazione".

E, ancora, ove si rappresenta pure che di recente il legislatore, tramite l'abrogazione del comma 136 dell'art. 1 della [L. n. 311/2004](#), ha "espunto dall'ordinamento la disposizione che rappresentava il più evidente richiamo alla nozione di interesse pubblico *in re ipsa*".

Gli altri principi di diritto

S'è però anticipato anche che la sentenza n. 8 detta pure altri principi, ossia: "i) che il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consumi il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e che, in ogni caso, il termine 'ragionevole' per la sua adozione decorra soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro; ii) che l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongano nel senso dell'esercizio del *ius poenitendi*); iii) che la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte".

E s'è anticipato pure che questi principi limitano la portata di quello di cui s'è detto nel paragrafo precedente.

Anzi, per certi aspetti essi sembrano ancora una volta espressione del trascinamento culturale che sinora aveva ispirato gli orientamenti sulla motivazione *in re ipsa* in questo settore, perché in definitiva recano a risultati simili a quelli cui pervenivano detti orientamenti: sicché la sentenza in commento parrebbe quasi aver voluto adottare una sorta di soluzione di compromesso tra i due indirizzi giurisprudenziali di cui s'è detto.

Ma anche a prescindere da ciò, questi tre principi suscitano comunque diverse perplessità⁽⁴⁴⁾.

Quanto al principio i), innanzitutto non pare convincente l'argomento che fa leva sulla esistenza di "disposizioni che testimoniano la possibilità per l'amministrazione di disporre l'annullamento del titolo edilizio anche dopo un apprezzabile lasso di tempo dall'adozione del titolo medesimo", le quali vengono esemplificate con l'art. 39 del T.U. Edilizia ex [d.P.R. n. 380 del 2001](#), che consente alla Regione di annullare entro dieci anni i provvedimenti comunali non conformi alla normativa urbanistico-edilizia o agli strumenti urbanistici.

Vero è, infatti, che la clausola sul termine massimo di diciotto mesi entro cui si può procedere all'annullamento dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici (in sostanza, dei provvedimenti ampliativi), introdotta nell'art. 21 *nonies* dalla [L. n. 124 del 2015](#), *ratione temporis* non era applicabile nel caso esaminato dalla sentenza annotata: è però altrettanto vero che si sarebbe potuto ugualmente considerare che dopo l'entrata in vigore di questa clausola si può revocare in dubbio che l'art. 39 del T.U. Edilizia sia tuttora in vigore⁽⁴⁵⁾. Ma anche se fosse tuttora vigente, l'art. 39 del T.U. Edilizia resterebbe comunque una disposizione speciale: da cui pertanto non si potrebbe comunque trarre un qualche principio applicabile in via generale.

Non pare del tutto convincente neppure il principale argomento su cui viene fondato il principio in parola, ossia l'asserto secondo cui "la nozione di ragionevolezza del termine è strettamente connessa a quella di esigibilità in capo all'amministrazione, ragione per cui è del tutto congruo che il termine in questione (nella sua dimensione 'ragionevole') decorra soltanto dal momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto".

In base alla lettera dell'art. 21 *nonies* non è infatti scontato che possa desumersi una connessione tra ragionevolezza del termine ed "esigibilità in capo all'amministrazione" - o comunque che una connessione siffatta sia talmente stretta da escludere addirittura che nella valutazione sulla ragionevolezza possano entrare anche considerazioni di ogni altra natura.

Né va dimenticato che nel diritto vigente l'argomento risulterebbe superato proprio dalla clausola introdotta nell'art. 21 *nonies* dalla [L. n. 124](#), perché ora questa disposizione testualmente prevede che il "termine ragionevole" non può essere superiore a diciotto mesi "dal momento dell'adozione" dei provvedimenti ampliativi, anziché dalla "esigibilità" o meno dell'esercizio del potere di annullamento⁽⁴⁶⁾.

Il principio *ii*) pare condivisibile ove afferma che l'onere motivazionale può risultare "attenuato" a fronte di interessi pubblici di particolare rilievo: la perplessità piuttosto viene dalla affermazione secondo cui "nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate".

A questa stregua infatti a ben vedere si ricade ancora una volta in un'ipotesi di interesse pubblico *in re ipsa*: e, dunque, ancora una volta si ripropone il problema della coerenza tra gli orientamenti della giurisprudenza e la lettera della legge, che predica la comparazione tra interessi e il correlato onere di motivazione senza eccezioni di sorta.

Perplessità le suscita anche il principio *iii*).

Esso in ultima analisi sottende l'assunto che sulla base del testo vigente della [L. n. 241](#) possa considerarsi abbandonata l'idea, sinora prevalente in dottrina e in giurisprudenza, per cui l'affidamento che viene tutelato a fronte del potere di annullamento d'ufficio "si collega all'obbligo di buona fede oggettiva ... riconosciuto espressamente nelle disposizioni del codice civile che rimandano, appunto, alla buona fede come *regola di condotta*", e diviene operante "in correlazione con l'affidamento suscitato nel cittadino dal comportamento dell'amministrazione che, avendo emanato un provvedimento illegittimo, non lo ritira tempestivamente"⁽⁴⁷⁾.

E che piuttosto, come sostenuto da attenta dottrina, ora l'affidamento non abbia "un'esistenza meramente oggettiva, ma prend(a) consistenza nella sfera soggettiva di colui nel quale la condotta in questione determina, appunto, il sorgere della *fiducia*". In questo senso l'affidamento - in questa sua particolare manifestazione - ha una componente soggettiva, che è la buona fede di colui che ripone la propria fiducia nello stato di cose esistente"⁽⁴⁸⁾ - a ben vedere in questa direzione pareva andare già la formula (pur per tanti versi opinabile) del comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies*, in ordine alla commisurazione dell'indennità della revoca che incide su rapporti negoziali⁽⁴⁹⁾.

Ma se così fosse questo approccio probabilmente dovrebbe considerarsi ancora una volta superato in esito alle modifiche recate all'art. 21 *nonies* dalla [L. n. 124 del 2015](#), e, in particolare, in considerazione dell'entrata in vigore del nuovo comma 2 *bis*, che prevede che "i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione

delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al [decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445](#)".

Ora, anche se nel par. 10.6 della motivazione della sentenza in commento questa clausola viene richiamata a sostegno del principio di diritto in discorso, a ben vedere essa può essere letta nel senso che la componente soggettiva dell'affidamento viene in rilievo solo dopo che la "non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo" è stata accertata con la sentenza penale passata in giudicato di cui appunto si dice nel comma 2 *bis*.

Sicché, in definitiva, non può escludersi che in futuro in seno alla giurisprudenza del Consiglio di Stato possano sorgere nuovi contrasti sull'interpretazione del testo dell'art. 21 *nonies* vigente dopo le modifiche recate dalla [L. n. 124 del 2015](#).

(1) L'ordinanza è stata commentata da R. Musone, *L'interesse pubblico nell'annullamento d'ufficio del permesso di costruire*, in questa *Rivista*, 2017, 681 ss., da C. Pagliaroli, *La motivazione del provvedimento di annullamento in autotutela di concessione edilizia in attesa della pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 319 ss., e da L. Samuelli Ferretti, *Annullamento d'ufficio di una concessione in sanatoria. Il CDS rimette la questione alla Adunanza Plenaria*, in [www.giustamm.it](#), n. 6/2017.

(2) Rilevata anche di recente da A. Travi, *Per un nuovo dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 691 ss. Ma v. almeno anche A. Sandulli, *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in S. Cassese (a cura di), *Il diritto pubblica nella seconda metà del XX secolo*, Milano, 2002, 1373 ss., S. Cassese, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. Pasquini - A. Sandulli (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 1 ss.

(3) Per un'attenta ricostruzione degli iniziali orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in tema di annullamento e di revoca v. A. Gualdani, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016, 1 ss.

(4) V. M. Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939. 262: la tesi peraltro non era isolata, dato che in precedenza era stata sostenuta dagli autori richiamati in *op. ult. cit.*, 257, nt. 4. La sistemazione proposta da Romanelli è stata ricordata di recente da B. G. Mattarella, ne *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, in Aa.Vv., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, 289 ss., per dimostrare i diversi modi in cui l'autotutela può rapportarsi al principio di legalità. Sull'annullamento doveroso, o vincolato, v., tra gli scritti più recenti, S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015, C. Napolitano, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2946 ss., S. Tatti, *L'annullamento d'ufficio tra doverosità e discrezionalità*, in *Riv. trim. app.*, 2013, 147 ss., P.L. Portaluri, *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/ 2014 (qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 21 ss., S. Tuccillo, *Autotutela: potere doveroso?*, in [www.federalismi.it](#), n. 16/2016, N. Posteraro, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, *ivi*, n. 5/2017.

(5) Cfr. E. Cannada - Bartoli, *Annullabilità, Annullabilità e annullamento*, voce in *Enc. dir.*, Milano, 1958, II, 488.

(6) G. Codacci Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 151 ss.

(7) S. Romano, *Annullamento (teoria dell') nel diritto amministrativo*, voce in *Nuovo Dig. it.*, Torino, I, 1937, 475.

(8) F. Benvenuti, *Autotutela (diritto amministrativo)*, voce in *Enc. dir.*, Milano, IV, 1959, 544.

(9) F. Benvenuti, *Autotutela*, cit. Nello stesso peraltro opinava già S. Romano, *Annullamento*, cit., in riferimento ai controlli.

(10) Cfr., in proposito, M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 99 ss., G. Ligugnana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, 83 ss.



- (11) V. G. Corso, *Validità (dir. amm.)*, voce in *Enc. dir.*, Milano, XLVI, 1993, 106, e, *amplius*, A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991.
- (12) V., per tutti, F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 100 ss.
- (13) V. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 249, il quale evidenzia che il principio ha una valenza in parte diversa da quello della tutela dell'affidamento, ove rileva che "l'effetto di precarietà ... può causare un pregiudizio anche per l'interesse pubblico, disincentivando gli operatori privati a entrare in relazione con l'amministrazione con possibili perdite per il benessere collettivo", e cfr. M. Ramajoli, *L'annullamento*, cit., 101, nt. 5.
- (14) Com'era stato rilevato già da G. Pastori, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 70. Nella letteratura più recente v. A. Cassatella, *L'annullamento d'ufficio. Modelli di comparazione*, in *Dir. e form.*, 2004, spec. 241 ss., e gli studi pubblicati in D. Corletto (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007, e in G. Falcon - D. De Pretis (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011.
- (15) Per una puntuale disamina di questi orientamenti si rinvia a S. Valaguzza, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema d'annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1251 ss.
- (16) Così, sempre puntualmente, S. Valaguzza, *La concretizzazione*, cit.
- (17) Secondo la nota definizione di M. S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo*, voce in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 268 ss.
- (18) V. in proposito le puntuali critiche di A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, *passim*.
- (19) V., in questo senso, R. Villata, *L'atto amministrativo*, in L. Mazzarolli - G. Pericu - A. Romano - F. A. Roversi Monaco - F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 1580 ss.
- (20) In particolare in Cons. Stato, Sez. IV, 18 gennaio 1996, n. 54, e 5 giugno 1998, n. 918. Su questi orientamenti v. almeno D. U. Galetta, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 35 ss., V. Cerulli Irelli - M. Luciani, *Diritto comunitario e diritto interno*, *ivi*, 2007, 859 ss., M. P. Chiti, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, *ivi*, 2008, 477 ss., F. Goisis, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, 439 ss.
- (21) In questo senso si erano espressi già i primi commentatori della disposizione quali B. G. Mattarella, *Il provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 480, e A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. Clemente Di San Luca (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 216. Sui lavori preparatori della [L. n. 15/2005](#) v. S. Civitarese Matteucci - G. Gardini (a cura di), *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, Bologna, 2004.
- (22) V., oltre agli autori citati nella nota precedente, P. M. Vipiana, *Invalidità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi*, Padova, 2007, 84 ss., G. Bergonzini, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 231 ss.
- (23) Che in questo modo fosse stato legificato l'orientamento in parola era stato rilevato già dai primi commentatori di questa disposizione, e, in particolare, da R. Giovagnoli, *Autotutela e risparmio di spesa nella finanziaria 2005*, in questa *Rivista*, 2005, 395 s.
- (24) Su questa direttiva v. D.U. Galetta, *I procedimenti di riesame*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 396 ss., P. M. Vipiana, *Invalidità, annullamento e revoca degli atti amministrativi*, cit., 96, e A. Cassatella, *La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio al vaglio della giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2206 s.
- (25) Sui primi indirizzi giurisprudenziali sul punto v., per tutti, A. Cassatella, *La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio al vaglio della giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2186 ss.
- (26) Cons. Stato, Sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5621.



- (27) Cons. Stato, Sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3659.
- (28) Cons. Stato, Sez. III, 5 ottobre 2011, n. 5480, i cui contenuti vengono ripresi da Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6275.
- (29) V., in questo senso, per tutti, B. G. Mattarella, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 621 ss., M. Ramajoli, *L'annullamento*, cit.
- (30) Corte di Giustizia 13 gennaio 2004, n. 453, proc. C-453/00, commentata da D. De Pretis, *"Illegittimità comunitaria" dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 725 ss.
- (31) Cfr., in proposito, M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008.
- (32) Corte di Giustizia 19 settembre 2006, n. 392, proc. C-392/04 e C-422/04, commentata da G. Gruner, *L'annullamento di ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 240 ss.
- (33) Cfr. M. P. Chiti, *Le peculiarità*, e V. Cerulli Irelli, *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 657 ss.
- (34) Cons. Stato, Sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6831.
- (35) In questo senso M. Macchia, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012, spec. 361 ss. Cfr. anche C. Napolitano, *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1531 ss.
- (36) Così S. Torricelli, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, 2013, 219 ss.
- (37) F. Goisis, *L'annullamento*, cit., il quale peraltro riteneva che l'annullamento per motivi finanziari avesse natura senz'altro doverosa.
- (38) G. Gardini, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, 2014, 261.
- (39) Come peraltro propone G. Gardini, *op. cit.*
- (40) V. in proposito A. Cassatella, *Il dovere di motivazione*, cit., G. Mannucci, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 837 ss. Quasi inutile ricordare che trascinalenti e inerzie culturali si riscontrano anche in altre giurisdizioni: come dimostra ad esempio la "pietrificazione" della giurisprudenza civile sulla risarcibilità dell'interesse legittimo protrattasi sino alla fine del secolo scorso di cui parla F. D. Busnelli, *Lesione di interessi legittimi: dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno e resp.*, 1997, 269 ss. - e su cui, da ultimo, F. Merusi-E. Frediani, *Il processo amministrativo dalla Costituente al Codice*, in *Storia Amm. Cost.*, 2017, 196 ss.
- (41) Cfr. il dibattito *Giudici e legislatori* pubblicato in *Dir. pubbl.*, 2016, 483 ss. (ivi in particolare gli interventi di G.U. Rescigno e A. Travi), nonché J. Derrida - G. Vattimo (a cura di), *Diritto, giustizia, interpretazione*, Roma-Bari, 1998, nonché, per riferimenti alla dottrina di altri paesi, G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto* (1995), trad. it. Bologna, 2001, M. Rosenfeld, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica* (1998), trad. it. Bologna, 2001, A. M. Hespanha, *La cultura giuridica europea*, Bologna, 2013, 353 ss.
- (42) Una parte della dottrina aveva appunto espresso viva perplessità a fronte del perdurare dell'indirizzo in parola: cfr., per tutti, M. A. Sandulli, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2015, E. Zampetti, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 730 ss., A. Borella, *La nuova autotutela di cui alla legge di riforma della pubblica Amministrazione: annullamento d'ufficio e regolarizzazioni edilizie*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 144 ss., nonché, volendo, il mio *L'autotutela in edilizia*, in questa *Rivista*, 2014, 1090 ss.
- (43) Cons. Stato, Sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341; nello stesso senso andava già Cons. Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2016, n. 351. Nei due casi decisi da queste sentenze la previsione sul termine



non era applicabile *ratione temporis*, dato che si discuteva di provvedimenti di annullamento emanati prima dell'entrata in vigore della [L. n. 124](#).

(44) Cfr. N. Posteraro, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, in *www.federalismi*, n. 20/2017, spec. 19 ss.

(45) Per questa previsione a ben vedere si ripropone l'alternativa che, come si è visto, si era posta per il comma 136 dell'art. 1 della [L. n. 311](#), tra l'applicazione del principio per cui *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, e quella dell'abrogazione in esito all'entrata in vigore di una norma intesa a regolare l'intera materia dell'annullamento d'ufficio, ex art. 15 disp. prel. c.c. In dottrina alcuni autori si sono espressi a favore della prima alternativa, in base alla considerazione che la [L. n. 124/2015](#), ove ha abrogato espressamente proprio il richiamato comma 136, dimostrerebbe l'intento di lasciare in vigore altre disposizioni speciali che prevedono termini diversi per l'annullamento d'ufficio - v., in tal senso, ad esempio, A. Borella, *La nuova autotutela*, cit., 158. Non va però dimenticato che la decisione di abrogare espressamente il comma 136 probabilmente era dovuta all'intento di ovviare ai problemi interpretativi che, come s'è visto nel testo, s'erano creati quando poco tempo dopo l'emanazione della [L. n. 311](#) era entrato in vigore l'art. 21 *nonies*. A ciò si aggiunga che in dottrina si ritiene che il criterio della *lex specialis* non ha un fondamento di diritto positivo, e che comunque esso ha una valenza meramente presuntiva, sicché non può essere applicato quando si può postulare una diversa volontà legislativa - v. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 196 s.: e s'è già visto nel testo che qui l'intento del legislatore andava nel senso di meglio garantire la certezza dei rapporti giuridici e l'affidamento del cittadino, e dunque perseguiva un obiettivo rispetto al quale la permanenza in vigore di norme quale quella ex art. 39 del T.U. edilizia pare ben poco compatibile.

(46) Cfr. in proposito N. Posteraro, *Sulla possibile configurazione*, cit., 23, che puntualmente ricorda che analoga decorrenza era prevista anche per l'annullamento per motivi finanziari di cui al comma 136 dell'art. 1 della [L. n. 311/2004](#).

(47) F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 851 s. Quasi inutile ricordare che la tesi secondo cui l'affidamento ha una dimensione oggettiva si deve principalmente a F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 1970.

(48) F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 853.

(49) Sia permesso rinviare in proposito al mio *Revoca e modelli di tutela dell'affidamento nei commi 1-bis e 1-ter dell'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990*, in *www.giustamm.it*, n. 9/2009.

IL RISARCIMENTO DEL DANNO DA PERDITA DI CHANCE IN CASO DI SELEZIONE COMPETITIVA NON SVOLTA, APPRODA, SENZA SUCCESSO, ALL'ADUNANZA PLENARIA - IL COMMENTO

di Luca Giagnoni(*)

Cons. Stato Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118

c.c. art. 2013

Con la sentenza non definitiva 11 gennaio 2018, n. 118, la V Sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza Plenaria la risoluzione di un contrasto giurisprudenziale destinato presumibilmente ad avere effetti di rilievo nel contenzioso in materia di contratti pubblici (e non solo).

Oggetto del contrasto è il risarcimento da perdita di *chance* nell'ambito del processo amministrativo, questione in ordine alla quale la giurisprudenza ha avuto modo di confrontarsi ormai da tempo, specialmente nel settore dei contratti pubblici. La sentenza offre dunque lo spunto per fotografare lo stato di avanzamento giurisprudenziale e dottrinale in materia, prendendo le mosse dai risultati raggiunti dalla giurisprudenza civilistica e cercando di verificare la loro adattabilità al processo amministrativo con precipuo riferimento al settore dei contratti pubblici, nell'ambito del quale notevoli sono le influenze, anche sotto il profilo processuale, della normativa europea.

Sommario: [Le origini del contenzioso](#) - [La sentenza in commento e la successiva ordinanza dell'Adunanza Plenaria](#) - [Il danno da perdita di chance in ambito civilistico](#) - [La perdita di chance nel diritto amministrativo ed in particolare nel settore dei contratti pubblici](#) - [Conclusioni](#)

[Le origini del contenzioso](#)

La sentenza non definitiva in commento rappresenta un ulteriore tassello della complessa vicenda giudiziaria che ha visto (e vede tutt'ora) coinvolti due tra più importanti operatori economici nel settore delle telecomunicazioni, da una parte, ed il Ministero dell'Interno, dall'altra. La vicenda trae origine dall'impugnazione da parte di Fastweb S.p.a. dell'aggiudicazione a Telecom Italia S.p.a. della procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, indetta dal Ministero dell'Interno ed avente ad oggetto la "fornitura di servizi di comunicazione elettronica a favore del Dipartimento di pubblica sicurezza e dell'Arma dei Carabinieri, quali servizi di fonia vocale, fonia mobile, trasmissione dati".

Con sent. n. 4997/2012, la sezione I *ter* del T.A.R. Lazio, Roma accoglieva la domanda di annullamento e, pur ritenendo di non poter pronunciare l'inefficacia del contratto ex art. 121, comma 1, lett. b), c.p.a., essendo quest'ultima preclusa dall'art. 121, comma 5, c.p.a., affermava comunque che l'inefficacia del contratto dovesse essere dichiarata ai sensi dell'art. 122 c.p.a., ricorrendone in concreto le condizioni.

La terza sezione del Consiglio di Stato, con sentenza non definitiva 8 gennaio 2013, n. 26, confermava l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore di Telecom Italia S.p.a., mentre, con riferimento alle sorti del contratto, riteneva necessario, ex art. 267 T.F.U.E., sollevare, con separata ord. 7 gennaio 2013, n. 25, una questione pregiudiziale in merito all'interpretazione e alla portata applicativa dell'eccezione prevista dall'art. 2 *quinquies*, par. 4, della Dir. n. 2007/66/UE (recepito nel nostro ordinamento con l'art. 121, comma 5, c.p.a.).

L'esame della sentenza della Corte di Giustizia UE 11 settembre 2014 (causa C-19/13) resa a seguito del rinvio pregiudiziale non appare rilevante nell'economia del presente contributo, così come può prescindersi dalla successiva sentenza della terza sezione del Consiglio di Stato del 4 febbraio 2015, n. 540, che, sul punto, ha applicato i principi espressi dalla stessa Corte di giustizia. Al riguardo, in questa sede pare infatti sufficiente rilevare come, con la predetta sent. n. 540/2015, il Consiglio di Stato abbia ritenuto applicabile al caso di specie l'eccezione di cui all'art. 2 *quinquies*, par. 4, della direttiva n. 2007/66/UE (e, quindi, dell'art. 121, comma 5, c.p.a.), mentre ha ritenuto inapplicabile l'art. 122 c.p.a., rigettando per l'effetto la richiesta formulata da Fastweb S.p.a. di dichiarazione di inefficacia del contratto.

Vedendosi negata la tutela in forma specifica (*i.e.* inefficacia del contratto), Fastweb S.p.a. proponeva un autonomo giudizio ex art. 30, comma 5, c.p.a. innanzi al T.A.R. Lazio, nell'ambito del quale domandava esclusivamente il risarcimento per equivalente della perdita della *chance* di partecipare alla gara illegittimamente non avviata dall'Amministrazione⁽¹⁾.

Con sent. 22 dicembre 2015, n. 14391, il T.A.R. Lazio, Roma (Sez. I *ter*) ha accolto la domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente Fastweb S.p.a., quantificandola in complessivi euro 10.430.000 pari al 2% dell'importo complessivo dell'appalto.

Avverso tale sentenza ha interposto appello il Ministero della Difesa (in via principale) e Fastweb S.p.a. (in via incidentale).

[La sentenza in commento e la successiva ordinanza dell'Adunanza Plenaria](#)

L'Amministrazione criticava, nel merito, la sentenza di primo grado essenzialmente con due distinti motivi di appello (il secondo ed il terzo).

Rilevava, anzitutto, che la perdita di *chance*, la cui risarcibilità veniva invocata dalla ricorrente, non avrebbe potuto trovare ristoro, non avendo Fastweb dimostrato che, all'esito di una ipotetica procedura di affidamento, la stessa avrebbe potuto conseguire l'appalto con una *chance* probabilistica superiore al 50%. Richiamava, a tal proposito, la c.d. teoria "eziologica" della *chance* che "annette rilievo decisivo alla consistenza statistica della *chance* da risarcire" e che, peraltro, troverebbe il suo fondamento nell'art. 2, par. 1, lett. c), Dir. [89/665/CEE](#), il quale contempla la possibilità di accordare un risarcimento in caso di legittima aggiudicazione a terzi ai soli soggetti "lesi dalla violazione" verificatasi in sede di gara.

In secondo luogo, l'appellante contestava l'esistenza stessa della *chance* invocata da Fastweb S.p.a., rilevando come la ricorrente non avrebbe comunque potuto vantare, nel caso di specie, una "concreta possibilità"⁽²⁾ di aggiudicarsi l'appalto affidato a Telecom Italia S.p.a.⁽³⁾.

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato esamina prioritariamente la seconda censura (corrispondente al terzo motivo di appello), verificando, *in primis*, se la ricorrente potesse vantare effettivamente una "non trascurabile" *chance* o "possibilità" di conseguire un risultato utile, ossia l'aggiudicazione della commessa pubblica.

Per farlo, la sentenza si affida alle risultanze dell'istruttoria d'ufficio dalla stessa disposta con ordinanza collegiale 20 aprile 2017, n. 1851, mediante la quale la quinta sezione, al fine di apprezzare quantitativamente la *chance* di Fastweb, chiedeva all'ANAC di chiarire se la stessa ricorrente fosse o meno qualificata per svolgere i servizi richiesti dal Ministero dell'interno ed affidati a Telecom Italia S.p.a. e, inoltre, se per essi vi fossero, all'epoca dei fatti, "altri operatori di settore titolati a partecipare ad una ipotetica procedura di gara" per l'affidamento degli stessi.

Attraverso un complesso iter argomentativo (in gran parte mutuato dalle risultanze istruttorie), il Consiglio di Stato ha accertato la consistenza della *chance* di aggiudicazione mediante gara vantata da Fastweb S.p.a. nella misura del 20%.

Accertata la sussistenza di una *chance*, sia pure nel limite del 20%, il Consiglio di Stato si chiede se siffatta "*possibilità*" sia o meno risarcibile. Ed è proprio su questo punto che la quinta sezione registra un contrasto di giurisprudenza, riscontrando, in particolare, due distinti orientamenti.

Sulla base di un primo orientamento (che, secondo il Collegio, accoglie la c.d. "*teoria eziologica*"), la *chance* rappresenta una situazione giuridica non ancora presente nel patrimonio del soggetto, ma potenzialmente raggiungibile, con elevato grado di probabilità, statisticamente pari almeno al 50%.

Il risarcimento della *chance* sarebbe, quindi, inquadrabile nella categoria del lucro cessante e sarebbe altresì condizionato dalla prova di un rilevante grado di probabilità di conseguire il bene della vita negato dall'amministrazione per effetto di atti illegittimi. Ciò significa che, in caso di affidamento diretto di un appalto senza gara, l'operatore economico che non sia riuscito ad ottenere tutela in forma specifica (*i.e.* inefficacia del contratto) potrà vedere ristorate le proprie *chance* di aggiudicazione solo laddove riesca a dimostrare che, all'esito dello svolgimento dell'ipotetica gara, la sua offerta "sarebbe stata selezionata come la migliore e che, quindi, l'appalto sarebbe stato ad essa aggiudicato, con un elevato grado di probabilità"⁽⁴⁾ almeno pari al 50%⁽⁵⁾.

Un secondo orientamento (che invece sposa la c.d. "*teoria ontologica*") ritiene invece che la *chance* (identificabile come mera "possibilità di conseguire un risultato utile") configuri una posta attiva già presente all'interno del patrimonio del soggetto danneggiato, la cui lesione determina una perdita a titolo di danno emergente che deve essere risarcita a prescindere dalla quantificazione in termini probabilistici della "*possibilità*" di ottenere il risultato finale. In questo caso, dunque, il grado di probabilità statistica di realizzazione della *chance* non incide sull'*an* della pretesa risarcitoria, ma solo sulla sua quantificazione⁽⁶⁾.

A distanza di pochi mesi dalla pronuncia, è intervenuta l'Adunanza Plenaria con [ordinanza n. 7](#) pubblicata in data 11 maggio 2018 con la quale ha, nella sostanza, rimesso gli atti alla Quinta Sezione ravvisando l'inopportunità di un suo intervento ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a.

In sintesi, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto che la quantificazione in termini percentuali della *chance* risarcibile effettuata dalla sentenza non definitiva di remissione, sottende una implicita decisione del contrasto giurisprudenziale ed una simile circostanza, da una parte, "potrebbe inammissibilmente interferire con profili già esaminati dalla Sezione con la sentenza non definitiva" dall'altra, potrebbe condizionare la successiva pronuncia in chiave nomofilattica della Plenaria "così escludendo la possibilità stessa di un esame approfondito dei quesiti prospettati non condizionato da tali scelte".

L'Adunanza Plenaria imposta correttamente i termini della questione, rilevando come la risoluzione del contrasto ravvisato dalla sentenza non definitiva in commento "non sembra aver riferimento soltanto al problema dell'astratta risarcibilità della *chance*, ma implica rilevanti conseguenze in ordine alla qualificazione della natura giuridica della figura, all'identificazione degli elementi costitutivi della fattispecie, all'accertamento dell'ingiustizia del danno e del nesso di causalità, all'accertamento probatorio ed al grado di certezza con esso richiesto, alla

determinazione della consistenza della situazione soggettiva vantata nei confronti del debitore, agli eventuali criteri di liquidazione del danno".

Senonché parte dei suddetti profili costitutivi della fattispecie risarcitoria sembrerebbero però essere già stati risolti dalla sentenza in commento che in effetti ha - con efficacia di giudicato - accertato il nesso causale tra condotta illecita (affidamento senza gara) e quantificato la misura della *chance* risarcibile in una percentuale del 20%. E l'accertamento di siffatti aspetti tocca (secondo la Plenaria) "profili attinenti, in ultima analisi, alla determinazione stessa della natura giuridica della perdita di *chance*, nonché al danno risarcibile" implicitamente orientandosi verso una delle due opzioni ermeneutiche prospettate (teoria eziologica e teoria ontologica).

Se quindi la sentenza non definitiva di rimessione ha già implicitamente risolto il conflitto di giurisprudenza e contestualmente ha accertato con efficacia di giudicato profili che potrebbero risultare decisivi per la soluzione del contrasto medesimo, una eventuale pronuncia della Plenaria potrebbe porsi in contrasto col giudicato endoprocessuale ed essere perciò condizionata dalle scelte della sentenza di rimessione, circostanze queste che integrerebbero quei "motivi di opportunità" per disporre la restituzione degli atti alla Sezione, ai sensi dell'art. 99, comma 1, ultimo periodo, c.p.a.

A prescindere dai rilievi processuali dell'ordinanza, ciò che rileva ai fini del presente contributo è la permanenza del conflitto di giurisprudenza ravvisato dalla sentenza in commento, conflitto che non pare essere stato arricchito dall'ordinanza della Plenaria, la quale, rispetto ad esso, si è posta in termini di assoluta neutralità ed equidistanza.

Il danno da perdita di *chance* in ambito civilistico

Il danno da perdita di *chance* costituisce categoria risarcitoria autonoma che affonda le proprie radici nella giurisprudenza francese di fine '800⁽⁷⁾. Il suo ingresso all'interno del nostro ordinamento è risalente, anche se, nonostante alcuni punti fermi da ritenersi ormai acquisiti in sede giurisprudenziale, la stessa esistenza dell'istituto continua a far discutere. Le riserve storiche evidenziate dalla dottrina si appuntavano (e in parte ancora si appuntano), ora sulla natura sostanziale della *chance*, ritenuta inquadrabile nella categoria degli interessi di mero fatto non risarcibili⁽⁸⁾, ora sul suo presunto contrasto con i "canoni della utilità e della limitatezza individuati dalla dottrina civilistica per la configurazione delle cose ex art. 810 c.c.", essendo questa un "elemento immateriale non definito né definibile a priori, stante la vaghezza e l'aleatorietà dei suoi contenuti"⁽⁹⁾.

A ben guardare, siffatti profili di criticità (perlomeno quelli più risalenti) trovavano aggancio nella tradizionale interpretazione restrittiva dell'art. 2043 c.c., secondo la quale solo la lesione di un diritto soggettivo poteva integrare il presupposto dell'ingiustizia del danno⁽¹⁰⁾. In quel contesto, infatti, non appariva illogico escludere dall'alveo della risarcibilità situazioni giuridiche la cui struttura mal si prestava a essere ricondotta nella categoria dei diritti soggettivi perfetti⁽¹¹⁾.

Il quadro muta significativamente con la storica sentenza delle Sezioni Unite 22 luglio 1999, n. 500, con la quale il Giudice di legittimità abbandona la consolidata interpretazione dell'art. 2043 ed amplia l'area della risarcibilità (precedentemente confinata alle sole lesioni di diritti soggettivi perfetti) a tutte le lesioni di interessi giuridicamente rilevanti⁽¹²⁾.

L'estensione della platea degli interessi risarcibili fondata sulla nuova concezione della clausola generale del "danno ingiusto" ha aperto la strada al riconoscimento definitivo del danno da perdita di *chance* quale interesse meritevole di tutela⁽¹³⁾.

Il percorso diretto a riconoscere il ristoro della *chance* perduta trovava, tuttavia, un ulteriore ostacolo nel fatto che, come rilevato da una parte della dottrina⁽¹⁴⁾, essendo la *chance* costituita da una possibilità di conseguimento di un risultato favorevole incerto, ammettere la sua risarcibilità significava contemporaneamente ammettere la risarcibilità di un danno eventuale, privo di certezza e dunque in contrasto con l'art. 1227 c.c.⁽¹⁵⁾. A una simile obiezione venne, però, contrapposta proprio la c.d. teoria ontologica della *chance*, elaborata dalla giurisprudenza di legittimità a partire dalla sent. 4 marzo 2004, n. 4400, con la quale la *chance*, definita come "concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato", venne identificata non come una mera aspettativa di fatto ma, all'opposto, come entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, talché la sua perdita, (*id est* la perdita della possibilità, non anche la perdita del risultato utile) avrebbe potuto

configurare un danno concreto e attuale ove ne fosse provata la sussistenza ed il nesso di causa con la condotta illegittima.

Per mezzo della teoria ontologica la *chance* viene, quindi, elevata a bene giuridico autonomo, costituente una posta attiva del patrimonio del soggetto danneggiato, la cui lesione è suscettibile di ristoro ex art. 2043 c.c.

Si tratta, quindi, di un danno distinto da quello che colpisce il mancato raggiungimento del risultato finale e che da esso si dissocia declinando una distinta ed autonoma ipotesi di danno emergente⁽¹⁶⁾ che colpisce un bene giuridico a sé stante: la possibilità di ottenere un risultato⁽¹⁷⁾. Siffatti risultati ermeneutici possono dirsi condivisi dalla prevalente giurisprudenza di merito e di legittimità⁽¹⁸⁾, anche se non mancano, ancora oggi, voci dissonanti che criticano il riconoscimento della *chance* come "*entità patrimoniale a sé stante*" mettendo in discussione la bontà stessa della teoria "ontologica" per far spazio a quella che poco sopra abbiamo definito "teoria eziologica"⁽¹⁹⁾. Si è ritenuto, infatti, che applicando la tesi ontologica "si compie un escamotage per ammettere la risarcibilità di un danno il cui nesso causale rispetto alla condotta non è certo" e inoltre "si cadrebbe in contraddizione logica allorquando, per non effettuare risarcimenti futili, si chiede di dimostrare che la possibilità di raggiungere il risultato è seria e non simbolica, ciò che non dovrebbe essere laddove la *chance* fosse un bene in sé già presente nel patrimonio"⁽²⁰⁾.

Più nel dettaglio, le principali critiche mosse alla teoria ontologica della *chance* attengono, come si è accennato, da un lato, (i) alle interferenze tra la natura del bene giuridico ed il nesso di causa (ben riassunte da una sentenza del Tribunale di Rimini del 25 ottobre 2016, sia pure con riferimento ad un caso di responsabilità medica in cui si discuteva, quindi, di diritti non patrimoniali⁽²¹⁾) e, dall'altro lato, (ii) alla risarcibilità della *chance* indipendentemente dalla quantificazione probabilistica di ottenimento del risultato utile che avrebbe potuto essere conseguito in assenza della condotta illegittima⁽²²⁾.

(A) Sotto il primo aspetto si è sostenuto in particolare che, seguendo la tesi del riconoscimento della *chance* quale bene giuridico autonomo, finiremmo per accordare un risarcimento indipendentemente dall'effettivo riscontro del nesso causale tra condotta illegittima ed evento dannoso.

Il ragionamento è in sintesi il seguente: (a) secondo la teoria ontologica della *chance*, l'evento dannoso coincide con la lesione di una "*possibilità*": la possibilità di ottenere un risultato finale il cui accertamento e quantificazione presuppone un'indagine probabilistica circa, appunto, la spettanza del bene finale; (b) allo stesso tempo la medesima indagine probabilistica sostanzia anche l'accertamento del nesso di causalità materiale secondo il criterio del "più probabile che non"⁽²³⁾; ne consegue che (c) *chance* e causalità verrebbero a sovrapporsi per il tramite dell'indagine probabilistica, posto che la stessa probabilità, "da un lato sostanzia "ontologicamente" la *chance*, e dall'altro esprime il parametro di riferimento elettivo per l'accertamento del nesso causale ('più probabile che non')"⁽²⁴⁾.

Tale sovrapposizione, porterebbe a ritenere risarcibile la lesione di una "*possibilità*" di conseguire un risultato finale che, secondo il criterio del "più probabile che non" sarebbe inferiore - in ipotesi - al 50%. Ma così facendo, si afferma, verrebbe risarcita una lesione che si assume eziologicamente non riconducibile alla condotta del danneggiante, dal momento che anche il nesso di causa tra condotta ed evento dannoso si fonda sul medesimo criterio probabilistico del più probabile che non⁽²⁵⁾.

In sostanza, ciò che non potrebbe essere risarcito attraverso gli ordinari parametri della responsabilità aquiliana per assenza di causalità, verrebbe, con la teoria ontologica, ristorato attraverso la perdita di *chance*. Per questo, è stata perfezionata una teoria cd. eziologica secondo la quale, la perdita di *chance* "*non sottrae alcuna entità patrimoniale al danneggiato*"⁽²⁶⁾ ma costituisce "un criterio di verifica della sussistenza del legame eziologico tra la condotta impeditiva e la verifica del danno patito, inteso quale perdita del bene finale"⁽²⁷⁾.

Un simile modo di argomentare appare, però, viziato nelle sue premesse.

Alla base del ragionamento si assume, infatti, che vi sia coincidenza tra l'oggetto dell'indagine probabilistica sul nesso di causalità tra condotta illegittima ed evento dannoso e quello concernente le particolari caratteristiche del danno lamentato.

Ma siffatta coincidenza, a ben vedere, non sussiste.

Come condivisibilmente affermato, se è vero che "nel caso del danno da perdita di *chance*, è evidente che un elemento probabilistico, o quantomeno fondamentalmente possibilistico risulta intrinseco al bene stesso che si ritiene leso", è altrettanto vero che (seguendo la teoria ontologica) "tale connotazione possibilistico-probabilistica non interferisce in realtà neppure con la dimensione probabilistica legata al concetto di causalità civilisticamente rilevante"⁽²⁸⁾.

Si tratta di indagini che, come ben chiarito dalla Suprema Corte sin dalla sentenza n. 4400/2004⁽²⁹⁾, attengono a piani totalmente diversi: la prima (indagine probabilistica sul nesso causale) è volta ad accertare se vi sia correlazione eziologica tra la condotta illegittima ed il bene leso (*i.e.* la "possibilità di conseguire il bene finale" e non anche il bene finale anelato), la seconda (indagine probabilistica sulla conseguibilità del bene finale) attiene al diverso piano della determinazione del *quantum* risarcitorio⁽³⁰⁾.

L'accertamento in merito all'efficacia causale è quindi presente anche nella teoria ontologica, solo che, in questo caso, il punto di riferimento sulla cui base effettuare l'inferenza non è dato dalla perdita del risultato utile, quanto piuttosto dalla perdita della possibilità di conseguirlo. Ed il fatto che siffatta indagine venga svolta anche nell'ambito dell'approccio ontologico, non costituisce un tentativo di reintroduzione surrettizia dell'elemento causale, ma deriva più semplicemente dalla natura stessa della *chance*, che si sostanzia in una "possibilità", la cui esistenza in sé non implica tuttavia un'indagine probabilistica sul raggiungimento del risultato utile, attenendo (questo aspetto) più che all'esistenza stessa del bene giuridico leso, all'accertamento della sua "misura quantitativa", che rileverà, per l'appunto, solo in sede di quantificazione dell'ammontare del risarcimento.

Pertanto, una volta accertato che la condotta illegittima ha impedito eziologicamente al danneggiato di beneficiare della *chance* (non anche del risultato finale), si dovrà determinare quantitativamente le effettive possibilità di conseguire il bene finale e tanto più alte saranno queste possibilità, tanto maggiore sarà il *quantum* risarcitorio⁽³¹⁾.

(B) Quanto al secondo aspetto, si è ritenuto che la risarcibilità della *chance* non potrebbe prescindere dalla sua "consistenza"⁽³²⁾ da intendersi come il "livello delle probabilità che essa incorpora nel caso concreto". All'opposto, il ristoro della "possibilità di ottenere un risultato utile" dovrebbe essere subordinato al raggiungimento di un livello minimo di probabilità che quel risultato utile finale concretamente si verifichi⁽³³⁾.

In caso contrario - si afferma - finiremmo per risarcire beni giuridici che avrebbero un valore prossimo allo zero "con il rischio di favorire azioni bagatellari o emulative"⁽³⁴⁾.

Sennonché, pare a chi scrive che la risarcibilità di tutte le *chance* a prescindere dalla loro "consistenza" probabilistica sia insita nel riconoscimento della *chance* medesima come bene giuridico. Una volta affermato che la "perdita della possibilità di conseguire un risultato utile" è bene giuridico meritevole di tutela, ogni sua lesione dovrebbe essere ristorata, a prescindere da quante siano le *chance* probabilistiche di conseguire il bene finale⁽³⁵⁾. Sotto questo profilo è stato giustamente affermato che "una *chance* è caratterizzata per definizione da una forbice da 1 a 99 possibilità percentuali di riuscita, trovando come confini da un lato lo "0" che segnala la carenza assoluta di possibilità e dall'altro lato il "100", che evidenzia la certezza matematica. Tutta la forbice ha dignità di esistenza, perché non si tratta di dare o meno giudizi di credibilità alla *chance* [...] che esiste, e dunque può essere lesa o perduta, al 10% come al 90%"⁽³⁶⁾.

Si aggiunga, inoltre, che la misura probabilistica della consistenza cui condizionare la risarcibilità della *chance* sarebbe certamente rimessa (in assenza di una norma positiva) alla discrezionalità dell'interprete, con il rischio che il medesimo bene giuridico riceva una soglia di tutela diversificata a seconda del caso concreto, creando irragionevoli disparità di trattamento.

In definitiva, a parere di chi scrive, nessuna delle due obiezioni appare condivisibile se si assume come dato di partenza l'autonomia patrimoniale della *chance* sulla quale ormai vi è uniformità di vedute in giurisprudenza.

A ben vedere, infatti, una critica alla teoria ontologica dovrebbe invero porsi come obiettivo quello di incrinare il suo presupposto fondante, ossia la qualifica della *chance* come bene giuridico meritevole di tutela e dunque risarcibile sulla scorta di quanto affermato a partire da Cass. n. 500/1999.

La perdita di *chance* nel diritto amministrativo ed in particolare nel settore dei contratti pubblici

Se le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza civilistica potessero *sic et simpliciter* essere trasposte nell'ordinamento pubblicistico, il contrasto giurisprudenziale registrato dalla sentenza in commento potrebbe essere agevolmente risolto aderendo - come ormai fa la S.C. - alla teoria ontologica della *chance*.

Sennonché, le peculiarità che contraddistinguono il diritto amministrativo, in generale, ed il settore dei contratti pubblici in particolare, suggeriscono di verificare se vi siano principi o norme positive (anche di rango eurounitario) che ostino a una siffatta trasposizione automatica o che, viceversa, la incoraggino.

Il danno da perdita di *chance* nel diritto amministrativo riguarda prevalentemente provvedimenti di natura ampliativa, quei provvedimenti, cioè, che hanno l'effetto di far acquisire al cittadino che dialoga con il potere pubblico situazioni giuridiche che prima non possedeva. In questi casi, il privato che si rivolge alla pubblica amministrazione per ottenere un provvedimento favorevole, vanta un interesse legittimo c.d. pretensivo che potrebbe essere frustrato dall'agire illegittimo della controparte pubblica.

Laddove l'interesse pretensivo non possa essere soddisfatto attraverso l'effetto ripristinatorio e conformativo dell'annullamento del provvedimento giurisdizionale, ecco che sorge la necessità per il privato di ottenere una tutela per equivalente e tale tutela può - si è ritenuto - essere accordata attraverso lo strumento del risarcimento della perdita di *chance*, pur sempre inquadrabile nell'alveo della responsabilità aquiliana.

Nello specifico settore dei contratti pubblici, l'istituto della perdita di *chance* trova applicazione allorquando (come nel caso esaminato dalla sentenza in commento) l'operatore economico concorrente (o potenzialmente tale nel caso di mancata celebrazione della gara) sia riuscito ad ottenere l'annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione del primo classificato, ma, al contempo, non abbia ottenuto dal giudice amministrativo la declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato con altro concorrente aggiudicatario⁽³⁷⁾.

In casi del genere è riscontrabile, in effetti, un contrasto giurisprudenziale in ordine alla concreta applicabilità dell'istituto del risarcimento della perdita di *chance* anche se - ad avviso di chi scrive - ciò non avviene esattamente nei termini descritti dalla sentenza della quinta sezione del Consiglio di Stato. Esaminando gli arresti citati dalla sentenza in commento emerge, infatti, solo parzialmente un contrasto giurisprudenziale che vede contrapposta la teoria ontologica a quella eziologica.

Prescindendo dai criteri di quantificazione del danno⁽³⁸⁾, si riscontrano infatti tre orientamenti distinti:

(i) il primo applica fedelmente la teoria ontologica della *chance* così come delineata dalla Suprema Corte, affermando che il danno da perdita di *chance* "non si identifica con la perdita di un risultato utile sicuro, ma con il semplice venire meno di un'apprezzabile possibilità di conseguirlo, in particolare per essere stato l'interessato privato della stessa possibilità concreta di aggiudicarsi un appalto"⁽³⁹⁾;

(ii) il secondo aderisce in pieno alla teoria della *chance* eziologica, ritenendo che "la risarcibilità del danno da perdita di *chance* è stata riconosciuta nelle sole ipotesi in cui l'illegittimità dell'atto ha provocato, in via diretta, una lesione della concreta occasione di conseguire un determinato bene e quest'ultima presenti un rilevante grado di probabilità (se non di certezza) di ottenere l'utilità sperata"⁽⁴⁰⁾;

(iii) il terzo orientamento (che può definirsi intermedio) riconosce espressamente la l'autonomia della *chance* quale bene giuridico a sé stante facente parte del patrimonio del danneggiato (teoria ontologica), ma ritiene di poter risarcire esclusivamente la *chance* la cui probabilità di conseguimento del risultato finale utile (l'aggiudicazione) sia superiore al 50%⁽⁴¹⁾.

Per risolvere il descritto contrasto giurisprudenziale non è sufficiente, quindi, prendere posizione in ordine al binomio teoria ontologica - teoria eziologica, ma si rende necessaria anche l'analisi di un diverso orientamento che, come si è accennato, accoglie la teoria ontologica, ma ne limita l'ambito applicativo introducendo i concetti di "*chance* risarcibile" e "*chance* irrisarcibile"⁽⁴²⁾.

A parere di chi scrive, la tesi eziologica - che pur in diritto amministrativo risulta seguita dalla giurisprudenza probabilmente prevalente - non può essere accolta neppure in questo ambito, così come non condivisibile appare l'orientamento che limita l'area di risarcibilità della *chance* in base alla probabilità di conseguimento del risultato finale.

Ostano all'accoglimento di siffatti orientamenti sia considerazioni di ordine in generale sia argomenti specificatamente attinenti al settore dei contratti pubblici.

Partendo dalle prime, va sottolineato come la giurisprudenza amministrativa che si pone in tale prospettiva tenda a negare che la *chance* sia in sé un bene giuridico autonomo e ne consente il risarcimento solo se l'attività amministrativa illegittima abbia con "rilevante probabilità"⁽⁴³⁾, impedito di conseguire il risultato finale cui il danneggiato aspirava⁽⁴⁴⁾. Sennonché, come esposto in generale nel precedente par. II, cui si rinvia, la Suprema Corte ha ormai definitivamente fatto proprio l'approccio ontologico della *chance*, strutturandola come bene giuridico a sé stante la cui lesione deve essere ristorata ove causalmente riconducibile ad una condotta *contra ius*, e le conclusioni cui essa è giunta sul piano generale, oltre ad essere condivisibili, possono essere senz'altro trasposte nel processo amministrativo, non parendo sussistere ragioni impeditive di sorta. A quanto consta, infatti, la giurisprudenza non ha ravvisato ostacoli di natura "pubblicistica" al riconoscimento della *chance* come bene giuridico autonomo, anzi, la stessa esistenza di un orientamento che accoglie la teoria ontologica pare dimostrare il contrario⁽⁴⁵⁾. Peraltro, nello specifico settore dei contratti pubblici, l'accoglimento della teoria eziologica della *chance* porterebbe di fatto a escludere l'esistenza stessa della *chance* in caso di selezione comparativa non svolta. In questi casi, infatti, la dimostrazione della perdita di una rilevante probabilità di aggiudicazione, eziologicamente ricollegata alla condotta illegittima della P.A., sarebbe, di fatto, impossibile⁽⁴⁶⁾.

Criticabile appare, altresì, l'orientamento "intermedio", dal momento che le conclusioni cui esso giunge (irrisarcibilità delle *chances* con probabilità inferiori al 50%) stridono con il riconoscimento della *chance* come bene giuridico autonomo, che lo stesso orientamento assume come premessa al proprio ragionamento. Se si ammette, infatti, che la "perdita della possibilità di conseguire un risultato utile" costituisce bene giuridico a sé stante già presente nel patrimonio del danneggiato, allora tutte le lesioni a siffatto bene eziologicamente riconducibili ad una condotta (i.e. un provvedimento) illegittima dovrebbero essere ristrate, avendo anche la più piccola *chance* una propria dignità sotto il profilo giuridico⁽⁴⁷⁾.

Del resto, non esistendo una norma che preveda quando ed in che misura siano risarcibili le singole *chance*, non si vede per quale motivo, ad esempio, una *chance* di aggiudicazione del 49,99% sarebbe irrisarcibile mentre dovrebbe esserlo una *chance* del 51,01%⁽⁴⁸⁾.

Venendo allo specifico settore dei contratti pubblici, l'argomento più persuasivo che milita a favore dell'accoglimento anche in diritto amministrativo della teoria ontologica *tout court* (non mitigata o neutralizzata dall'orientamento giurisprudenziale che distingue tra *chance* risarcibili ed irrisarcibili) proviene direttamente dal diritto europeo⁽⁴⁹⁾.

Come noto, il processo amministrativo in materia di appalti è condizionato dal diritto eurounitario che in larghi tratti ne ha conformato la struttura ed i rimedi, tanto da spingere parte della dottrina a mettere in discussione la stessa sussistenza di una giurisdizione soggettiva in questa materia⁽⁵⁰⁾.

Il riferimento normativo è rappresentato dalla Direttiva 2007/66/UE (recepita nel nostro ordinamento con il D.Lgs. n. 53/2010), che modifica la precedente Direttiva 89/665/CE e si pone il dichiarato obiettivo di assicurare, in materia di appalti, il rispetto del diritto europeo, incentrato sulla trasparenza e sulla non discriminazione quali "fondamenti della piena realizzazione del principio di concorrenza".

In questo quadro, assume particolare rilevanza il contrasto alla aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, ritenuta dal legislatore europeo "la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici" che richiede la previsione di "sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive"⁽⁵¹⁾.

Nell'impostazione seguita dalla Direttiva, il contrasto alle violazioni del diritto europeo nell'ambito dei contratti pubblici, richiede che gli Stati membri approntino un sistema di ricorsi rapido ed efficace che possa porre rimedio alla violazione quando ciò è ancora possibile, consentendo l'accesso allo strumento rimediabile "a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione"⁽⁵²⁾. Il rimedio giurisdizionale, oltre che "efficace" e "rapido", deve altresì essere "effettivo", in conformità a quanto stabilito dall'art. 47, primo e secondo comma della Carta di Nizza⁽⁵³⁾. In definitiva, la funzione assolta dalla Dir. n. 89/665 come modificata dalla Dir. 2007/66/UE è duplice: (a) garantire l'effettiva applicazione delle norme dell'Unione in materia di

aggiudicazione di appalti pubblici⁽⁵⁴⁾ e (b) garantire il pieno rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, conformemente all'articolo 47, primo e secondo comma, della Carta di Nizza⁽⁵⁵⁾.

A tali fini, gli Stati membri sono tenuti a prevedere nei loro ordinamenti nazionali tre tipi di ricorsi, che consentono ad un operatore economico che si ritenga leso dalla condotta della stazione appaltante di chiedere, "in primo luogo provvedimenti cautelari intesi a riparare la violazione denunciata o ad impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti ..., in secondo luogo, l'annullamento delle decisioni illegittime e, in terzo luogo, il risarcimento dei danni"⁽⁵⁶⁾.

A tali rimedi si affianca l'istituto della privazione degli effetti del contratto, laddove questo sia già stato stipulato dalla stazione appaltante con l'impresa aggiudicataria: esso, tuttavia e come detto, incontra delle eccezioni, consentendo alle stazioni appaltanti, in taluni e tassativi casi elencati dall'art. 2 *quinquies* della Dir. 2007/66/UE, di mantenere gli effetti del contratto anche quando, all'esito della procedura di ricorso, sia stata accertata la violazione del diritto eurounitario.

Con specifico riguardo al risarcimento dei danni, il diritto eurounitario lascia agli Stati Membri un certo ambito di discrezionalità nell'individuazione della disciplina sostanziale e processuale dell'azione risarcitoria e del rimedio in generale⁽⁵⁷⁾. Tuttavia, siffatta disciplina nazionale e le relative modalità procedurali: (i) non devono mettere in pericolo l'effetto utile della Dir. n. 89/665 come modificata dalla Direttiva 2007/66/UE;

(ii) in conformità al principio di effettività, non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione⁽⁵⁸⁾.

Il rispetto delle finalità sottese alla direttiva e la conformità al principio di effettività, condizionano certamente la disciplina sostanziale del risarcimento del danno, e la circostanza è stata ben colta dalla giurisprudenza domestica allorquando si è dovuta confrontare con l'orientamento (ormai consolidato) della Corte di Giustizia che ha ritenuto incompatibile con [Dir. 89/665/CEE](#) le discipline nazionali che subordinino l'azione risarcitoria al carattere colpevole della violazione compiuta dalla stazione appaltante⁽⁵⁹⁾.

Tuttavia, siffatti indubbi condizionamenti non sembrano essere talmente penetranti da rendere indispensabile un mutamento del paradigma risarcitorio, paradigma che ben può restare ancorato alla disciplina della responsabilità civile aquiliana⁽⁶⁰⁾.

Ciò, ovviamente, a condizione che la scelta di inquadrare l'azione risarcitoria nell'alveo della responsabilità civile da fatto illecito non pregiudichi l'effetto utile della Direttiva 89/665 come modificata dalla Direttiva 2007/66/UE o renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile esercizio del diritto al risarcimento del danno.

Ed è proprio il rispetto di siffatti presupposti che giustifica, ad avviso di chi scrive, l'accoglimento della nozione ontologica di *chance* nello specifico settore dei contratti pubblici posto che i contrapposti orientamenti che accolgono la teoria eziologica o condizionano la risarcibilità della *chance* "ontologica" al raggiungimento di una probabilità superiore al 50% di ottenere l'aggiudicazione:

(i) da un lato, potrebbero pregiudicare l'effetto utile della Dir. n. 89/665 come modificata dalla Direttiva 2007/66/UE nello specifico caso in cui sia stato illegittimamente aggiudicato un appalto senza gara ma, al contempo, il contratto stipulato non sia stato privato dei suoi effetti per il ricorrere di una delle eccezioni stabilite dall'art. 2 *quinquies* stessa della Dir. n. 2007/66/UE;

(ii) dall'altro, potrebbero rendere praticamente impossibile o particolarmente difficile ottenere un risarcimento per equivalente all'operatore economico leso dal mancato svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica, con conseguente lesione del principio di effettività.

La tesi eziologica e quella "*intermedia*" addossano, infatti, al ricorrente, l'onere di dimostrare che in assenza della violazione e quindi nell'ambito di una ipotetica procedura di gara lo stesso si sarebbe aggiudicato l'appalto con una percentuale superiore al 50%. L'operatore economico dovrebbe, quindi, ricostruire le condizioni di gara, la struttura dell'ipotetica *lex specialis* e l'ampiezza della platea dei potenziali concorrenti ed in questo quadro dimostrare che la sua offerta sarebbe stata la migliore con una percentuale superiore al 50%.

Si tratta, all'evidenza, di un onere il cui assolvimento, se non rende impossibile l'ottenimento di un risarcimento del danno, quanto meno depotenzia significativamente il rimedio risarcitorio, la cui concreta esperibilità si presenta irta di ostacoli sotto il profilo probatorio e processuale.

Da tale constatazione (peraltro rilevata anche da una parte della giurisprudenza) discendono due conseguenze di rilievo: (i) la possibile violazione del principio di effettività che, come accennato, richiede che il rimedio processuale accordato dallo Stato Membro sia non solo "astrattamente idoneo sul piano giuridico a riparare la lesione", ma anche "concretamente praticabile, ossia congegnato in termini tali da non rendere il suo esercizio particolarmente difficile o addirittura impossibile"⁽⁶¹⁾; (ii) il possibile pregiudizio all'effetto utile della Direttiva.

Con riferimento al caso della sentenza oggetto di commento, ad esempio, si può osservare che il risarcimento da perdita di *chance* rappresenta il solo strumento a disposizione dell'operatore economico che si vede leso dal mancato espletamento di una selezione competitiva, ma non ha (legittimamente) potuto ottenere la privazione di efficacia del contratto stipulato. Limitare o frapporre ostacoli processuali al raggiungimento di siffatta tutela risarcitoria potrebbe, quindi, stimolare una condotta elusiva da parte delle stazioni appaltanti le quali, come peraltro rilevato dalla stessa sentenza in commento, potrebbero sottrarsi all'obbligo di affidare contratti mediante procedure ad evidenza pubblica semplicemente pubblicando un avviso volontario per la trasparenza preventiva ed invocando l'eccezione prevista dall'art. 2 *quinquies*⁽⁶²⁾. Le conseguenze sarebbero ancor più rilevanti considerando che l'affidamento diretto illegittimo viene considerato dalle stesse Direttive come "la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici".

Conclusioni

Il risarcimento da perdita di *chance* nel settore dei contratti pubblici, in particolare, e nel diritto amministrativo, in generale, si muove ancora su un terreno di incertezza destinato a permanere a seguito dell'ordinanza dell'Adunanza Plenaria che, come detto, non ha ritenuto opportuno intervenire in ragione della peculiarità processuale della fattispecie concreta.

Dal nostro punto di vista, come si confida di aver dimostrato, appare maggiormente condivisibile l'orientamento che, conformemente alla giurisprudenza della S.C., concepisce la *chance* con bene giuridico autonomo ed entità patrimoniale a sé stante, il cui ristoro dovrebbe essere assicurato a prescindere dalla probabilità di conseguimento del risultato utile.

All'atto pratico, sulla base dell'impostazione qui accolta, il danneggiato che non ha potuto ottenere una tutela in forma specifica dovrà: (i) dimostrare la concreta possibilità di conseguire l'aggiudicazione (e non l'ottenimento dell'aggiudicazione medesima); (ii) provare il nesso di causa tra la perdita di tale possibilità e la condotta illegittima; e solo da ultimo (ii) quantificare le possibilità di raggiungimento del bene finale, giudizio questo funzionale alla determinazione del quantum risarcitorio.

La prova di tali presupposti si atteggia in modo diverso in relazione al caso concretamente verificatosi. In particolare, in caso selezione comparativa non svolta il soggetto danneggiato dovrà dimostrare attraverso un giudizio controfattuale che, laddove una procedura di gara fosse stata espletata, esso avrebbe potuto parteciparvi, dimostrando quindi di avere una *chance* di vedersi aggiudicato l'appalto. Anche in questa fattispecie, infatti, il bene giuridico risarcibile è la "possibilità" di ottenere l'aggiudicazione di un appalto all'esito di una procedura di gara (sia pure non svolta) e non anche la possibilità di partecipare alla relativa procedura.

Viceversa, ove la selezione competitiva sia espletata, l'esistenza stessa della *chance* appare insita nella partecipazione legittima alla procedura da parte del concorrente in ipotesi classificatosi in seconda posizione il quale comunque non sarà esonerato dal dover dimostrare, ai soli fini del *quantum*, la consistenza in termini percentuali della *chance*.

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) La domanda risarcitoria veniva proposta nei confronti del Ministero dell'Interno e (in solido) di Telecom Italia S.p.a. La domanda nei confronti di quest'ultima traeva origine non (ovviamente) dall'illegittimità dei provvedimenti impugnati (imputabile alla sola stazione

appaltante), ma sulla scorta di un'autonoma condotta di Telecom Italia S.p.a., consistente nell'aver proposto autonoma istanza cautelare al Consiglio di Stato, chiedendo la proroga del servizio illegittimamente affidatole anche oltre il termine ultimo del 31 dicembre 2013, così aggravando il danno subito da Fastweb S.p.a.

(2) Il riferimento alla mancata dimostrazione di una concreta possibilità di ottenerne il risultato utile (i.e. l'aggiudicazione dell'appalto) autorizza a pensare che anche con questo motivo l'appellante intendesse porsi entro i binari della teoria eziologica. Diverso sarebbe stato il caso in cui il Ministero avesse censurato la stessa astratta configurabilità di una *chance* e dunque della "possibilità" di ottenere, a seguito dello svolgimento dell'ipotetica gara, l'aggiudicazione. Sul punto, tuttavia, la sentenza impugnata non offre chiarimenti specifici.

(3) Sosteneva in particolare che: (i) Fastweb S.p.a. non sarebbe un operatore specializzato nel settore dei servizi di telefonia mobile e non avrebbe posseduto in proprio i requisiti necessari specifici per le prestazioni oggetto dell'ipotetica gara, dovendo quindi - necessariamente - avvalersi dell'apporto di imprese terze (mediante ATI e/o avvalimento) con conseguente incremento dei costi che si sarebbe certamente riverberato sull'offerta economica rendendola meno competitiva rispetto a quella di Telecom Italia S.p.a.; (ii) nel settore delle telecomunicazioni gli operatori sono più di due, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente principale; (c) il Ministero della Difesa, nell'espletamento di una eventuale procedura ad evidenza pubblica, avrebbe potuto avvalersi della Convenzione Consip, alla quale non partecipava Fastweb S.p.a., con conseguente riduzione delle *chance* della ricorrente.

(4) Così si esprime Cons. Stato, Sez. III, 9 febbraio 2016, n. 559, citata dalla sentenza in commento.

(5) La quantificazione percentuale della possibilità risarcibile si rinviene in Cons. Stato, Sez. V, 1° ottobre 2015, n. 4592.

(6) La Quinta Sezione richiama, sul punto, Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837, Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1672 e più di recente Cons. Stato, Sez. V, 1° agosto 2016, n. 3450.

(7) Cfr., *inter alia*, *Chambre des Requetes*, 17 settembre 1889, in S., 1891, I, 399 ss. richiamato opportunamente da G. Fuschino, *La sorte appesa a un filo: sulla perdita della chance*, in *Responsabilità Professionale*, 2/2017.

(8) F.D. Busnelli, *Perdita di una "chance" e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 49. Più di recente, F. Trimarchi Banfi, *Lachance giuridicamente rilevante: esistenza e consistenza*, nota a sent. Cons. Stato n. 3249/2015, in *Foro it.*, III, 6, 9/2015.

(9) Così da ultimo L. Di Giovanni, *Brevi riflessioni sulla dubbia esistenza della chance nel settore dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2017, 778. Sul punto v. anche S. Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, n. 1, 52. Rossetti, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. circ. trasp.*, 2000, 662 ss.; G. Pacchioni, *Dei delitti e quasi delitti*, *Diritto civile italiano*, II, IV, Padova, 1940, 111.

(10) *Ex multis*, Cass., Sez. I, 11.2.1995, n. 1540.

(11) Va tuttavia considerato che, anche in pendenza dell'interpretazione restrittiva dell'art. 2043 c.c., la giurisprudenza aveva "iniziato a risarcire il danno da perdita di *chance*, dapprima in ambito giuslavoristico fino poi a ricomprendere ulteriori svariate fattispecie" (così si esprime S. Gareffa, *Il danno da perdita di chance: una sentenza di merito che ne denuncia la fallacia dogmatica*, in *Corr. giur.*, 2017, 1528, nello stesso senso, D. Chindemi, *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2010, 49 ss.; L. Perciballi, *Il danno da perdita di chance*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, I, in P. Cedon, Padova, 2014, 78 ss.). Infatti, la prima storica pronuncia sul tema risale al 1983, ove la S.C. ebbe a precisare che "poiché il concetto di perdita e di guadagno di cui all'art. 1223 c.c. si riferisce a qualsiasi utilità economicamente valutabile, è risarcibile il danno derivante dalla perdita di una '*chance*', già esistente nel patrimonio dei dipendenti al momento del comportamento illecito dell'azienda, ed idonea a produrre anche solo probabilmente e non con assoluta certezza un determinato reddito" (Cass., Sez. lav., 19 novembre 1983, n. 6906, cui è seguita Cass., Sez. lav., 22 aprile 1993, n. 4725).

(12) Afferma significativamente la S.C. che "ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica



vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante".

(13) Si veda sul punto M. Costanza, *Perdita di chance o chance perduta?*, in *Società*, 2017, 1107.

(14) Sul punto v. G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 545

(15) Del resto, si è condivisibilmente rilevato che "la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nell'affermare che il danno non deve ritenersi risarcibile nei casi di mera possibilità di guadagno. Discusso è tuttavia se il lucro cessante sia risarcibile anche quando vi sia solo la probabilità di conseguirlo o invece se chi pretende il risarcimento del danno debba provare che il lucro si sarebbe sicuramente verificato (tesi quest'ultima che si richiama al principio della certezza del danno)": così C. Severi, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. rev.*, 2, 2003, 296.

(16) Secondo recente dottrina (cfr. F. Lai, *Il danno patrimoniale da perdita di chance*, in questa *Rivista*, 2013, 1059), il "danno emergente" di cui alla prima parte dell'art. 1223 c.c. designa una posta attiva del patrimonio del soggetto, "un bene su cui si è maturata una legittima aspettativa e che, in quanto tale, possiede il requisito della attualità", mentre il lucro cessante sempre contemplato da articolo "si riferisce alla violazione di un diritto non ancora maturato; un bene non ancora presente nel patrimonio del soggetto, il cui ristoro è legato alla impossibilità di realizzare l'arricchimento tipico dell'acquisizione di un nuovo diritto. E che, di conseguenza, si proietta nel futuro, richiedendo una ragionevole certezza in ordine al suo accadimento". La distinzione si riflette sull'onere probatorio, dal momento che, per il danno emergente, sarà sufficiente provare l'attualità della lesione al proprio patrimonio, viceversa, nel lucro cessante, dovrà essere dimostrato un mancato guadagno futuro derivante dall'acquisizione di un diritto o interesse che, in assenza dell'illecito, sarebbe stato conseguito.

(17) Così ancora Cass., Sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400.

(18) *Ex multis*, Cass., Sez. III, 22 dicembre 2017, n. 30921, Cass., Sez. III, 24 ottobre 2017, n. 25102; Cass., Sez. III, 14 marzo 2017, n. 6488; Cass., Sez. lav., 25 agosto 2014, n. 18227; Cass., Sez. lav., 15 maggio 2015, n. 10030.

(19) La stessa configurabilità della *chance* come bene giuridico autonomo, se può dirsi acquisita in giurisprudenza, continua a destare interesse in dottrina, dando luogo ad un dibattito complesso ed articolato la cui trattazione non può essere effettuata in questa sede. Per un approfondimento sul tema si rimanda a Franzoni, *L'illecito, nel Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 99 ss. e 886 ss.; D. Chindemi, *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2010, 49 ss. V. Zeno Zencovich, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*, in *Foro it.*, 1986, I, 384 ss.; C. Severi, *Perdita di chances e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 399 ss.; Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 49 ss.; A.M. Princigalli, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 315 ss., M. Iezzi, *La chance: nella morsa del danno emergente e del lucro cessante. Il danno da perdita di chance quale tecnica risarcitoria applicabile alla responsabilità contrattuale, alla luce delle più recenti elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali*, in *www.neldiritto.it*, 2008; L. Perciballi, *Il danno da perdita di chance*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, I, in P. Cedon, Padova, 2014.

(20) M. Bonomi, *La perdita di chance quale danno risarcibile in via autonoma a seguito di illegittimo comportamento della p.a.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, parte prima.

(21) Gli argomenti utilizzati dal giudice di merito appaiono tuttavia criticare - salvo poi correggersi parzialmente nel finale - l'essenza stessa della teoria ontologica, mettendo in discussione l'autonomia della *chance* anche nell'ambito dei pregiudizi patrimoniali.

(22) Sul punto si veda in particolare, F. Trimarchi Banfi, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2015.

(23) Per un approfondimento sul nesso causale e sulla sua importanza nell'ambito dell'illecito civile si vedano, senza pretesa di completezza, M. Cortese, *Profili della causalità civile e criteri di definizione e liquidazione del danno*, in *Danno e resp.*, 2017, 142; N. Calcagno, *Omissione di diagnosi: il punto su perdita di chance e nesso causale*, in *Danno e resp.*, 2009, 156.

(24) Così, Trib. Rimini 25 ottobre 2016.

(25) Pertanto: "Se un determinato grado di probabilità nella consecuzione degli eventi non venga ritenuto, in concreto, sufficiente per istituire un nesso causale giuridicamente rilevante, la conseguenza obbligata dovrebbe essere l'impossibilità di riconoscere un danno risarcibile" (così ancora Trib. Rimini 25 ottobre 2016).

(26) Così S. Gareffa, *Il danno da perdita di chance: una sentenza di merito che ne denuncia la fallacia dogmatica*, cit. Per ulteriori approfondimenti si vedano L. Mancini, *Il danno da perdita di chance*, in *www.ridare.it*, 2017; M. Iezzi, *La chance: nella morsa del danno emergente e del lucro cessante. Il danno da perdita di chance quale tecnica risarcitoria applicabile alla responsabilità contrattuale, alla luce delle più recenti elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali*, in *www.neldiritto.it*, 2008.

(27) Ancora M. Bonomi, *La perdita di chance quale danno risarcibile in via autonoma a seguito di illegittimo comportamento della p.a.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, parte prima. Le conseguenze di tale teoria sarebbero, peraltro, di indubbio rilievo, specie sotto il profilo probatorio; infatti, inquadrando il danno da perdita di *chance* nell'alveo del lucro cessante, il danneggiato non dovrà semplicemente dimostrare di aver perduto la possibilità di conseguire un risultato utile, ma dovrà provare che la condotta illegittima ha eziologicamente impedito il raggiungimento di quel risultato.

(28) In questo senso, M. Azzalini, *Nesso causale e perdita di chances: l'illusione ottica della "doppia probabilità"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5/2017. Nello stesso senso, M. Bona, *Causalità da perdita di chance e "lost years": nessuna soglia minima per la tutela risarcitoria delle possibilità di sopravvivenza*, in *Corr. giur.*, 2014, 1080.

(29) Secondo la S.C., infatti, "La ricostruzione più convincente, sulla quale si allinea la giurisprudenza dominante in materia di lavoro (Cass. 9 gennaio 2003, n. 123, Cass. n. 23 gennaio 2002, n. 734; Cass. n. 11340 del 1998), dissocia invece il danno come perdita della possibilità dal danno per mancata realizzazione del risultato finale, introducendo così una distinta ed autonoma ipotesi di danno emergente, incidente su di un diverso bene giuridico, la possibilità del risultato appunto". Ancor più netta è Cass., Sez. III, 27 marzo 2014, n. 1765 secondo cui "una volta individuata una *chance*, per definizione consistente in mera possibilità ...va indagato il nesso causale della perdita di tale possibilità con la condotta riferita al responsabile, prescindendo dalla maggiore o minore idoneità della *chance* a realizzare il risultato sperato" e solo nella fase successiva "che è quella della quantificazione del risarcimento, torna rilevante l'idoneità della *chance* a produrre il risultato utile, nel senso che l'entità del risarcimento andrà commisurata al danno quantificato in ragione della maggiore o minore possibilità di ottenere quel risultato, misurata eventualmente in termini percentuali".

(30) La distinzione è stata di recente ribadita da Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, la quale, pur soffermandosi su un caso di responsabilità medica, ha chiaramente affermato che "l'incertezza del risultato incide non sulla analisi del nesso causale, ma sulla identificazione del danno, poiché la possibilità perduta di un risultato sperato (nella quale si sostanzia la *chance*) è la qualificazione/identificazione di un danno risarcibile a seguito della lesione di una situazione soggettiva rilevante, e non della relazione causale tra condotta ed evento, che si presuppone risolta positivamente prima e a prescindere dall'analisi dell'evento lamentato come fonte di danno".

(31) La quantificazione monetaria di ogni *chance* risarcibile a prescindere dalla sua consistenza, dovrà, infatti, essere parametrata al valore finale del risultato utile che il danneggiato avrebbe potuto conseguire. E ciò avverrà nella successiva fase in cui dovrà - ai soli fini della quantificazione del danno - essere accertata la percentuale probabilistica di raggiungimento del risultato finale da parte del danneggiato.

(32) Il termine è efficacemente utilizzato da F. Trimarchi Banfi, *La chance nel diritto amministrativo*, cit.

(33) L'Autrice evidenzia che la ricostruzione in questi termini potrebbe trovare un aggancio anche in Cass. n. 4400/2004 la quale "qualifica la *chance* come "una consistente possibilità" di risultato utile, non come "mera possibilità", ammettendo, così, che la distinzione tra indagine sulla perdita della *chance* e indagine sulla perdita del risultato utile non esclude, tuttavia, che una sorta di delibazione della consistenza della *chance* possa aver luogo già nel primo passaggio dell'accertamento, rinviando la precisazione del livello delle probabilità al momento, successivo,

della quantificazione del danno". La tesi - né dà conto la stessa autrice in senso critico - è stata superata dalla successiva Cass. n. 7195/2014 che all'opposto parla di "mera possibilità". Peraltro anche Cass. n. 23846/2008 (citata a conforto dalla stessa Cass. n. 7195/2014) sembra sul punto negare una qualsivoglia valenza alla "consistenza" della *chance*: "Ciò che si vuole, in definitiva, sottolineare è che non è di per sé ragione giustificativa per negare la risarcibilità della perdita della *chance*, cioè per negare che essa sia in sostanza una "perdita", la mera circostanza che essa non sia tale da determinare presuntivamente o probabilisticamente la consecuzione del risultato".

(34) Ancora F. Trimarchi Banfi, *op. ult. cit.*

(35) In tal senso si esprimono anche M. Bona - P.G. Monateri, *Il nuovo danno non patrimoniale*, Milano, 2004, 637- 638.

(36) Così L. Locatelli, *Le differenti vesti della chance perduta e i suoi criteri di risarcibilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2008. Si precisa però che tale Autore ha tuttavia ritenuto che "più ci si avvicina alla parte inferiore della scala più si dovrebbe accettare l'idea dell'irrisarcibilità della perdita di *chance* di basso rilievo", così selezionando l'area della risarcibilità della *chance* in base alla sua "consistenza". Tale opzione non viene qui accolta e sembrerebbe essere smentita da Cass., Sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255.

(37) Ciò è proprio quello che è accaduto nel caso di specie, in cui Fastweb S.p.a. ha sì ottenuto l'annullamento dei provvedimenti impugnati, ma, a seguito delle vicende descritte *sub I*, non ha ottenuto la declaratoria di inefficacia del contratto in forza dell'applicazione dell'art. 121, comma 5, c.p.a.

(38) Per determinare il *quantum* risarcitorio, oltre alla determinazione in via equitativa, la giurisprudenza amministrativa ha utilizzato essenzialmente 2 indici: (i) applicazione analogica del criterio del 10% del prezzo a base d'asta ai sensi dell'art. 345 della L. n. 2248/1865, All. F; (ii) il 3% dell'importo dell'appalto per mezzo del quale viene percentualmente forfettizzato l'utile ritraibile dall'aggiudicazione.

(39) In questo senso, Cons. Stato, Sez. V, 15 aprile 2013, n. 2138. Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1672; Cons. Stato, Sez. V, 6 giugno 2016, n. 2384 e Cons. Stato, Sez. V, 1° agosto 2016, n. 3450, secondo cui "la dimostrazione della rilevante probabilità di aggiudicazione non è concretamente esigibile in caso di selezione comparativa non svolta", ed ha ribadito che la *chance* costituisce un bene "già presente nel patrimonio dell'impresa danneggiata".

(40) Cons. Stato, Sez. III, 9 febbraio 2016, n. 559. Appartengono altresì a questo filone anche Cons. Stato, Sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3252; Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2015, n. 4431; Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 131; Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490; Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2004, n. 5440 T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 17 novembre 2016, n. 2153. Peculiare è il caso di Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2015, n. 3249 il quale, da un lato, mostra implicitamente di aderire alla teoria ontologica affermando che la *chance* costituisce "entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione", dall'altro la disattende espressamente aderendo al "diverso indirizzo c.d. eziologico, legato al criterio della c.d. causalità adeguata o 'regolarità causale' o 'probabilità prevalente" che conduce a ritenere risarcibile la *chance* "solo con specifico riguardo al grado di probabilità che in concreto il richiedente avrebbe avuto di conseguire il bene della vita".

(41) In questo senso sono: Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2017, n. 2740; Cons. Stato, Sez. IV, 23 giugno 2015, n. 3147.

(42) L'orientamento in questione sembra far proprio il concetto di "consistenza della *chance*", profilo che anche l'ordinanza dell'Adunanza Plenaria n. 7 dell'11 maggio 2018, pur non prendendo espressa posizione, ha evidenziato sottolineando il legame tra la suddetta consistenza e la risarcibilità astratta della *chance*.

(43) La giurisprudenza inquadra la responsabilità civile della pubblica amministrazione nel paradigma generale del fatto illecito di cui [all'art. 2043 c.c.](#) (da ultimo: Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2018, n. 1859, nello stesso senso, Cons. Stato, IV, 1° agosto 2017, n. 3841) ed il giudizio

sul nesso di causa viene effettuato secondo il canone civilistico del "più probabile che non" (Cons. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 2018, n. 409).

(44) La posizione è ben espressa, in particolare, da Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490 secondo cui "il danno da perdita di *chance* per essere risarcibile deve essere "certo e non meramente probabile, o comunque deve esservi una rilevante probabilità del risultato utile (l'aggiudicazione), ciò che distingue la *chance* risarcibile dalla mera e astratta possibilità del risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile".

(45) Maggiori dubbi sono stati a dire il vero sollevati, in proposito, dalla dottrina, la quale, sia pur con diversi argomenti, ha sovente sostenuto una forma di incompatibilità tra *chance* e attività amministrativa quando quest'ultima assuma contenuto discrezionale. (i) Da una parte (F. Trimarchi Banfi, *La chance giuridicamente rilevante: esistenza e consistenza, nota a sent. Cons. Stato n. 3249/2015*, in *Foro it.*, III, 6, 9/2015) si è osservato che quando fattispecie normativa "conferisce all'amministrazione il potere di decidere con qualche margine di discrezionalità" l'incertezza, che costituisce il tratto caratteristico della *chance*, sarebbe "inerente alla funzione amministrativa nel suo corretto esercizio". Pertanto il provvedimento che "nega illegittimamente il risultato utile perseguito dall'interessato" non lo priverebbe di alcuna *chance* che di fatto non mai esistita. L'Autrice, invero, effettua un discorso molto più approfondito ed ampio criticando quell'orientamento dottrinale che costruisce l'interesse legittimo pretensivo come "*chance*" di ottenimento di un provvedimento favorevole, citando sul punto Cons. Stato, Sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5497, punto 1.6.1, che avrebbe affermato in particolare che "la possibilità di conseguire un risultato utile, unita alla protezione normativa del connesso interesse, è connotato dell'interesse legittimo". Pare a chi scrive che interesse legittimo pretensivo e *chance* abbiano contenuti diversi se si segue - come ci pare più corretto - la teoria della *chance* ontologica. Il primo si identifica con un preciso "bene della vita" o "risultato finale", mentre la *chance* è la semplice "possibilità" di conseguire quello stesso bene o risultato. In questo senso il soggetto che dialoga con il potere pubblico ben può nutrire una possibilità di raggiungere il bene della vita anche se il potere è discrezionale. Quest'ultimo, infatti, non si traduce in mero arbitrio, ma va esercitato nel rispetto di norme e principi le cui violazioni possono tradursi in vizi di eccesso di potere e, sotto questo profilo, è certamente sindacabile dal giudice amministrativo.

(ii) Altra parte della dottrina (L. Di Giovanni, *Brevi riflessioni sulla dubbia esistenza della chance nel settore dei contratti pubblici*, cit.) sostiene invece che, sempre in caso di attività discrezionale, il giudizio prognostico che il giudice deve compiere in sede risarcitoria circa le probabilità di raggiungimento del bene finale violerebbe il principio della riserva del potere e della insindacabilità del merito amministrativo. Sennonché, si è condivisibilmente sostenuto (S. Rodolfo Maserà, *Il nesso di causalità per il risarcimento della chance perduta*, in questa *Rivista*, 2015, 227) che "non vi sarebbe necessariamente una contrapposizione tra la discrezionalità amministrativa ed il giudizio prognostico necessario a verificare, in base alla normativa di settore, la spettanza del 'bene della vita' secondo un criterio di normalità", ed è la stessa S.C. ad averlo riconosciuto (Cass., Sez. III, 27 maggio 2009, n. 12282; Cass., Sez. III, 3 settembre 2007, n. 18511).

(iii) Ancora, al fine di escludere a risarcibilità della *chance* nello specifico ambito degli appalti pubblici, si è ritenuto che il raggiungimento del risultato finale (aggiudicazione) non sarebbe mai ipotizzabile con certezza assoluta, potendo, nel corso del procedimento di gara e dopo la sua conclusione, "accadere una serie di eventi che sono in grado di diminuire o addirittura azzerare le chances di aggiudicazione della gara, di stipula e di conservazione del contratto" (così si esprime L. Di Giovanni, *op. ult. cit.*). Ma, a seguire questo approccio, finiremmo per introdurre nel giudizio risarcitorio il concetto di *causalità alternativa ipotetica*, la cui applicazione agli illeciti commissivi è stata correttamente esclusa dalla sentenza in commento che richiama, tra le altre, Cass., Sez. II, 19 gennaio 2004, n. 21894 e Cass., Sez. II, 18 luglio 2011, n. 15709.

(46) A questa conclusione giunge Cons. Stato, Sez. V, 1° agosto 2016, n. 3450, la quale tuttavia sembra voler applicare la teoria della *chance* ontologica alla sola ipotesi di selezione competitiva non svolta: "Nel caso di specie deve quindi essere riconosciuta in questi casi la c.d. *chance* ontologica, consistente in un'aspettativa già presente nel patrimonio dell'impresa

danneggiata, insita nel rispetto degli obblighi di evidenza pubblica e/o concorsualità imposti dalla legislazione in materia di contratti pubblici".

(47) Proprio per tali ragioni, l'accoglimento della tesi ontologica non snaturerebbe la tipica funzione reintegratrice del rimedio del risarcimento del danno che sarebbe sempre subordinato alla lesione di un interesse meritevole di tutela.

(48) Né potrebbe soccorrere il criterio del "più probabile che non" posto che, nel caso di applicazione rigorosa della nozione ontologica della *chance*, l'accertamento causale deve essere condotto avendo come punto di riferimento la "possibilità di conseguire il risultato utile" e non il risultato utile medesimo.

(49) Ne dà conto, sia pur sinteticamente, la sentenza in commento laddove, nella parte finale, afferma che la "nozione di *chance* in termini eziologici potrebbe rendere non effettivo il risarcimento e dunque sarebbe soluzione non conforme ai principi eurounitari in materia".

(50) Da ultimo, A. Giusti, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nelle controversie sui contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2016, I, 155 ss.

(51) Considerando n. 13 alla Dir. n. 66/2007/UE.

(52) Così si esprime Corte di Giustizia UE 11 settembre 2014, sent., causa C-19/13, *Fastweb*.

(53) Il principio di effettività è richiamato nel considerando n. 36 alla Dir. 2007/66/UE che rinvia, come accennato, all'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE (c.d. Carta di Nizza), avente il medesimo valore dei Trattati stante il rinvio ad essa operato dall'art. 6 del T.U.E.

(54) Corte di Giustizia UE 28 ottobre 2010, sent., causa C-406/08 *Uniplex*. Nello stesso senso Corte di Giustizia UE 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau*, nonché Corte di Giustizia UE 12 marzo 2015, sent. C-538/13, *eVigilo*.

(55) In questo senso si è espressa di recente Corte di Giustizia UE 15 settembre 2016, sent. cause riunite C-439/14 e C-488/14, *SC Star Storage SA*.

(56) Così, Corte di Giustizia UE 26 novembre 2015, sent. causa C-166/14, *MedEval*.

(57) Ancora, Corte di Giustizia UE 26 novembre 2015, sent. causa C-166/14, *MedEval*.

(58) Corte di Giustizia UE 26 novembre 2015, sent., causa C-166/14, *MedEval*; Corte di Giustizia UE 15 settembre 2016, sent., cause riunite C-439/14 e C-488/14, *SC Star Storage SA*; Corte di Giustizia UE 28 ottobre 2010, sent. Causa C-406/08 *Uniplex*. Nello stesso senso Corte di Giustizia UE 12 febbraio 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau*, nonché Corte di Giustizia UE 12 marzo 2015, sent., C-538/13, *eVigilo*; Corte di Giustizia UE 6 ottobre 2015, sent., causa C-61/14, *Orizzonte Salute*; Corte di Giustizia UE 11 dicembre 2014, sent., causa C-440/13 *Croce Amica One Italia*.

(59) Il riferimento è a Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1672 nella quale Palazzo Spada, dopo aver illustrato l'orientamento dei giudici europei, sottolinea in modo persuasivo l'effetto armonizzante della disciplina processuale (e sostanziale) europea in materia di appalti, effetto che porta alla "creazione di un diritto amministrativo comune a tutti gli Stati membri nel quale i principi che si elaborano a livello comunitario, in applicazione dei Trattati, trovano humus negli ordinamenti interni, e costituiscono una sorta di sussunzione unificante di regole riscontrabili in tali ordinamenti". In questo processo di astrazione, continua la quinta sezione, "è inevitabile che i principi di diritto interno vengano sostituiti dai principi caratterizzati da una più larga acquisizione, poiché il riavvicinamento e l'armonizzazione normativa premia il principio maggiormente condiviso, come è quello della responsabilità piena della P.A. senza aree di franchigia".

(60) Valorizzando l'aspetto sanzionatorio-dissuasivo indubbiamente presente nella disciplina europea, parte della giurisprudenza ha ritenuto che, in caso di violazione delle norme che impongono l'indizione di una procedura di gara, la lesione cagionata si identificherebbe con la lesione di un "*interesse alla concorrenza*" e "la lesione di una siffatta posizione soggettiva produce ex se un danno patrimoniale rispetto al quale la *chance* non opera come fattore delimitativo ai fini della determinazione dell'*an*, ma solo come possibile criterio di quantificazione del *quantum*" (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 17 marzo 2014, n. 679).

(61) Così si esprime G. Vitale, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in www.federalismi.it che richiama in modo pertinente le conclusioni

dell'Avvocato Generale Cruz Vilallón secondo cui *"il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, quale enunciato dall'art. 47 della Carta, "ha acquisito un'identità ed una essenza proprie, proiettandosi al di là della mera sommatoria degli enunciati di cui agli artt. 6 e 13 CEDU. In altri termini, il diritto fondamentale in esame viene ad acquistare, quale diritto sancito e garantito dall'ordinamento dell'Unione, un contenuto proprio, nella definizione del quale giocano un ruolo fondamentale non soltanto gli strumenti internazionali cui tale diritto si ispira, tra i quali, in primis, la CEDU, ma anche le tradizioni costituzionali da cui tale diritto deriva e, con esse, l'universo concettuale dei principi che caratterizzano lo Stato di diritto".*

(62) Analogo discorso può essere fatto anche per altre violazioni perpetrate in corso di gara. In questo caso la stazione appaltante potrebbe essere invogliata a concludere rapidamente il contratto con l'aggiudicataria, portare avanti l'esecuzione dello stesso e, in sede processuale, invocare l'art. 122 c.p.a., il quale, come noto, affida alla discrezionalità del giudice amministrativo la scelta se dichiarare o meno l'inefficacia del contratto tenendo conto anche "dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto".

Giornale Dir. Amm., 2018, 6, 766 (nota a sentenza)

INTERDITTIVA ANTIMAFIA E CREDITI RISARCITORI - IL COMMENTO

di Nicola Gullo

Cons. Stato (Ad. Plen.), 06 aprile 2018, n. 3

D.Lgs. 06-09-2011, n. 159, Art. 67

Il Consiglio di Stato contribuisce a delineare il regime delle informazioni antimafia precisandone gli effetti giuridici attraverso la ricostruzione del divieto sancito dall'art. 67, codice antimafia, la cui portata viene estesa all'erogazione da parte di una P.A. di somme di denaro, spettanti a titolo di risarcimento del danno, in favore di un soggetto attinto da un'informazione interdittiva. Tale soluzione viene fondata sull'analisi della *ratio* dell'istituto delle misure cautelari, che tende ad escludere qualunque tipo di esborso di matrice pubblicistica nei confronti di un'impresa soggetta ad infiltrazioni mafiose. Risulta irrilevante che si sia consolidato un giudicato amministrativo sulla sussistenza di un'obbligazione pubblica risarcitoria, dato che l'incapacità prodotta dall'interdittiva incide sull'idoneità dell'imprenditore a persistere nella titolarità del diritto di credito.

Sommario: [Premessa - La vicenda e le questioni interpretative dell'ordinanza di rimessione - Le soluzioni dell'Adunanza plenaria- Le "relazioni pericolose" tra giudicato amministrativo ed interdittive antimafia - Le caratteristiche dell'"autotutela antimafia" - Riflessioni conclusive: adattamento giurisprudenziale o revisione normativa?](#)

Premessa

Il sistema della documentazione antimafia è attualmente disciplinato dal c.d. codice antimafia (D.Lgs. n. 159/2011)⁽¹⁾ e si articola in "comunicazioni antimafia"⁽²⁾ ed "informazioni antimafia"⁽³⁾ (art. 84, codice antimafia), che costituiscono le principali misure di prevenzione amministrativa per impedire alle imprese collegate ai circuiti mafiosi di inquinare l'economia legale, svolgendo particolari attività economiche nei rapporti tra privati o intercettando risorse pubbliche. In particolar modo, secondo un costante indirizzo della giurisprudenza amministrativa, l'informazione antimafia interdittiva può essere qualificata come un provvedimento di natura cautelare e preventiva, che si propone di prevenire i tentativi di infiltrazione mafiosa nelle imprese - volti a condizionare le scelte e gli indirizzi della pubblica amministrazione -, in funzione di tutela dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica amministrazione⁽⁴⁾. L'effetto precipuo del provvedimento di "interdittiva antimafia" è stato rintracciato nell'attivazione di una "particolare forma di incapacità giuridica", che non consente al destinatario di "essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggetti, interessi legittimi) che determinino (sul proprio c.d. lato esterno) rapporti giuridici con la pubblica amministrazione"⁽⁵⁾.

La disciplina della documentazione antimafia, benché sia ormai caratterizzata da un quadro normativo molto ampio ed articolato, ha richiesto una costante opera di rifinitura giuridica - affidata, in particolar modo, alla giurisprudenza amministrativa -, che appare quanto mai necessaria non solo per definire i profili applicativi più controversi ed incerti⁽⁶⁾, ma anche per garantire la compatibilità del sistema delle cautele antimafia con i principi costituzionali e quelli del diritto europeo. Invero, se, per quanto riguarda la riconducibilità delle misure cautelari alle previsioni costituzionali, la Corte costituzionale ne ha sempre individuato un saldo

ancoraggio nell'art. 41 Cost.⁽⁷⁾, malgrado le perplessità manifestate da parte della dottrina giuspubblicistica⁽⁸⁾, nondimeno più tormentate si presentano le relazioni con alcuni principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo - segnatamente con la garanzia per la libertà di circolazione e il correlato principio di legalità (Prot. n. 4, art. 2) - dopo la sentenza *de Tommaso*⁽⁹⁾ che apre una faglia, dagli sviluppi non prevedibili, nel modello italiano della prevenzione giurisdizionale e, in seconda battuta, amministrativa⁽¹⁰⁾. E, quindi, in tale ottica, diventa quanto mai determinante valutare e ponderare le molteplici implicazioni giuridiche che concretamente si dispiegano dall'istituto della documentazione antimafia.

Al riguardo, la recente sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato affronta un aspetto fondamentale del regime delle informazioni antimafia, relativo all'ampiezza del divieto di intrattenere rapporti economici con le P.A. posto a carico del soggetto destinatario del provvedimento cautelare, in base alle disposizioni del codice antimafia. Si tratta di un giudizio che ha investito anche il problema della rilevanza che assume l'accertamento definitivo in sede giurisdizionale di un credito risarcitorio dell'impresa nei riguardi della pubblica amministrazione, per valutare se e in quale misura il principio di intangibilità del formale giudicato amministrativo possa essere ridimensionato ad opera di un successivo provvedimento amministrativo a finalità preventive.

La vicenda e le questioni interpretative dell'ordinanza di rimessione

La vicenda da cui tra origine la decisione dell'Adunanza plenaria si presenta alquanto complicata a causa della sovrapposizione, non sempre lineare, tra una serie di distinti e collegati giudizi amministrativi, riguardanti, da un lato, l'aggiudicazione di un contratto di appalto nell'ambito di una gara pubblica e, dall'altro lato, il rilascio della documentazione antimafia tardiva.

Bisogna ricordare, in via preliminare, che la società N.C. S.r.l.⁽¹¹⁾ ha partecipato ad una gara di appalto indetta dal Comune di Torraca per l'affidamento di lavori di bonifica, ottenendo, all'esito di un complesso contenzioso, una favorevole pronuncia risarcitoria per i danni derivanti dall'illegittima mancata aggiudicazione del relativo appalto di lavori⁽¹²⁾.

Successivamente la N.C. è stata attinta da un'informativa interdittiva antimafia⁽¹³⁾, ai sensi degli artt. 84, comma 3, e 91, comma 6, codice antimafia, ma tale circostanza è stata comunicata dalla Prefettura di Caserta solo con nota del 2 febbraio 2015, dopo che il Comune di Torraca si era attivato al fine di provvedere al pagamento della somma determinata da una precedente sentenza del Consiglio di Stato⁽¹⁴⁾.

Una volta acquisita l'informativa interdittiva, la cui legittimità è stata confermata in due gradi di giudizio⁽¹⁵⁾, il Comune di Torraca ha proposto ricorso per revocazione avverso la sentenza n. 644, per la mancata esibizione di un "documento decisivo" che il Comune non aveva potuto produrre per fatto dell'avversario.

Il procedimento di revocazione si è concluso con la sentenza del Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1078, che ha respinto il ricorso del Comune in base alla constatazione che la sent. n. 644 del 2014 si deve considerare, invero, come una pronuncia di esecuzione o più sostanzialmente di attuazione di un giudicato del 2011⁽¹⁶⁾ e, quindi, deve restare intangibile anche rispetto ad un provvedimento particolarmente grave come quello antimafia, per salvaguardare l'infedeltà esigenza di certezza dei rapporti giuridici che caratterizza lo Stato di diritto⁽¹⁷⁾.

In seguito a tale pronuncia del giudice della revocazione, la N.C. S.r.l. nel 2017 ha presentato ulteriore ricorso per l'ottemperanza alla sentenza n. 644 del 2014, ma la V Sezione del Consiglio di Stato - a seguito dell'eccezione sollevata dal Comune circa l'impossibilità di dare esecuzione al richiamato giudicato - con ordinanza 28 agosto 2017, n. 4078 ha rimesso all'Adunanza plenaria la decisione ponendo due questioni interpretative: la prima questione riguarda la possibilità di erogare da parte della P.A. somme di denaro, spettanti a titolo di risarcimento del danno, in favore di un soggetto attinto - prima della definizione del giudizio risarcitorio - da un'informativa interdittiva antimafia, ma conosciuta solo successivamente alla formazione del giudicato e taciuta dal soggetto stesso⁽¹⁸⁾; la seconda concerne le conseguenze del giudicato formale, comunque formatosi, e, in particolare, se possa impedire in ogni caso alla P.A. di sottrarsi agli obblighi da esso nascenti di corrispondere una somma di denaro a titolo risarcitorio⁽¹⁹⁾.

Le soluzioni dell'Adunanza plenaria

L'Adunanza plenaria⁽²⁰⁾, al fine di definire le due questioni ad essa sottoposte, dopo aver condiviso le osservazioni della Sezione remittente sul valore non preclusivo della sentenza che ha respinto il ricorso per revocazione, procede, in via preliminare, ad un'ampia ricognizione delle

caratteristiche della documentazione antimafia con un duplice esito: da un lato, conferma i previgenti indirizzi giurisprudenziali in ordine alla funzione e agli effetti delle misure cautelari; dall'altro lato, introduce alcuni elementi del tutto inediti nel regime giuridico delle interdittive antimafia.

L'impianto argomentativo del Consiglio di Stato si snoda lungo tre principali assi ricostruttivi.

In primo luogo, il giudice amministrativo si sofferma sull'inquadramento dell'incapacità *ex lege* prodotta dall'interdittiva antimafia nei confronti della persona fisica o giuridica cui è indirizzata.

Secondo l'Adunanza plenaria, sulla scorta di una costante giurisprudenza amministrativa, tale incapacità giuridica, prevista dalla legge a garanzia di valori costituzionalmente rilevanti, presenta una duplice connotazione: si tratta di un'incapacità "parziale", in quanto limitata ai rapporti giuridici con la P.A.⁽²¹⁾, secondo le puntuali indicazioni dell'art. 67, codice antimafia, che richiama rapporti di natura contrattuale o connessi all'esercizio di poteri provvedimentali; inoltre, si pone anche come un'incapacità tendenzialmente "temporanea", potendo essere rimossa con un successivo provvedimento dell'autorità amministrativa competente⁽²²⁾.

In secondo luogo, in base a questa premessa - che ribadisce la *ratio* preventiva e anticipatrice e non afflittiva o sanzionatoria della misura interdittiva, a protezione della P.A. nei contatti con soggetti privati non affidabili - il Consiglio di Stato innesta la successiva puntualizzazione circa la gamma di rapporti giuridici in ordine ai quali "il soggetto, colpito dalla misura, non può acquistare o perde la titolarità di posizioni giuridiche soggettive, dunque, l'esercizio delle facoltà o dei poteri ad esse connessi". In particolar modo, il disposto dell'art. 67, che utilizza la formula "altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominati", consente al Consiglio di Stato di sostenere, alla stregua di un'interpretazione sistematica⁽²³⁾, che il divieto in questione vada riferito a qualunque tipo di esborso proveniente dalla P.A., compreso, quindi, quello relativo a somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in relazione all'attività di impresa.

A tale approdo interpretativo l'Adunanza plenaria perviene anche sulla scorta delle indicazioni di una sua precedente sentenza del 2012⁽²⁴⁾, in cui è stato affermato che l'ampia clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 4, D.Lgs. n. 490/1994⁽²⁵⁾, è idonea a ricomprendere le erogazioni di matrice "indennitaria", oltre a quelle di natura genericamente compensativa⁽²⁶⁾. Si comprende, allora, come, recuperando questo approccio sistematico, sia stata riproposta analoga opzione ermeneutica pure per le obbligazioni di carattere risarcitorio che rientrano, in base alla clausola codicistica di chiusura in precedenza richiamata, nel più ampio *genus* delle obbligazioni pecuniarie pubbliche⁽²⁷⁾, cui si applica, in termini generali, il divieto dell'art. 67, codice antimafia. Infine, il Consiglio di Stato affronta la seconda - delicata - questione interpretativa, che viene risolta con un'originale soluzione giuridica, che si propone di assicurare la piena compatibilità tra l'intangibilità del giudicato e il divieto di erogazione della somma dovuta da parte della P.A. Orbene, il punto di equilibrio è stato individuato nella configurazione di quella "particolare forma incapacità" che viene prodotta dall'interdittiva antimafia: si tratta di un effetto giuridico interdittivo che non va ad incidere sul giudicato "sterilizzandone" gli effetti, né - con riferimento al caso di specie - va ad interferire sulla sussistenza del diritto di credito definitivamente accertato, bensì compromette la "'idoneità' dell'imprenditore ad essere titolare (ovvero a persistere nella titolarità) del diritto di credito". Quindi, il soggetto attinto dalla misura interdittiva, che pure potrebbe astrattamente essere titolare dei diritti riconosciutigli dalla sentenza passata in giudicato, risulta incapace ad assumere o mantenere (per il tempo della durata degli effetti dell'interdittiva) la titolarità sia dei diritti accertati con la sentenza, sia di tutte le posizioni giuridiche riconducibili al divieto di cui all'art. 67. Peraltro, tenuto conto della temporaneità dell'incapacità che riguarda il titolare del diritto, secondo l'Adunanza plenaria, una volta venuta meno tale incapacità, il diritto di credito, riconosciuto nella sentenza passata in giudicato, "rientra" pienamente nel patrimonio giuridico del soggetto, con tutte le facoltà e i poteri allo stato connessi, ivi compresa l'*actio iudicati* dal quale era temporaneamente uscito.

Le "relazioni pericolose" tra giudicato amministrativo ed interdittive antimafia

La decisione dell'Adunanza plenaria, che sviluppa alcuni tratti peculiari della disciplina antimafia, accoglie una prospettiva giuridica che permette di non stravolgere i principi del processo amministrativo e di evitare, al contempo, che il funzionamento delle cautele amministrative

possa essere compromesso dai ritardi e dagli inconvenienti di ordine procedurale: basti ricordare che, nella complessa vicenda su cui interviene la sentenza, il rilascio tempestivo dell'interdittiva antimafia avrebbe certamente privato l'impresa ricorrente della legittimazione ad avviare o proseguire il giudizio principale, fino alla formazione di un giudicato amministrativo in ordine alla sussistenza di un diritto di credito.

Tuttavia, se l'interpretazione del divieto dell'art. 67, codice antimafia, risulta condivisibile in ragione di una lettura sistematica della disciplina antimafia⁽²⁸⁾, notevoli perplessità suscita il modello giuridico che sottende la relazione tra il regime di incapacità speciale e il giudicato amministrativo. Al riguardo, non si può fare a meno di rilevare che l'impostazione di fondo della sentenza non appare pienamente convincente, dato che il paradigma proposto, essendo strettamente collegato alla specificità del caso concreto, non si presta ad essere facilmente esteso a fattispecie analoghe che possano essere connotate da elementi strutturali in parte differenti e più complessi.

Il problema giuridico che ha esaminato l'Adunanza plenaria concerne un'ipotesi abbastanza lineare in cui il giudicato amministrativo si è formato sull'esistenza di un'obbligazione pecuniaria pubblica e ha comportato, almeno astrattamente, per la P.A. soltanto l'obbligo di erogare le somme previste a titolo risarcitorio: quindi, all'impresa non è stato aggiudicato l'appalto⁽²⁹⁾ e non le è stata riservata alcuna attività di esecuzione, rendendo così possibile giustificare il mancato pagamento dell'obbligazione pecuniaria da parte della P.A. nell'ottica dell'incapacità speciale che incombe sul soggetto attinto dall'interdittiva antimafia.

Nondimeno, nella prassi amministrativa e nel relativo contenzioso potrebbero emergere situazioni ben più articolate sul piano sostanziale e processuale che non è possibile risolvere secondo il paradigma giuridico elaborato nella sentenza in esame, in quanto rinviano ad un quadro di "relazioni pericolose" - ovvero più problematiche - tra giudicato amministrativo ed interdittiva antimafia.

Si tratta delle ipotesi in cui il giudicato amministrativo, che si forma prima dell'adozione dell'interdittiva antimafia, abbia ad oggetto non semplicemente l'erogazione di una somma di denaro, quanto il rilascio di un provvedimento ampliativo o l'aggiudicazione di un contratto di appalto. In altri termini, il soggetto privato, che domanda il rilascio di un atto ampliativo o che partecipa ad una gara potrebbe, in via preliminare, essere destinatario di un atto di diniego o essere escluso dalla procedura ad evidenza pubblica sulla base di ragioni riguardanti l'assenza dei requisiti formali o sostanziali previsti dalla normativa di settore, ma non attinenti *stricto sensu* alle verifiche antimafia. In seguito all'esperimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, il giudizio amministrativo si potrebbe concludere con una sentenza definitiva che accoglie il ricorso e condanna l'amministrazione al rilascio dell'atto ampliativo oppure aggiudica il contratto al ricorrente.

Orbene, a fronte di tale evenienza, l'adozione di un'interdittiva antimafia tardiva implica, in ogni caso, un cambiamento dello scenario giuridico - come ribadisce la stessa sentenza dell'Adunanza plenaria - giacché il privato non può continuare ad intrattenere rapporti giuridici di durata a contenuto economico con la P.A., fatte salve alcune ipotesi eccezionali contemplate dalla disciplina antimafia⁽³⁰⁾.

Sicché si pone un dilemma: per un corretto inquadramento di tali fattispecie, si può ritenere che sia sufficiente ribadire l'intangibilità del giudicato e, al contempo, richiamare la condizione d'incapacità legale che deriva dalla documentazione antimafia, per paralizzare lo svolgimento dell'attività di esecuzione o dell'attività economica assentita dall'amministrazione a favore del soggetto colpito dall'interdittiva postuma? O, al contrario, bisogna prendere atto che è necessario prevedere - ai fini di un'effettiva "sterilizzazione" cautelare della posizione dell'impresa sottoposta ai condizionamenti mafiosi - un rinnovato esercizio di poteri amministrativi, anche andando ad "incidere" sui provvedimenti oggetto di un giudicato amministrativo?

Questa seconda impostazione, invero, si presenta come la più idonea alla risoluzione dei problemi specifici che possono derivare dalla necessità di far subentrare un nuovo contraente nei rapporti con P.A. o di recuperare i beni che sono stati assegnati al privato in seguito ad un provvedimento concessorio.

Tale approccio pone ovviamente una delicata questione di compatibilità con il principio di intangibilità della cosa giudicata, che il Supremo consesso amministrativo ha inteso preservare

in modo rigoroso, escludendo la possibilità che l'interdittiva vada ad interferire sull'accertamento dei diritti o delle spettanze a favore della parte vincitrice o possa incidere sugli atti amministrativi oggetto di accertamento definitivo.

Però, qualora si dovesse generalizzare questo orientamento interpretativo dell'Adunanza plenaria, si verrebbe a determinare una situazione giuridica paradossale, che potrebbe compromettere l'effettività del sistema della prevenzione amministrativa: infatti, se gli atti ampliativi di cui all'art. 67 cod. ant. vengono adottati o i contratti pubblici aggiudicati all'esito delle rispettive procedure, è sempre ammissibile, in presenza di un'informativa interdittiva tardiva, l'esercizio dei poteri di revoca e recesso regolati dal [D.Lgs. n. 159/2011](#), ancorché gli atti in questione siano diventati inoppugnabili o non sia più possibile l'esercizio del potere di annullamento, ai sensi dell'art. [21 quinquies](#), L. n. [241/1990](#); al contrario, se in relazione a tali atti - e alle correlate posizioni giuridiche soggettive - si è formato un accertamento giudiziale definitivo, sebbene non abbia in alcun modo riguardato la sussistenza o meno delle cause ostative stabilite dal codice antimafia, l'interdittiva non dovrebbe essere in grado di incidere - anche indirettamente - su di essi.

Per superare questa aporia, è possibile delineare due differenti percorsi ermeneutici.

In una prima prospettiva, si potrebbe opinare essenzialmente sui limiti del giudicato amministrativo, in considerazione della controversa rilevanza che assume nel processo amministrativo il principio secondo cui il giudicato copre "il dedotto e il deducibile", così da circoscrivere la portata dell'accertamento giudiziale esclusivamente ai profili di illegittimità effettivamente sindacati dal giudice amministrativo, rispetto ai quali rimangono totalmente estranei gli aspetti relativi alla presenza dei fattori ostativi tipizzati dalla normativa antimafia⁽³¹⁾. Un'altra prospettiva, che non esclude in ogni caso di coordinarsi con la prima, privilegia, invece, una lettura più sistematica della disciplina delle cautele antimafia, che risultano idonee a travolgere giuridicamente gli atti di esercizio del potere negoziale e di amministrazione attiva della P.A., a prescindere dall'esistenza di un accertamento giudiziale definitivo nei loro riguardi. Ed è questa la linea ricostruttiva che s'intende approfondire.

Le caratteristiche dell'"autotutela antimafia"

Anzitutto, si deve rilevare che la documentazione antimafia si presenta, nel contesto di una serie di rapporti giuridici con la P.A., come un elemento integrativo della fattispecie, un presupposto imprescindibile - nella sua duplice configurazione di "comunicazione" o "informazione" liberatoria - per garantire la legittimazione ad agire del soggetto privato; inoltre, riguarda una gamma quanto mai ampia di situazioni giuridiche soggettive che possono inerire a poteri amministrativi dalla natura molto diversificata - autorizzatori, concessori, negoziali, di verifica *ex post* di diritti soggettivi a regime amministrativo (SCIA) -, ma che sono raggruppati nelle disposizioni del codice antimafia in base ad un criterio di ordine sostanziale, cioè la possibilità per il soggetto privato di ottenere un vantaggio economico dalla P.A. o di esercitare un diritto soggettivo sottoposto ad un controllo pubblico, anche di tipo successivo.

In linea generale, l'assetto della documentazione antimafia è particolarmente complesso, in quanto risulta basato su un duplice meccanismo giuridico che è correlato al rilascio dell'interdittiva antimafia: per un verso, viene prodotta un'incapacità giuridica speciale in capo al soggetto attinto dal provvedimento cautelare antimafia, che è stata analizzata nella sentenza in epigrafe; per altro verso, viene prevista una serie di obblighi - o poteri-doveri - a carico delle P.A. per gestire le diverse situazioni che possono essere collegate all'emanazione della documentazione antimafia.

Infatti, proprio per una precisa scelta del legislatore antimafia, il potere interdittivo può essere esercitato in un arco temporale molto ampio e si possono configurare almeno tre distinte ipotesi.

1) Anzitutto, se la documentazione antimafia viene rilasciata prima del concreto esercizio dei poteri di amministrazione attiva, il suo effetto interdittivo determina che la P.A. non possa più emanare l'atto richiesto o aggiudicare il contratto all'operatore economico, che pure è stato individuato dalla commissione di gara nel rispetto dei criteri di aggiudicazione previsti dalla *lex specialis*⁽³²⁾.

2) Inoltre, se la documentazione antimafia non viene rilasciata nei termini previsti, allora la P.A. deve esercitare i poteri di amministrazione attiva senza dover attendere il documento richiesto, valutando e disciplinando, alla stregua della normativa di settore, la situazione sostanziale del

privato: si privilegia, così, un'esigenza di continuità dell'azione amministrativa, anche se non in termini assoluti.

3) Infine - ed è questa la terza ipotesi - l'emanazione dell'interdittiva antimafia tardiva sollecita (*rectius* impone) l'esercizio di una forma di "autotutela antimafia" che è preordinata alla rimozione dei provvedimenti amministrativi precedentemente adottati. In altri termini, alla documentazione antimafia sono collegati non soltanto effetti interdittivi, ma anche demolitori, sia pure mediati attraverso un intervento in autotutela degli organi di amministrazione attiva. Con riguardo a quest'ultimo profilo, si può osservare che il sistema delle cautele antimafia è contrassegnato, quindi, dall'esistenza di un modello di *autotutela speciale* che prevale sulle regole generali contenute nella [L. n. 241/1990](#) e nel codice dei contratti pubblici ed è destinato ad incidere inevitabilmente anche sull'attività amministrativa coperta da un (parziale) giudicato amministrativo.

In particolar modo, quattro sono i tratti tipici della disciplina dell'"autotutela antimafia":

a) il sistema dei controlli antimafia cerca di conciliare l'esigenza di una verifica effettiva in ordine alla sussistenza delle cause ostative previste dal [D.Lgs. n. 159/2011](#), ovvero dei condizionamenti di tipo mafioso nei riguardi dell'impresa, con l'obiettivo della semplificazione amministrativa, prevedendo termini tassativi per il rilascio della documentazione antimafia, il cui decorso produce un "effetto devolutivo" che consente agli organi di amministrazione attiva di esercitare pienamente, e legittimamente, i poteri autoritativi o di aggiudicazione⁽³³⁾;

b) tale meccanismo semplificatorio non consuma, però, i poteri di accertamento dell'autorità prefettizia⁽³⁴⁾, che vanno obbligatoriamente esercitati, anche se tardivamente, non essendo previsti particolari vincoli di carattere temporale per accertare la sussistenza delle condizioni o dei fattori che il codice antimafia considera sintomatici di un fenomeno di infiltrazione mafiosa;

c) in ogni caso, gli atti ampliativi o relativi all'aggiudicazione di un contratto adottati prima del formale rilascio della documentazione sono sottoposti, *lato sensu*, ad un "regime risolutivo", in quanto la loro efficacia è subordinata all'esito della procedura di verifica antimafia, ancorché tardiva; l'informazione - nonché la comunicazione - viene, quindi, ad integrare necessariamente la fattispecie amministrativa, sia in termini positivi consolidando giuridicamente il rapporto amministrativo, sia in termini negativi rendendo doveroso l'esercizio dei poteri di autotutela che implicano la cessazione del rapporto amministrativo⁽³⁵⁾;

d) l'interdittiva antimafia, pertanto, non soltanto produce un'incapacità speciale nei confronti del destinatario, ma prevale sugli atti amministrativi precedentemente emanati, a prescindere da come si sia formato il titolo giuridico, configurando per le amministrazioni che sono parte del rapporto amministrativo di durata l'obbligo di procedere alla rimozione degli atti costitutivi di tale rapporto: questo è senza dubbio il dato sostanziale che traspare dalle disposizioni codicistiche⁽³⁶⁾ e dal codice dei contratti pubblici⁽³⁷⁾. Le eventuali deroghe riguardano, semmai, le ipotesi in cui la P.A. deve accedere ad un più complesso bilanciamento tra una varietà di interessi pubblici⁽³⁸⁾.

Questa impostazione del codice antimafia, così rigorosa nell'attribuire alla documentazione tardiva effetti preclusivi alla prosecuzione del rapporto amministrativo instaurato tra il soggetto privato e la p.a., è stata, peraltro, confermata anche dal decreto correttivo del 2014, malgrado quale innovazione lessicale, come chiarito dal giudice amministrativo⁽³⁹⁾.

È evidente, quindi, come tale disciplina non possa che presentare analoghe implicazioni giuridiche anche per le vicende in cui si sia emerso un giudicato amministrativo, senza che si possano prospettare differenti soluzioni giuridiche. In un certo senso, si può ritenere che il codice antimafia abbia costruito un sofisticato modello di "sopravvenienze di fatto" ⁽⁴⁰⁾ che risulta in grado di incidere su precedenti provvedimenti amministrativi, per quanto oggetto di un giudicato amministrativo, dato che si tratta di misure ad effetti interdittivi e preclusivi, nonché latamente demolitori, che sono correlate alla presenza di alcuni presupposti sostanziali e vengono ad integrare la fattispecie amministrativa: infatti, l'accertamento della sussistenza delle cause rivelatrici dell'interferenza mafiosa - in seguito all'istruttoria dell'autorità prefettizia - impedisce la prosecuzione o la conservazione del rapporto giuridico, stante l'incapacità speciale del soggetto privato sancita dalla legislazione antimafia.

Orbene, la presenza o meno dei fattori ostativi tipizzati dal diritto antimafia non sembra che possa essere assorbita da un giudicato amministrativo che si sia consolidato nell'ambito di un

processo in cui sono venuti in rilievo altri e ben diversi profili di legittimità, di ordine formale e/o sostanziale.

In conclusione, si deve osservare che l'esercizio tardivo dei poteri interdittivi è in grado incidere sull'assetto delle relazioni giuridiche tra soggetti privati e P.A, anche laddove la definizione della posizione giuridica sostanziale e delle spettanze da riconoscere al privato sia oggetto di un accertamento giudiziale definitivo.

In base a tali considerazioni si viene a delineare, allora, una duplice prospettiva.

Se l'interdittiva antimafia viene adottata durante lo svolgimento del processo amministrativo, la sua acquisizione nel corso del giudizio, facendo emergere un'incapacità legale, costituisce un elemento che va ad incidere sulle condizioni dell'azione e il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

Se, invece, si è formato un giudicato in ordine al rilascio di un certo provvedimento amministrativo, non viene, comunque, intaccata la doverosità nell'esercizio dei poteri di autotutela antimafia: ciò che emerge è un fatto nuovo che accerta l'esistenza di una causa ostativa e produce effetti nuovi sul pregresso provvedimento amministrativo.

Rispetto a quanto affermato dal Consiglio di Stato, si può ritenere, però, che l'intervento in autotutela determini anche la perdita dei diritti in precedenza acquisiti. Se si considera lo spettro delle situazioni soggettive che possono essere interessate dalla documentazione antimafia, nel caso dei rapporti amministrativi ancora in corso, con l'interdittiva postuma vengono travolti i diritti acquisiti, sia pure con alcuni temperamenti e compensazioni⁽⁴¹⁾. Anche l'istituto dell'aggiornamento della documentazione antimafia, in fondo, consente all'impresa di attivare nuovi rapporti giuridici e non di riprendere quelli colpiti dall'interdittiva antimafia. Il carattere temporaneo della misura cautelare - evidenziato dal giudice amministrativo - più che alla singola vicenda giuridica, andrebbe collegato all'impossibilità di instaurare per un certo periodo rapporti amministrativi.

Riflessioni conclusive: adattamento giurisprudenziale o revisione normativa?

Al di là delle concrete soluzioni interpretative che si possono proporre sulle questioni giuridiche esaminate, bisogna anche valutare se non sia auspicabile una precisazione normativa. Pur dovendosi riconoscere l'imprescindibile ruolo nomofilattico del Consiglio di Stato, che permette di chiarire margini e confini della disciplina antimafia in relazione alle nuove problematiche che possono affermarsi nella prassi amministrativa, si tratta pur sempre di una materia "incandescente", che richiede una periodica revisione normativa, come è già avvenuto per assicurare un coordinamento tra le stesse disposizioni del codice antimafia o un raccordo con altri settori normativi.

In tal senso, si possono ricordare le modifiche introdotte al codice antimafia dal decreto correttivo del 2014, al fine di perfezionare il meccanismo di funzionamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia⁽⁴²⁾ o garantire un collegamento con la disciplina del commissariamento straordinario delle imprese, regolato dal **D.L. n. 90/2014**⁽⁴³⁾; così come si possono richiamare le recenti innovazioni della **L. n. 161/2017**, che hanno realizzato un inedito coordinamento tra l'istituto del controllo giudiziario delle aziende e le interdittive antimafia⁽⁴⁴⁾.

In tale contesto, i margini di dubbio che si possono ancora profilare circa la rilevanza che assume la documentazione antimafia tardiva potrebbero essere superati con una più puntuale regolazione degli effetti delle misure di prevenzione in relazione al titolo giuridico acquisito dal privato.

Le cautele antimafia si trovano ormai in una "zona di snodo" dell'ordinamento, in cui si concentrano e sovrappongono svariate iniziative e strumenti di carattere giurisdizionale e/o amministrativo di contrasto alla criminalità economica e mafiosa, e necessitano, quindi, per assolvere alle proprie finalità nel quadro dei principi generali dello Stato di diritto, di una costante attenzione da parte del legislatore, in modo da ridurre gli ambiti giuridici di opacità. Le ripercussioni che presentano gli strumenti della prevenzione amministrativa sollecitano interventi normativi adeguati, volti a delineare un assetto per quanto possibile prevedibile e non contraddittorio, superando le comprensibili difficoltà ricostruttive ed incertezze interpretative di fronte ad un fenomeno nuovo - definito in altre occasioni come "diritto amministrativo dell'emergenza criminale" - in cui si assiste alla sperimentazione di inedite soluzioni giuridiche rispetto ai modelli tradizionali del diritto della sicurezza pubblica⁽⁴⁵⁾.

(1) Per un commento alle disposizioni del codice antimafia cfr., *ex multis*, B. Frattasi - S. Gambacurta, *La nuova disciplina della documentazione antimafia*, in A. Cisterna - M.V. De Simone - B. Frattasi - S. Gambacurta, *Commento al codice antimafia*, Rimini, 2011, 123 ss.; G. D'Angelo, *Per un diritto amministrativo dell'antimafia: considerazioni sul d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159*, in www.giustamm.it, 2012; R. Cantone, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in questa *Rivista*, 2013, 888 ss.; M. Immordino, *Gli appalti pubblici tra documentazione antimafia ed esigenze di efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 625 ss.; M. Mazzamuto, *Lo scettro alla prefettocrazia: l'indefinita pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della "filiera"*, in F. Manganaro - A. Romano Tassone - F. Saitta (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità. Atti del Convegno di Copanello 28-29 giugno 2013*, Torino, 2014, 177 ss.; Id., *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in www.giustamm.it, 2016; G. Armao, *Brevi considerazioni su informativa antimafia e rating di legalità ed aziendale nella prevenzione delle infiltrazioni criminali nei contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 2017; M. Noccelli, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia*, in *Foro amm.*, 2017, 2524 ss.; V. Berlingò, *Interdittive antimafia*, relazione presentata al XV Congresso Goiano de Direito Administrativo, Encontro Italo-Brasileiro de Pesquisas em Prevenção a Corrupção, 5-7 Novembro de 2018.

(2) Le comunicazioni antimafia presentano un contenuto vincolato, poiché il presupposto per la loro emissione consiste nell'attestazione della sussistenza, a carico di determinati soggetti, delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67, codice antimafia (misure di prevenzione personali definitive; sentenze di condanna definitive o confermate in grado di appello per uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.).

(3) Le informazioni antimafia presentano un contenuto discrezionale, dato che il prefetto, oltre ad accertare la presenza o meno delle cause di cui all'art. 67, codice antimafia, deve verificare l'esistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa, tendenti a condizionare le scelte o gli indirizzi della società o delle imprese interessate (art. 84, comma 1, codice antimafia): sul tema, *ex multis*, N. Durante, *Ambiti di discrezionalità in materia di documentazione antimafia per le imprese*, in www.giustizia-amministrativa.it.

(4) Così, Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

(5) In tal senso, già Cons. Stato, Sez. IV, 20 luglio 2016, n. 324.

(6) Un problema particolare ha riguardato, per esempio, l'applicabilità degli istituti della partecipazione procedimentale della [L. n. 241/1990](#) alla procedura di rilascio della documentazione antimafia: in senso negativo, Cons. Stato, Sez. VI, 23 giugno 2008, n. 3155; Cons. Stato, Sez. III, 28 ottobre 2016, n. 4555; Cons. Stato, Sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, in *Urb. e app.*, 2017, 2, 223 ss., con nota di P. Tonnara, *Informativa antimafia e discrezionalità del prefetto*.

(7) La Corte costituzionale ha sempre confermato la costituzionalità di questo modello eccezionale di prevenzione amministrativa in relazione alla gravità del pericolo arrecato dalla criminalità economico-mafiosa ai primari interessi costituzionali della comunità statale, alla luce delle limitazioni consentite al diritto di impresa [dall'art. 41 Cost.](#): Corte cost. 6 dicembre 1988, n. 1076, ord.; 22 febbraio 2010, n. 58, sent.; per una ricognizione generale della giurisprudenza costituzionale cfr. F. Caringella, *La normativa antimafia*, in R. De Nictolis (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, III, Milano, 2007, 52 ss.

(8) Si possono richiamare le osservazioni di G. Corso, *Processi costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in G. Fiandaca - S. Costantino, *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, 1986, 125 ss.; D. Petrini, *La prevenzione inutile*, Napoli, 1996, 200 ss.; recentemente F.G. Scoca, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in www.giustamm.it, 2013.

(9) Cedu, *Grande Chambre*, 23 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia*, che segna una discontinuità rispetto ai precedenti indirizzi giurisprudenziali; per un commento si rinvia, *ex multis*, a F.

Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017.

(10) Per gli eventuali riflessi sulla prevenzione amministrativa si veda G. Amirelli, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia 'generica' ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d.lgs. n. 159/2011?*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 ottobre 2017.

(11) La N.C. s.r.l. è la parte ricorrente nel procedimento per l'ottemperanza il cui ricorso la V sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'esame dell'Adunanza plenaria per risolvere possibili contrasti giurisprudenziali.

(12) Si vedano T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 14 maggio 2010, n. 6538, che ha annullato l'aggiudicazione dell'appalto a favore di un'altra ditta concorrente e condannato il Comune di Torraca al risarcimento del danno a favore della società N.C. s.r.l. ricorrente, e Cons. Stato, Sez. V, 16 agosto 2011, n. 4787, di conferma della pronuncia dei giudici di prime cure; inoltre, si devono richiamare, in sede di ottemperanza, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 26 settembre 2013, n. 1956, e Cons. Stato, Sez. V, 11 febbraio 2014, n. 644, di parziale riforma per la quantificazione del risarcimento del danno.

(13) L'interdittiva è stata adottata in data 19 luglio 2013.

(14) Si tratta della sent. Cons. Stato, Sez. V, n. 644 del 2014.

(15) In tal senso, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 28 aprile 2014, n. 2345, e Cons. Stato, Sez. III, 24 febbraio 2015, n. 923, le quali hanno riscontrato l'esistenza di un complesso quadro di elementi sintomatici del pericolo di infiltrazione mafiosa.

(16) Cons. Stato, Sez. V, n. 4787 del 2011.

(17) Nella sent. Cons. Stato, Sez. V, n. 1078 del 2016 si mette in rilievo come il fatto che le indagini relative al provvedimento prefettizio interdittivo del 19 luglio 2013 siano state avviate già nel 2007, non vada ritenuto di per sé determinante, non essendo emerse nel periodo tra il 2007 e il luglio del 2013 realtà giuridiche impeditive della partecipazione alla gara della N.C. S.r.l. o al riconoscimento delle sue ragioni nel 2011.

(18) In particolar modo, il principale problema ermeneutico che viene evidenziato richiede la precisazione della portata dell'art. 67, comma 1, lett. g), codice antimafia, che, nel delineare il catalogo delle limitazioni poste al destinatario delle misure di prevenzione personali, cui si correla la documentazione antimafia, sancisce l'impossibilità di ottenere "contributi, finanziamenti o mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali" (corsivo dell'autore).

(19) Si chiede formalmente se "osti a tale prospettazione il generale principio dell'intangibilità della cosa giudicata": al riguardo, la Sezione remittente ribadisce che non risulta assumere carattere preclusivo la sent. n. 1078 del 2016 che ha respinto il ricorso per revocazione proposto dal Comune di Torraca, in quanto la sua valenza non può che restare ragionevolmente limitata all'accertamento della sussistenza o meno del dedotto vizio revocatorio.

(20) Sul ruolo dell'Adunanza plenaria, si veda, *ex multis*, E. Follieri, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1237 ss.; nonché A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018, 333.

(21) Bisogna tenere presente, però, che con la modifica apportata all'art. 97, codice antimafia, dal D.Lgs. n. 153/2014, tra i soggetti che possono consultare la banca dati nazionale unica sono stati inseriti anche gli "ordini professionali": si veda M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., 14; inoltre, il D.Lgs. n. 153/2014 ha esteso l'efficacia dell'interdittiva delle informazioni antimafia alle autorizzazioni e, quindi, ai rapporti tra privati: cfr. M. Nocelli, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia*, cit., 2530.

(22) Si tratta della procedura di aggiornamento della documentazione antimafia, ai sensi dell'art. 91, comma 7, codice antimafia, e del Capo V, D.P.C.M. 30 ottobre 2014, n. 193, *Regolamento recante disposizioni concernenti le modalità di funzionamento, accesso, consultazione e collegamento con il CED, di cui all'articolo 8 della legge 1° aprile 1981, n. 121, della Banca dati*



nazionale unica della documentazione antimafia, istituita ai sensi dell'articolo 96 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

(23) In particolar modo, il Consiglio di Stato valorizza, sul piano argomentativo, la finalità del legislatore di impedire ogni attribuzione patrimoniale pubblica a favore di soggetti sottoposti ad infiltrazioni criminali.

(24) Cons. Stato, Ad. plen., 5 giugno 2012, n. 19 (indicata, per errore, nell'ordinanza di rimessione come n. 9): la fattispecie ha riguardato la mancata liquidazione degli indennizzi per l'abbattimento di capi bufalini per l'emergenza brucellosi in seguito all'adozione di un'informativa interdittiva, ai sensi dell'art. 4, D.Lgs. n. 490/1994, a carico della società interessata.

(25) Si tratta di una disposizione analoga, dal punto di vista testuale, a quella inserita nell'art. 67, codice antimafia.

(26) Secondo l'Adunanza plenaria del 2012, se la finalità della normativa antimafia è quella di escludere l'imprenditore, sospettato di essere passibile di infiltrazione criminale, dalla fruizione di benefici che presuppongono la partecipazione di un soggetto pubblico e l'utilizzo di risorse della collettività, non vi sono ragioni per limitare tale obiettivo solo alle erogazioni dirette ad "arricchirlo" e non anche a quelle dirette a parzialmente compensarlo di una perdita subita.

(27) L'Adunanza plenaria utilizza tale categoria in termini generici ed onnicomprensivi per indicare "il fatto, del tutto descrittivo, della imputazione dell'obbligazione ad un soggetto pubblico": cfr. V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 169; sul tema si vedano anche M.S. Giannini, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964; M. Gnes, *I privilegi dello Stato debitore*, Milano, 2012; S. Lucattini, *Lo Stato debitore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 977 ss.

(28) Occorre osservare, però, che nelle argomentazioni del Consiglio di Stato sarebbe stato opportuno precisare che le erogazioni pubbliche devono, comunque, essere connesse, in qualche modo, ad un'attività soggetta alla documentazione antimafia, non potendosi estendere questo principio alle ipotesi di obbligazioni che derivino, per esempio, da fatto illecito dell'amministrazione non collegato alle pretese dell'operatore economico di acquisire, *lato sensu*, risorse pubbliche.

(29) Difatti, i lavori di bonifica erano già stati completamente eseguiti dall'impresa aggiudicataria.

(30) Si tratta del divieto sancito dall'art. 94, comma 3, codice antimafia, nonché dall'art. 32, D.L. n. 90/2014.

(31) Secondo l'orientamento prevalente in dottrina, "il giudicato, su sentenza di annullamento di un provvedimento amministrativo, cade sull'accertamento di illegittimità dell'atto di esercizio del potere amministrativo ... e sempre nei limiti della domanda giudiziale": cfr. C. Cacciavillani, *Il giudicato*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 618; anche, G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 565, afferma che "non opera per il giudicato amministrativo il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile. Solo i motivi dedotti e accolti vincolano l'azione futura dell'amministrazione"; per un'impostazione intermedia, con esclusione dei vizi esistenti al tempo del giudizio, che non potevano essere considerati o che siano sorti successivamente, si vedano M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1996; A. Romano, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001, 900. Peraltro, come precisa ora l'art. 34, comma 2, c.p.a., "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati": cfr. C. Cacciavillani, *Il giudicato*, cit., 618.

(32) Si veda il combinato disposto degli artt. 67, comma 1, 83, comma 1, 88, comma 1 e 94, comma 1, codice antimafia: in base a quest'ultima disposizione, quando emerge una causa ostativa di cui all'art. 67 o un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui agli artt. 84, comma 4, e 91, comma 6, i soggetti pubblici, cui sono fornite le informazioni antimafia, "non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni": in tal senso, milita anche l'art. 80, comma 2, codice dei contratti pubblici.

(33) Per quanto riguarda la comunicazione, ai sensi dell'art. 88, comma 4 *bis*, codice antimafia, decorso il termine di 30 giorni per la consultazione della banca dati, le P.A. "procedono anche in

assenza della comunicazione antimafia, previa acquisizione dell'autocertificazione", di cui all'art. 89; per quanto concerne l'informazione antimafia, ai sensi dell'art. 92, comma 3, decorso il termine indicato dal comma 2, ovvero nei casi di urgenza immediatamente, i soggetti di cui all'art. 83, commi 1 e 2, "procedono anche in assenza di informazione antimafia".

(34) In riferimento al precedente regime giuridico, Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2010, n. 8224, ha chiarito che "in ogni caso, il mancato rispetto dei termini previsti per l'emissione delle informative prefettizie non si riverbera in illegittimità delle informative stesse e dei conseguenti provvedimenti degli enti richiedenti".

(35) Il codice antimafia prevede un doppio regime giuridico: con riguardo ai contributi, ai finanziamenti e alle agevolazioni e alle altre erogazioni di cui all'art. 67, viene sancito, ai sensi degli artt. 88, comma 4 *bis*, e 92, comma 3, che tali esborsi pubblici sono corrisposti "sotto condizione risolutiva"; invece, per le altre tipologie di atti, si prevede che, qualora la sussistenza di una causa di divieto ex art. 67, o l'esistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa ex art. 84, comma 4, siano accertati dopo l'emanazione dell'atto ampliativo o la stipula del contratto, i soggetti di cui all'art. 83, "revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti" (art. 94, comma 2).

(36) I giudici amministrativi hanno sancito che la possibilità di proseguire il rapporto dopo l'interdittiva va considerata come "ipotesi eccezionale": Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2013, n. 4467, con il commento di G. D'Angelo, *Il recesso del contratto da parte della stazione appaltante a seguito di un'informazione interdittiva*, in *Urb. e app.*, 2013, 1300 ss.

(37) Infatti, l'art. 80, comma 2, codice dei contratti pubblici, non si limita a prevedere tra i motivi di esclusione la sussistenza delle cause ostative e dei tentativi di infiltrazione mafiosa indicati dal codice antimafia, ma rinvia a sua volta agli artt. 88, comma 4 *bis*, e 92, commi 1 e 2, così da ribadire che le stazioni appaltanti possono concludere i contratti anche in assenza di comunicazioni o informazioni antimafia, fermo restando il potere di recesso o revoca in caso di documentazione antimafia tardiva: cfr. S. Vinti, *Art. 80*, in G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Vol. I, Torino, 2017, 960.

(38) Ai sensi dell'art. 92, codice antimafia, nel caso in cui "l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni o servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi", i soggetti di cui all'art. 83 non revocano le autorizzazioni e le concessioni o non recedono dai contratti; però, la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato che, nel rinnovato quadro normativo di riferimento, dal combinato disposto dei commi 2 e 3, art. 94, codice antimafia, è agevole desumere che la facoltà di continuare il rapporto rimane pur sempre "ipotesi remota e residuale, e dunque consentita al solo fine di tutelare l'interesse pubblico attraverso una valutazione di convenienza in relazione a circostanze particolari, quali il tempo dell'esecuzione del contratto o la sua natura, o la difficoltà di trovare un nuovo contraente, se la causa di decadenza sopravviene ad esecuzione ampiamente inoltrata": cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 197 del 2012; secondo T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 6 febbraio 2014, n. 860, la stazione appaltante "può limitarsi a richiamare l'informativa nella decisione di risolvere il contratto, senza addurre particolari ragioni, mentre ha il dovere di motivare adeguatamente nel caso di prosecuzione del rapporto, qualora l'interesse pubblico alla completa esecuzione del contratto è così pregnante da legittimare un'impresa sospetta".

(39) Per esempio, Cons. Stato, Ad. plen., 31 luglio 2014, n. 17, ord., precisa, sia pure *incidenter tantum*, che l'art. 94, codice antimafia, "impone a tutte le pubbliche amministrazioni che ricevono l'informativa di revocare le autorizzazioni e le concessioni oppure di recedere del contratto"; secondo F. Luciani, *Informazione antimafia e poteri di autotutela dell'amministrazione appaltante*, in *www.giustamm.it*, 2014, 6, anche nel precedente assetto normativo l'annullamento dell'aggiudicazione per effetto di interdittive postume era già considerato un potere vincolato dal giudice amministrativo.

(40) La giurisprudenza amministrata tradizionalmente ritiene che le sopravvenienze di diritto e di fatto possano incidere anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, sui profili dell'attività amministrativa che non siano vincolati dalla sentenza: Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569; in Cons. Stato, Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11, è stato puntualizzato che la discriminante sarebbe da individuare nella notificazione della sentenza passata in giudicato:



le sopravvivenze precedenti condizionerebbero tendenzialmente anche gli obblighi di esecuzione della P.A., mentre quelle successive di regola avrebbero rilevanza sulle vicende dei rapporti di durata: cfr. anche A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 380; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, 2017, 1026 sottolinea che Ad. plen. n. 11 del 2016 "ha statuito che il giudicato non può incidere su quei tratti di attività lasciati impregiudicati dalla stessa statuizione e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi".

(41) Ai sensi dell'art. 94, comma 2, codice antimafia, in caso di revoca o di recesso, viene fatto salvo il pagamento delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

(42) [D.Lgs. 13 ottobre 2014, n. 153](#), che ha modificato soprattutto gli articoli di cui al Capo V, Titolo II, codice antimafia: cfr. M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., 9; tale disciplina è stata completata dal regolamento approvato con il [D.P.C.M. n. 193/2014](#): si rinvia a N. Gullo, *Il regolamento per il funzionamento della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia*, in questa Rivista, 2015, 4, 476 ss.

(43) Il [D.Lgs. n. 153/2014](#) ha inserito il comma 2 bis nell'art. 92, codice antimafia: cfr. F. Nugnes, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici. Principali asprezze critiche dell'istituto*, in *Dir. econ.*, 2017, 137 ss.

(44) La legge di riforma del 2017 ha introdotto l'art. 34 bis, con cui ha potenziato questa particolare misura di prevenzione stabilendo un rapporto più chiaro con le interdittive: cfr. G. Tona, C. Visconti, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in *Legisl. Pen.*, 14 febbraio 2018.

(45) Il senso di questa trasformazione è stato precisato, in termini generali, in N. Gullo, *La prevenzione della corruzione nel sistema amministrativo: impulsi del diritto europeo e tendenze evolutive della legislazione italiana*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 988 ss.; nonché Id., *Emergenza criminale e diritto amministrativo*, Napoli, 2017, 134 ss.

ATTI NON IMPUGNABILI CON

IL RICORSO STRAORDINARIO AL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA E CON IL RICORSO AL PRESIDENTE DELLA REGIONE SICILIA E DELLA PROVINCIA DI BOLZANO

di Maurizio De Paolis - Presidente dell'Associazione Romana di Studi Giuridici

[D.Lgs. 02-07-2010, n. 104, Art. 7](#)

Il ricorso straordinario al Capo dello Stato rappresenta uno strumento messo a disposizione del cittadino per tutelare i propri interessi lesi da provvedimenti amministrativi illegittimi adottati in ambiti eterogeni tra di loro che investono in modo particolare le Autonomie locali chiamate a svolgere attività "in prima linea" per l'erogazione di una pluralità di servizi a favore delle utenze private, persone fisiche e giuridiche, con connotazioni particolari per la Regione Sicilia e per la Provincia autonoma di Bolzano e con limitazioni che investono le tre tipologie di ricorsi amministrativi.

Sommario: [Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica](#) - Atti amministrativi di materie devolute alla giurisdizione della Corte dei conti - Atti amministrativi di materie devolute alla giurisdizione del giudice tributario - Atti amministrativi di materie devolute alla giurisdizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche - Diniego di accesso ai documenti amministrativi - Provvedimenti del commissario ad acta, atti esecutivi di sentenze penali e di sanzioni pecuniarie - L'espulsione di cittadini stranieri e il diniego dello status di rifugiato politico - Atti relativi al contenzioso elettorale - Il silenzio rifiuto - Il ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana - Oggetto - Il ricorso straordinario e gli atti amministrativi della Provincia di Bolzano

[Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica](#)

Il ricorso straordinario al Capo dello Stato contribuisce a integrare e a completare il complesso quadro degli strumenti di cui dispone il cittadino per tutelarsi dalle condotte illegittime della PA⁽¹⁾. Il procedimento amministrativo, che connota tale gravame, assicura alle parti elevate garanzie di imparzialità e di indipendenza, non inferiori a quelle che si possono riscontare in sede giurisdizionale⁽²⁾.

Si tratta di un rimedio sostanzialmente giurisdizionale riconosciuto come tale dalla Corte costituzionale⁽³⁾ e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁽⁴⁾ che si articola in un giudizio in grado unico⁽⁵⁾.

L'art. 7, comma 8, dell'Allegato 1 al D.Lgs. n. 104 del 2010 statuisce che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è ammesso esclusivamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa⁽⁶⁾.

Atti amministrativi di materie devolute alla giurisdizione della Corte dei conti

È inammissibile il ricorso straordinario nei confronti di atti connessi alla **materia pensionistica** che rientra nella competenza esclusiva della Corte dei conti trovando integrale applicazione la preclusione del ricorso straordinario nei confronti di provvedimenti devoluti alla cognizione di organi giurisdizionali speciali⁽⁷⁾.

Atti amministrativi di materie devolute alla giurisdizione del giudice tributario

Analogo discorso deve essere fatto per atti riguardanti le controversie rientranti nell'alveo naturale delle **commissioni tributarie**⁽⁸⁾.

La questione potrebbe presentarsi in una nuova prospettiva dopo l'entrata in vigore dell'art. 7, comma 4, Legge 27 luglio 2000, n. 212, secondo cui la natura tributaria dell'atto non è di ostacolo alla proposizione del ricorso agli organi della giustizia amministrativa quando ne ricorrano i presupposti.

Infatti, l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, in sede di esame della normativa di attuazione dello Statuto del contribuente, aveva "suggerito" di inserire una specifica disposizione riguardante la possibilità di impugnare gli atti tributari definitivi mediante ricorso straordinario⁽⁹⁾, suggerimento non raccolto dal Governo e, quindi, non compreso nel D.Lgs. 26 gennaio 2001, n. 32.

In ogni caso, tenendo in considerazione proprio la menzionata disposizione normativa incardinata nella Legge n. 212 del 2001, si è ritenuto proponibile il ricorso straordinario al Capo dello Stato nella materia tributaria ogni volta che il provvedimento risulti definitivo e quindi nel rispetto delle regole generali di cui all'art. 8, D.P.R. n. 1199 del 1971⁽¹⁰⁾.

Siccome l'art. 7, comma 4, Legge 27 luglio 2000, n. 212 non ha introdotto una giurisdizione concorrente con quella delle Commissioni tributarie, si deve ritenere inammissibile il ricorso straordinario proposto contro la **cartella esattoriale** scaturente dall'iscrizione a ruolo di tributi in quanto atto per il quale viene espressamente prevista l'impugnazione davanti alle Commissioni tributarie, provinciali e regionali⁽¹¹⁾.

Atti amministrativi di materie devolute alla giurisdizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche

Anche per le materie di competenza del Tribunale superiore delle acque pubbliche⁽¹²⁾ e dei Tribunali regionali delle acque pubbliche⁽¹³⁾ è improponibile il ricorso straordinario in quanto la vigente legislazione le annovera tra le categorie attribuite ai giudici speciali⁽¹⁴⁾.

Diniego di accesso ai documenti amministrativi

Qualora la PA opponga un illegittimo diniego alla domanda formulata dal cittadino per visionare o estrarre copia di documenti, è improponibile il ricorso straordinario, in quanto l'art. 25, Legge 7 agosto 1990, n. 241 prevede espressamente la competenza del giudice amministrativo, con l'applicazione di regole procedurali nella sostanza diverse da quelle di carattere generale⁽¹⁵⁾.

Si tratta di una norma speciale che esprime la volontà del legislatore di fornire a tale contenzioso esclusivamente una tutela giurisdizionale garantendo alla parte termini celeri rispetto a quelli più lunghi previsti ad es. per la proposizione del ricorso straordinario (120 giorni)⁽¹⁶⁾.

Inoltre, la decisione di accertamento positivo del diritto di accesso è portatrice di un ordine di esibire i documenti rivolto all'Amministrazione. Tale ordine sembra incompatibile con il carattere esclusivamente impugnatorio del ricorso straordinario dal quale possono discendere solo decisioni di annullamento.

Provvedimenti del commissario ad acta, atti esecutivi di sentenze penali e di sanzioni pecuniarie

Sussiste la competenza del giudice dell'ottemperanza a conoscere gli atti posti in essere dal commissario *ad acta* in quanto i poteri che vengono esercitati da tale suo ausiliario sono stati delegati dal predetto giudice e non dall'Amministrazione inadempiente⁽¹⁷⁾. Si tratta di atti giurisdizionali e, come tali, non impugnabili con il ricorso straordinario al Capodello Stato⁽¹⁸⁾.



Parimenti, è inammissibile il ricorso straordinario avverso un **atto sanzionatorio** disposto per dare **esecuzione** ad una **sentenza penale di condanna divenuta inoppugnabile** qualora il provvedimento amministrativo non risulti essere tale sotto il profilo soggettivo e oggettivo⁽¹⁹⁾.

Anche le opposizioni a **sanzioni pecuniarie amministrative** comminate attraverso un'ordinanza-ingiunzione di pagamento non possono essere impugnate con il ricorso straordinario⁽²⁰⁾. Inoltre, è stato ritenuto inammissibile il ricorso straordinario proposto nei confronti di una sanzione pecuniaria conseguente all'emissione di un **assegno bancario privo di provvista** in quanto la disciplina generale degli illeciti amministrativi e la normativa riguardante la competenza e le funzioni del giudice di pace sono concordanti nel definire, in maniera di depenalizzazione, una giurisdizione soggetta ad uno speciale procedimento⁽²¹⁾.

Allo stesso modo, è stato considerato improponibile il ricorso straordinario al Capo dello Stato nella materia riguardante le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate per **violazione del codice della strada**, in quanto sussiste una competenza speciale che gli artt. 22 e 23, **Legge 24 novembre 1981, n. 689** attribuiscono al giudice ordinario indicando anche una particolare procedura⁽²²⁾.

L'espulsione di cittadini stranieri e il diniego dello status di rifugiato politico

È stato dichiarato inammissibile il ricorso straordinario riguardante il decreto di **espulsione di un cittadino straniero** in quanto la competenza è del giudice ordinario⁽²³⁾.

Parimenti avverso la decisione di **diniego dello status di rifugiato politico** competente è il giudice ordinario; infatti, è possibile esperire il ricorso al Tribunale civile territorialmente competente; pertanto, è inammissibile il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica⁽²⁴⁾. È devoluta alla giurisdizione amministrativa la controversia avente come oggetto il provvedimento del questore di **respingimento con accompagnamento alla frontiera**; pertanto, ai sensi dell'art. 7, comma 8, **D.Lgs. n. 104/2010** è ammissibile, una volta esperito il ricorso gerarchico al prefetto, il ricorso straordinario al Capo dello Stato⁽²⁵⁾.

Atti relativi al contenzioso elettorale

Con l'entrata in vigore del Codice della giustizia amministrativa si è chiarito che gli atti inerenti alle operazioni elettorali relativi alle **elezioni comunali, provinciali e regionali** Repubblica⁽²⁶⁾.

Analoga preclusione sussiste per le **operazioni elettorali del Parlamento europeo**; infatti, l'art. 128, **D.Lgs. n. 104 del 2010**, esclude esplicitamente il ricorso straordinario nella materia di cui al Titolo sesto del Codice concernente il contenzioso sulle operazioni elettorali.

Siccome il citato Titolo si struttura su tre Capi e nel terzo compaiono anche le operazioni elettorali per il Parlamento europeo, evidentemente, il ricorso straordinario non è proponibile per siffatta tipologia di elezioni. Del resto, già in precedenza la giurisprudenza aveva ritenuto inammissibile il ricorso straordinario proposto avverso il provvedimento adottato dall'ufficio elettorale centrale nazionale in occasione delle elezioni politiche dell'anno 2001 che non aveva ammesso una lista elettorale al riparto proporzionale dei seggi della Camera dei deputati⁽²⁷⁾.

Infatti, l'art. 66 **Cost.** attribuisce al Senato della Repubblica e alla Camera dei deputati il giudizio sui titoli di ammissione dei propri componenti sulla base di una consolidata prassi parlamentare e di una serie di disposizioni regolamentari che coprono anche l'accertamento di legittimità delle operazioni elettorali e delle successive proclamazioni degli eletti da parte dei competenti uffici previa verifica dei requisiti di eleggibilità e della compatibilità all'esercizio del mandato parlamentare. In tal modo resta precluso ogni sindacato alternativo, concorrente o successivo, da parte di qualsiasi autorità giurisdizionale, ordinaria o amministrativa.

Il silenzio rifiuto

Il silenzio rifiuto della PA può essere impugnato anche mediante il ricorso straordinario al Capo dello Stato pur in assenza di uno specifico atto amministrativo definitivo non potendo essere di ostacolo la specialità del rito, in particolare il fatto che l'impugnativa del silenzio rifiuto sia caratterizzata da una cognizione limitata all'accertamento dell'obbligo della PA di provvedere e dalla possibilità per il giudice amministrativo di sostituirsi alle valutazioni che competono alla stessa amministrazione, poiché i predetti limiti sui poteri di cognizione e decisorio ben possono trovare attuazione anche in sede di decisione del ricorso straordinario⁽²⁸⁾.

Il ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana

In Sicilia è stato istituito uno speciale organo di giustizia amministrativa: il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana. Il Consiglio è previsto dall'art. 23, [Legge cost. 26 febbraio 1948, n. 2](#) (Statuto speciale per la Regione Sicilia) come organo decentrato del Consiglio di Stato.

Le sue funzioni sono consultive e giurisdizionali; tra le prime rientra la formazione dei pareri sui ricorsi straordinari avanzati al Presidente della Regione.

Il parere sui ricorsi straordinari è dato dal Consiglio di giustizia con l'intervento dei suoi componenti in sede consultiva e in sede giurisdizionale; per la validità dell'adunanza della Sezione consultiva è necessaria la presenza di almeno nove componenti.

Inoltre, vengono sottoposti al suo parere gli atti emanati dall'Amministrazione regionale siciliana nei casi in cui le leggi vigenti richiedono il parere del Consiglio di Stato.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede consultiva è composto da due consiglieri di Stato, quattro giuristi scelti tra professori di diritto nelle università e avvocati abilitati al patrocinio davanti a giurisdizioni superiori, i quali non possono esercitare la professione forense dinanzi alle giurisdizioni amministrative per tutta la durata della carica.

La funzione di Presidente della Sezione consultiva compete al Presidente di sezione del Consiglio di Stato, che è anche il Presidente del Consiglio di giustizia.

Il ricorso al Presidente della Regione Sicilia viene deciso dallo stesso Presidente sulla base di un'attività istruttoria svolta dal competente assessorato previo parere del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana. Il Presidente della Regione Sicilia può decidere il ricorso straordinario in maniera difforme al parere del Consiglio di giustizia amministrativa ai sensi dell'art. 9, [comma 5, D.Lgs. 24 dicembre 2003, n. 373](#), che non può ritenersi tacitamente abrogato per sopravvenuta incompatibilità con l'art. 69, [Legge 18 giugno 2009, n. 69](#)⁽²⁹⁾.

Oggetto

Oggetto del ricorso straordinario diretto al Presidente della Regione Sicilia sono gli atti amministrativi emanati dagli organi regionali o da organi dipendenti, controllati o vigilati dalla regione Sicilia ivi compresi quelli degli Enti locali⁽³⁰⁾.

Deve ritenersi inammissibile il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica con il quale il ricorrente abbia impugnato un atto amministrativo della Regione Sicilia in quanto l'autorità competente ad emettere la decisione è il Presidente della Regione Sicilia sulla base del parere emesso dalla sezione consultiva del Consiglio di giustizia amministrativa di Palermo⁽³¹⁾.

Su un caso analogo al precedente si è generato un conflitto di giurisprudenza tra il Consiglio di Stato e il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana quando la seconda sezione consultiva di Palazzo Spada, ritenendo inammissibile il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto avverso un provvedimento con effetti giuridici circoscritti al territorio della Regione Sicilia⁽³²⁾, ha concesso al ricorrente la rimessione in termini per errore scusabile, onde consentirgli di ripresentare il gravame al Presidente della Regione Sicilia.

Il Consiglio di giustizia di Palermo, all'esito dell'esame del nuovo ricorso, non ha condiviso la decisione presa dalla Seconda Sezione consultiva del Consiglio di Stato sostenendo che l'atto impugnato non aveva natura regionale, né sotto il profilo soggettivo, né sotto quello oggettivo.

Di conseguenza, è dovuta intervenire l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato che ha deciso per l'impugnabilità dell'atto in questione attraverso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica trattandosi di materia di carattere statale e non regionale, ritenendo del tutto irrilevante la circostanza che il provvedimento fosse stato adottato nel territorio della Regione Sicilia⁽³³⁾.

Da ultimo, è stato dichiarato inammissibile il ricorso al Presidente della Regione siciliana avente come oggetto un atto regionale applicativo di un regolamento statale, destinato ad esplicare la sua efficacia su tutto il territorio nazionale⁽³⁴⁾.

È ammissibile l'impugnazione, in sede giurisdizionale, del decreto del Presidente della Regione Sicilia decisorio del ricorso straordinario, da parte del controinteressato in senso sostanziale a cui non sia stato originariamente notificato il ricorso amministrativo.

Infatti, la regola dell'alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale opera nei soli confronti dei controinteressati che abbiano ricevuto la notifica del gravame e nulla abbiano

ritenuto di opporre alla loro evocazione in sede straordinaria, rinunciando, in tal modo, a far trasporre il ricorso in sede giurisdizionale⁽³⁵⁾.

Il ricorso straordinario e gli atti amministrativi della Provincia di Bolzano

L'art. 7, ultimo comma, D.P.R. 6 aprile 1984, n. 426, recante norme di attuazione dello Statuto speciale per la Regione Trentino - Alto Adige concernenti l'istituzione del Tribunale Amministrativo Regionale di Trento e della sezione autonoma di Bolzano, stabilisce che, nelle materie di competenza della sezione autonoma di Bolzano, non è ammesso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Sulla base delle predette disposizioni è inammissibile il ricorso straordinario al Capo dello Stato proposto avverso il provvedimento di un Ente locale sito nel territorio della Provincia di Bolzano in quanto si tratta di un atto rientrante nella competenza della Sezione autonoma di Bolzano ex art. 3, comma 2, n. 1, D.P.R. n. 426 del 1984⁽³⁶⁾.

(1) G.P. Cirillo, *Diritto processuale amministrativo*, Capitolo XLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Torino, 2017.

(2) Cons. Stato, sez. III, 24 novembre 2015, n. 5341; A. Carbone, "Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione", in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2015, pag. 54.

(3) F. Gaffuri, "La Consulta afferma la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato", in *Urbanistica e appalti*, 7/2014, pag. 758 nota alla sentenza Corte costituzionale, 2 aprile 2015, n. 73.

(4) P. Gotti, "L'Adunanza Plenaria si pronuncia sulla natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato e sul giudice competente per l'ottemperanza alla decisione presidenziale di accoglimento", in *Foro amm.*, 2014, 1, pag. 11, nota alla sentenza Cons. Stato, Adunanza Plenaria 6 maggio 2013, n. 9.

(5) A. Masaracchia, "Un vero giudizio semplificato in grado unico caratterizzato dalle garanzie dei procedimenti", in *Guida al diritto. Il Sole 24 Ore settimanale*, 2013, 22, pag. 84.

(6) Corte cost., 2 aprile 2014, n. 73.

(7) Cons. Stato, sez. III, 15 dicembre 1998, n. 669; Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 1997, n. 201.

(8) Cons. Stato, sez. III, 3 giugno 2003, n. 2857: ha escluso l'ammissibilità del ricorso straordinario relativo alla trattenuta IRPEF su somme corrisposte tardivamente ad un pubblico dipendente; Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 1997, n. 703; Cons. Stato, sez. III, 30 aprile 1996, n. 567.

(9) Cons. Stato, A.G., 22 gennaio 2001, n. 1.

(10) Cons. Stato, sez. III, 12 febbraio 2002, n. 1875.

(11) Cons. Stato, sez. III, 6 maggio 2003, n. 1403.

(12) Cons. Stato, sez. I, 24 novembre 1999, n. 929.

(13) Cons. Stato, sez. I, 21 gennaio 2004, n. 5600: ha ritenuto inammissibile il ricorso straordinario relativo ad un'ordinanza sindacale concernente la sistemazione di acque fluviali pubbliche per prevenire fenomeni alluvionali, in quanto controversia riconducibile nella giurisdizione dei Tribunali regionali delle acque pubbliche.

(14) Cons. Stato, sez. V, 3 luglio 2018, n. 4660; Cass., SS.UU., 31 luglio 2017, n. 18977; Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2016, n. 3055; Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2018, n. 2902; Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, 17 giugno 1987, n. 185.

(15) Cons. Stato, sez. IV, 29 ottobre 2011, n. 5636; Cons. Stato, sez. I, 29 marzo 2000, n. 189; Cons. Stato, sez. III, 9 giugno 1998, n. 32; Cons. Stato, sez. II, 18 giugno 1997, n. 521; Cons. Stato, A.G., 2 giugno 1994, n. 159.



(16) TAR Marche, 18 settembre 2015, n. 668; TAR Lombardia, sez. III, 18 aprile 2015, n. 918; TAR Lazio Roma, sez. II-quater, 2 marzo 2015, n. 3442; Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2013, n. 4354.

(17) Art. 21, D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104. TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 giugno 2008, n. 5757; Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 2004, n. 8275; Cass., SS.UU., 8 ottobre 2004, n. 20023.

(18) Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2000, n. 1773.

(19) Cons. Stato, sez. III, 4 giugno 2002, n. 1414.

(20) Cons. Stato, sez. 10 maggio 2000, n. 675.

(21) Cons. Stato, sez. I, 12 marzo 2003, n. 638.

(22) Cons. Stato, sez. I, 17 dicembre 2003, n. 4536.

(23) Cons. Stato, sez. I, 30 aprile 2003, n. 1335.

(24) Cons. Stato, sez. I, 15 dicembre 2010, n. 3340.

(25) Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2011, n. 571.

(26) Art. 128, D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, TAR Lazio, Roma, 23 febbraio 2017, n. 2765.

(27) Cons. Stato, sez. I, 19 settembre 2001, n. 886.

(28) Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2010, n. 1240; Cons. Stato, Commissione speciale 22 aprile 2002, n. 502.

(29) TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 17 dicembre 2010, n. 14329.

(30) Cons. Stato, sez. I, 21 ottobre 2010, n. 1499. G. Palmieri, "Sugli atti impugnabili con ricorso straordinario al Presidente della regione siciliana", in *L'amministrazione italiana*, 1975, 4, pagg. 516-531.

(31) Cons. Stato, sez. I, 21 ottobre 2010, n. 1499; Cons. Stato, sez. I, 31 ottobre 2001, n. 908.

(32) Nella fattispecie il provvedimento amministrativo oggetto del ricorso era una sanzione disciplinare irrogata dall'Università di Catania nei confronti di un proprio docente.

(33) Cons. Stato, A.G., 17 ottobre 2002, n. 8.

(34) Cons. Stato, sez. I, 24 settembre 2003, n. 2907.

(35) Cons. Stato, A.P., 27 giugno 2006, n. 9.

(36) Cons. Stato, sez. III, 20 aprile 2004, n. 2512; Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2003, n. 832.

DALL'ESECUZIONE CIVILE ALL'OTTEMPERANZA AMMINISTRATIVA?

BRUNO CAPPONI - *Professore ordinario nell'università Luiss Guido Carli*

c.c. art. 2929-bis

c.p.c. art. 474

c.p.c. art. 512

c.p.c. art. 549

c.p.c. art. 614-bis

Alla luce di orientamenti e modifiche normative recenti, il saggio si propone di verificare se taluni principi fondamentali dell'esecuzione forzata siano tuttora accolti - il riferimento, in particolare, è al principio secondo cui il titolo esecutivo è barriera tra la cognizione e l'esecuzione; al principio secondo cui il giudice dell'esecuzione attua diritti certi ma non accerta diritti; al principio secondo cui le esigenze cognitive interne all'esecuzione sono soddisfatte nella sede separata ed eventuale delle opposizioni - o se l'esecuzione civile si stia gradatamente trasformando in un processo di natura mista, per ciò simile all'ottemperanza amministrativa, in cui le esigenze e le finalità esecutive finiscono per convivere con quelle strettamente cognitive.

SOMMARIO: 1. I principi fondamentali del processo espropriativo secondo gli insegnamenti tradizionali. - 2. Crisi del principio secondo cui il titolo esecutivo è barriera tra la cognizione e l'esecuzione. - 3. Crisi del principio secondo cui il giudice dell'esecuzione attua diritti certi, ma non accerta diritti. - 4. Crisi del principio secondo cui le esigenze cognitive interne all'esecuzione sono soddisfatte nella sede separata ed eventuale delle opposizioni. - 5. L'eterointegrazione del titolo esecutivo giudiziale. - 6. La prospettiva dell'ottemperanza amministrativa.

1. - Agli studiosi della mia generazione venivano impartiti almeno tre fondamentali insegnamenti: il titolo esecutivo è barriera (o argine) tra la cognizione e l'esecuzione⁽¹⁾; il giudice dell'esecuzione attua diritti certi, ma non accerta diritti⁽²⁾; le esigenze cognitive «interne» o che comunque derivano dall'esecuzione non hanno cittadinanza nel processo esecutivo, dovendo essere soddisfatte nella sede separata ed eventuale delle opposizioni⁽³⁾.

Attorno a questi tre basilari principi ruotava l'intera esperienza del processo, sebbene si fosse disposti a riconoscere che l'esecuzione, in sé, era ben più che meccanica trasposizione di un programma interamente contenuto nel titolo esecutivo⁽⁴⁾; e ciò valeva soprattutto per il processo di espropriazione, che doveva coniugare il requisito della «certezza» dei diritti in concorso con la possibilità dell'intervento di creditori sforniti di titolo esecutivo⁽⁵⁾. Problema che, nonostante le tre riforme del 2005-2006⁽⁶⁾, continua ad attirare l'attenzione di giovani studiosi⁽⁷⁾: a miglior dimostrazione del fatto che esso è ben lungi dall'esser stato risolto.

Esaminando l'esperienza degli ultimi dieci anni, vuoi in conseguenza della disordinata raffica di riforme che hanno interessato il Libro III del c.p.c.⁽⁸⁾, vuoi per il consolidarsi di orientamenti giurisprudenziali innovativi, sembra giusto nutrire più d'un dubbio sulla permanente vigenza dei nostri tre basilari principi.

È quindi lecito chiedersi se l'esecuzione forzata non si stia trasformando sotto i nostri occhi, e verso quale possibile alternativo modello.

2. - Il titolo esecutivo giudiziale, come qualsiasi altro atto giuridico, può essere oggetto di un più o meno sofisticato procedimento interpretativo o, se si preferisce, di «traduzione» nei termini funzionali utili al fine specifico dell'esecuzione. Non è di questo fenomeno che intendiamo occuparci.

Interessa invece mettere a fuoco il diverso fenomeno che è dato osservare allorché la legittimazione all'esecuzione forzata e, in particolare, i requisiti di «certezza» e «liquidità» che l'art. 474 c.p.c. riferisce al diritto, in virtù del quale l'esecuzione può aver luogo, derivino da condizioni complesse tra le quali il titolo esecutivo riveste un ruolo sì centrale, ma non (o non più) esclusivo. Possiamo forse parlare di «contaminazione» del titolo esecutivo, in taluni casi destinato a perdere le sue caratteristiche di autonomia e astrattezza per acquisire, in combinazione con l'atto di precetto, un ruolo di raccordo tra l'esecuzione e la cognizione.

Il primo esempio è dato dall'*astreinte*. L'art. 614 *bis*, comma 1°, c.p.c., qualifica «titolo esecutivo» la condanna supplementare («in futuro» o «condizionale») in cui essa si risolve: in conseguenza, l'avente diritto (con possibilità per l'intimato di opporsi ex art. 615 c.p.c.) potrà direttamente precettare la controparte inadempiente sulla base di un'autoliquidazione, effettuata nel rispetto dei criteri indicati nel titolo (numero delle violazioni, tempo, durata, etc.). Ciò significa che i requisiti di certezza e liquidità del diritto, che nell'esecuzione dovrà tutelarsi allorché l'*astreinte* da «minaccia» diviene «sanzione»⁽⁹⁾, derivano non soltanto dal titolo esecutivo - come in generale dev'essere, stanti la sua autonomia e astrattezza - ma anche da una dichiarazione che la parte precettante opera, sia pure e beninteso nel rispetto dei criteri risultanti dal titolo, con riferimento a eventi successivi alla sua formazione⁽¹⁰⁾.

È vero che nel precetto è sempre contenuta la domanda esecutiva⁽¹¹⁾ e che tale domanda può non ripetere esattamente, per oggetto ed estensione, il preciso diritto rappresentato nel titolo⁽¹²⁾; ma è anche vero che, di norma, il diritto che si sottopone a esecuzione viene definito interamente dal titolo, in relazione a circostanze tutte anteriori alla sua formazione⁽¹³⁾. Non si dubita quindi che l'*astreinte* configuri una «condanna in futuro», i cui criteri sono indicati nel titolo (certezza) mentre le singole applicazioni (liquidità) derivano da eventi futuri e incerti, che nell'esecuzione saranno di necessità rappresentati da una dichiarazione del creditore contenuta nell'atto di precetto (o, in corso d'esecuzione, anche in successivi atti d'intervento). Tali dichiarazioni finiscono per «integrare» i requisiti del diritto per cui si agisce nell'esecuzione; con la conseguenza che la sua definizione non è opera soltanto del titolo bensì diviene una combinazione, più o meno articolata, tra quanto risulta nel titolo e ciò che, sempre sulla base del titolo, allega il precettante.

Un secondo esempio è quello dei «crediti di mantenimento» specie con riguardo ai figli minori, allorché il titolo (es., verbale di separazione) stabilisca una certa misura di ripartizione tra i coniugi, senza tuttavia poter prevedere nel dettaglio l'oggetto e la quantità degli impegni economici futuri (per l'istruzione, per spese mediche o altro). Sulla questione, che ha un'evidente



portata pratica, si sono formati nel tempo due diversi orientamenti giurisprudenziali: uno «rigoroso», secondo cui il verbale di separazione non può costituire titolo esecutivo per il pagamento degli oneri di mantenimento della prole successivamente maturati, se non accertati e quantificati con altro titolo giudiziale; e un secondo orientamento «liberale», secondo cui il verbale può sempre costituire valido titolo esecutivo purché il precettante «produca», ai fini esecutivi, la documentazione giustificativa degli esborsi sostenuti dopo la formazione del titolo.

La Corte di cassazione, opportunamente, ha infine stabilito che il provvedimento col quale, in sede di separazione, si stabilisce che il genitore non affidatario paghi *pro quota* le spese ordinarie per il mantenimento dei figli costituisce idoneo titolo esecutivo per il futuro, senza necessità di un ulteriore intervento del giudice in sede di cognizione: ma ciò soltanto a condizione che il genitore creditore «possa allegare e documentare l'effettiva sopravvenienza degli esborsi indicati nel titolo e la relativa entità»⁽¹⁴⁾. Tali «allegazione e documentazione» vanno compiute nell'atto di precetto (che così risponde alla sua finalità di *precisare* la domanda esecutiva attualizzandola sulla base dei criteri contenuti nel titolo esecutivo, valendo però anche a *documentare* cioè a *provare* il fondamento del diritto ai fini esecutivi) e non già nel successivo, del resto soltanto eventuale, giudizio di opposizione all'esecuzione: ciò per l'ovvia considerazione che il debitore dev'esser messo in condizioni di verificare, senza dover svolgere un'opposizione di merito meramente esplorativa, la correttezza delle somme indicate nell'atto di precetto⁽¹⁵⁾. Siamo evidentemente al di fuori d'una rigorosa lettura del triplice requisito ex art. 474 c.p.c., specie quanto alla «liquidità»; ma si tratta di soluzione indispensabile, perché in caso contrario il creditore del mantenimento sarebbe costretto a rivolgersi al giudice della cognizione per ogni spesa futura, al fine di ottenere un provvedimento non decisorio ma ricognitivo, con sola funzione accertativo-liquidativa. Qui l'atto di precetto, che ha funzioni più complesse dell'ordinario, svolge anche il ruolo di *provocatio ad opponendum*, perché il titolo esecutivo legittima la richiesta della quota parte delle spese «documentate» e l'obbligato, ove intenda contestarne l'esistenza o la misura, dovrà appunto opporsi all'esecuzione, con una inversione processuale dei ruoli che molto da vicino ricorda il dispositivo dell'opposizione a decreto ingiuntivo.

Ciò che nell'*astreinte* è mera dichiarazione del precettante, nella tutela dei crediti di mantenimento - anch'essa una condanna in futuro - diventa operazione più complessa e di genere più riconoscibilmente «cognitivo», trattandosi di «allegare e *documentare*» il diritto a tutela del quale volta per volta si agisce. In entrambi i casi, l'attualizzazione del «comando» contenuto nel titolo avviene con riferimento a eventi che il titolo prefigura, ma non può identificare nel dettaglio. Il titolo esecutivo non è autonomo e astratto rispetto alla situazione tutelata, ma viene integrato e dettagliato proprio dalle evoluzioni di quella situazione (le «sopravvenienze»), che entrano a far parte della complessiva situazione legittimante l'azione esecutiva.

La novità dirompente è però stata altra.

Una vera e propria svolta s'è infatti compiuta con l'art. 2929 *bis* c.c.: si vuole qui che il creditore anteriore, il cui debitore abbia posto in essere «a titolo gratuito» atti negoziali di alienazione o determinanti vincoli di indisponibilità su beni immobili o mobili registrati, possa sempre aggredire «direttamente» tali beni - bypassando l'atto pregiudizievole - purché entro l'anno dalla trascrizione di quell'atto. S'è parlato⁽¹⁶⁾, al riguardo, d'una sorta di azione revocatoria invertita o automatica o ex *lege* perché, in presenza delle condizioni descritte dall'art. 2929 *bis* c.c., il creditore pregiudicato dall'atto potrà senz'altro pignorare il bene - nelle forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario in caso di trasferimento della sua titolarità - mentre le ragioni dei contraenti e di «ogni altro interessato» potranno esser fatte valere in sede di opposizione all'esecuzione. In caso di costituzione di vincoli, inopponibili, l'espropriazione sarà invece quella ordinaria.

Noi preferiamo parlare di un'«azione esecutiva speciale» (altri di «pignoramento revocatorio»), avendo il legislatore impiantato il nuovo istituto nel terreno dell'esecuzione forzata per espropriazione⁽¹⁷⁾. Del resto, il fenomeno (degli effetti) della revocatoria dell'atto pregiudizievole interessa una parte soltanto di quello, certamente più complesso, regolato nell'art. 2929 *bis* c.c. Sebbene invero gli effetti (o i presupposti) rispondano al modello dell'inefficacia relativa, proprio dell'accoglimento dell'azione revocatoria, il nuovo istituto è stato piuttosto visto - sintomatica la rubrica, e con essa la collocazione topografica - come un modello speciale di aggressione



esecutiva, che potrà assumere anche le forme dell'intervento nell'espropriazione da altri promossa (art. 499 c.p.c.) contro il terzo proprietario o anche contro lo stesso terzo in quanto tale (allorché, cioè, questi sia aggredito da «propri» creditori, e non da creditori del disponente che agiscano anch'essi ex art. 2929 *bis* c.c.).

L'esercizio di questa particolare azione esecutiva richiede rigorose (ma implicite) condizioni: *a*) il credito per cui si agisce dev'essere sorto in epoca anteriore al compimento dell'atto pregiudizievole; *b*) l'atto bypassato, e così l'atto esecutivo, debbono avere per oggetto beni immobili o mobili registrati; *c*) l'azione esecutiva (pignoramento o intervento) dev'essere esercitata entro l'anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole bypassato (si considererà quindi la trascrizione quanto al pignoramento, il deposito del ricorso ex art. 499 c.p.c. quanto all'intervento); *d*) va da sé che chi agisce *in executivis* dev'essere in possesso di titolo esecutivo (riferito a credito, s'è detto, sorto anteriormente all'atto dispositivo «sospetto») per un diritto «certo, liquido ed esigibile» (art. 474, comma 1°, c.p.c.); *e*) sullo sfondo (requisito che, però, non forma oggetto di verifica per l'accesso all'esecuzione) è la presunzione, *juris tantum*, del pregiudizio che l'atto dispositivo arrechi al creditore in termini di compromissione della garanzia patrimoniale generica; *f*) per altro verso, si nota che mentre l'art. 2929 *bis*, comma 1°, c.c. non parla della *scientia damni*, la nozione viene recuperata dal comma 3° a proposito dell'oggetto delle contestazioni successive (ex artt. 615 o 619 c.p.c.) del debitore, del terzo esecutato e di ogni «altro interessato». Ciò conferma che i presupposti per la revocatoria ordinaria, grazie alla tecnica del bypass, restano inespressi o, meglio, «presunti» nella prospettiva dell'art. 2929 *bis* c.c.; sebbene possano poi riemergere, all'interno (o, diremo forse meglio, all'esterno) del processo esecutivo, a mezzo delle opposizioni degli interessati. Con l'aggiunta che oggetto di tali opposizioni potrà essere non soltanto la contestazione dell'inesistenza dei presupposti di cui al comma 1° (che potremmo definire «oggettivi»), che evidentemente il legislatore ha giudicato in sé sufficienti per il bypass, ma anche - «nonché», diceva il comma 3° nell'originaria stesura del 2015, poi corretta nel 2016⁽¹⁸⁾ - «la conoscenza del pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore» (presupposto «soggettivo»).

Secondo parte della dottrina⁽¹⁹⁾ il modello dell'art. 2929 *bis* c.c. sarebbe replicabile: quantomeno nelle azioni di nullità e simulazione, la tutela potrebbe esordire nelle forme esecutive, per recuperare quelle cognitive bypassate (secondo condizioni da definirsi caso per caso) soltanto nell'eventualità delle opposizioni.

Senza interrogarci qui sulla bontà e desiderabilità di un prototipo - che l'art. 2929 *bis* c.c. rischia di diventare - per una nuova forma di tutela esecutivo-cognitiva⁽²⁰⁾, con ribaltamento della normale *consecutio* tra cognizione ed esecuzione, ciò che rileva ai nostri limitati fini è la verifica della legittimazione all'esecuzione forzata: o si ritiene che l'art. 2929 *bis* c.c. abbia allargato l'ambito di operatività del titolo esecutivo, consentendo attività che prima richiedevano il passaggio in giudicato della sentenza di accoglimento della revocatoria; ovvero si ritiene - e si tratta dell'ipotesi largamente più credibile - che la legittimazione del precedente derivi da una condizione aggiuntiva, che si affianca a quella fondamentale derivante dal possesso del titolo esecutivo e che rimanda anch'essa a una mera dichiarazione del precettante, assistita però dalle presunzioni semplici che rendono giuridicamente possibile il bypass (secondo il modello acceleratorio concepito dal legislatore). In diversi termini, chi agisce ex art. 2929 *bis* c.c. dichiara di avvalersi della tutela esecutiva speciale - altrimenti non troverebbe giustificazione l'aggressione diretta di un bene già transitato nel patrimonio di un terzo - ma al tempo stesso non è tenuto a offrire alcuna dimostrazione dell'esistenza delle varie condizioni presunte dalla legge; a differenza del caso di origine giurisprudenziale - tutela dei crediti di mantenimento - qui l'atto di precetto non richiede produzioni aggiuntive, che fungano anche da *provocatio ad opponendum*: la legittimazione all'esecuzione speciale è, come sempre, soltanto nel possesso del titolo esecutivo. Ma l'eventuale opposizione all'esecuzione potrà avere per oggetto non soltanto le contestazioni tipiche, rivolte avverso il titolo, bensì anche quelle «nuove» relative alle condizioni aggiuntive che il legislatore ha posto a fondamento dell'azione esecutiva speciale.

In tutti i casi che abbiamo rappresentato può ravvisarsi, sebbene in forme diverse, un'evoluzione del (o una deroga al) principio secondo cui il titolo esecutivo è barriera tra cognizione ed esecuzione perché, a ben vedere, siffatta barriera interessa soltanto una parte delle condizioni di accesso alla tutela, mentre altre condizioni sono oggetto di mera dichiarazione o addirittura di «allegazione e documentazione» in modo da combinare aspetti esecutivi e cognitivi nella

definizione stessa di «certezza» e «liquidità» del diritto per la cui tutela si agisce (ma a scapito della autonomia e astrattezza del titolo esecutivo).

Nell'art. 2929 *bis* c.c., l'alterazione della normale *consecutio* tra cognizione ed esecuzione pone in più il problema della verifica dei presupposti di accesso alla tutela esecutiva speciale: se essa debba obbligatoriamente essere realizzata in una sede di cognizione, sia pure incidentale rispetto all'esecuzione, o se possa essere compiuta «anche» dal g.e. direttamente in sede esecutiva. Con mezzi istruttori che - lo si dà per scontato - non sono quelli del Libro II del c.p.c.

3. - La crisi del principio, secondo cui il giudice dell'esecuzione non accerta diritti ma attua diritti certi, è forse quella più evidente e consolidata. Essa è stata indotta dallo stesso legislatore, allorché ha devoluto al g.e. in quanto tale la risoluzione delle controversie distributive (art. 512 c.p.c., nel testo modificato nel 2005) così come, in sede di cognizione sommaria, delle contestazioni sulla dichiarazione del terzo pignorato (art. 549 c.p.c., nel testo successivamente modificato nel 2012 e nel 2015).

La crisi può poi essere alimentata dalla lettura di nuovi istituti (così come dalla rilettura dei vecchi). Ad esempio: nel caso, appena sopra considerato, dell'art. 2929 *bis* c.c., il precettante si limita ad affermare l'esistenza delle condizioni di accesso alla tutela esecutiva speciale, ma non è in alcun modo tenuto a dare dimostrazione delle proprie affermazioni. Può il g.e., a fronte di esse, verificare d'ufficio, in via incidentale, l'esistenza di quei presupposti che l'art. 2929 *bis* c.c. si limita a presumere esistenti *juris tantum* lasciando aperta la porta alla contestazione (soltanto) degli interessati (comma 3°)?

Parte della dottrina si esprime in senso positivo, giungendo ad affermare che il g.e. potrebbe addirittura chiudere il processo esecutivo con un provvedimento, di estinzione atipica, ricognitivo dell'inesistenza delle condizioni di accesso alla tutela speciale⁽²¹⁾. Soluzione che replica quella che di norma ha luogo a fronte delle carenze del titolo esecutivo (*infra*, § 4), ma che deve però farsi carico delle differenze tra le due situazioni: il problema richiama, da un lato, *a*) gli oneri di allegazione del creditore procedente (e, ancor prima, l'individuazione della situazione legittimante di chi richiede la tutela esecutiva) e, dall'altro lato, *b*) i poteri di accertamento d'ufficio del g.e., per come li conosciamo in base a giurisprudenza consolidata (formatasi, tuttavia, su elementi estrinseci e non intrinseci o presupposti, e mai su dati estranei e aggiuntivi rispetto al titolo esecutivo).

Sotto il primo aspetto, va ribadito che la legittimazione del procedente deriva - come sempre - dal possesso del titolo esecutivo, sia pure in combinazione con la norma speciale che fonda una presunzione relativa (art. 2728, comma 1°, c.c.). Per il profilo dell'allegazione documentale, l'esecuzione speciale è identica all'esecuzione ordinaria: va escluso l'onere di «provare», con elementi documentali o altro, le condizioni di accesso alla tutela (dal versante civilistico, potrebbe notarsi che l'atto dispositivo attaccato è, sebbene *ad tempus*, inopponibile al creditore *qualificato*, che cioè sia titolare di un credito anteriore e sia munito di titolo esecutivo e così legittimato ad aggredire il bene anche nel patrimonio del terzo)⁽²²⁾.

Riconoscere che l'azione esecutiva speciale si fonda non soltanto sul titolo esecutivo, significa ammettere che su quel *quid pluris* (la condizione legittimante aggiuntiva) può innestarsi un accertamento incidentale, di cui però restano ignoti forme e termini. Giudico pericolosa questa deriva, che tra l'altro indurrebbe incertezze circa lo strumento di controllo (615 o 617 c.p.c., nella logica del doppio binario), perché in conflitto con la natura del processo esecutivo e con la funzione stessa del titolo esecutivo, che è appunto di innalzare una barriera tra cognizione ed esecuzione. In diversi termini, la superfluità del giudicato sulla revocatoria ordinaria non può tradursi nella necessità d'una verifica sommaria da parte del g.e. sulle condizioni di accesso alla tutela esecutiva speciale; abbandonando la strada sicura del titolo esecutivo e dei controlli estrinseci, ci si avvia per un sentiero lungo il quale si rischia di confondere l'esecuzione con la cognizione, assegnando al g.e. compiti che non gli sono propri e il cui assolvimento non può non creare difficoltà inedite e imprevedibili.

Quanto al potere di accertamento dell'esistenza (e permanenza) del titolo esecutivo, va osservato che i consolidati orientamenti nulla dicono sulla cognizione strumentale del g.e. circa «altri» presupposti dell'esecuzione (per l'ottima ragione che nell'esecuzione ordinaria non ve ne sono, e il creditore procedente non può affermare l'esistenza di condizioni o presupposti diversi da quelli che il titolo esecutivo rappresenta nel definire la «certezza» del diritto incorporato nel

titolo). Dovrebbe sempre valere la regola per cui il g.e. attua diritti certi, ma non accerta diritti; e pertanto, da un lato le condizioni di accesso alla tutela speciale risulteranno soltanto affermate, ma in nessun modo provate, dal creditore procedente; dall'altro lato, il g.e. non sarà chiamato a verificare d'ufficio quelle condizioni anche perché, a differenza di quanto avviene per il titolo esecutivo, non avrebbe la base documentale su cui effettuare i suoi riscontri. Per predicare l'esistenza d'un simile potere di accertamento d'ufficio occorrerebbe immaginare casi estremi, che non rappresentano certo la regola: il creditore che, agendo contro il terzo proprietario, dichiara in atto di precetto che il suo credito non è anteriore, o che l'atto attaccato è a titolo oneroso. Ma la regola di un istituto non può desumersi dalla sua patologia: affermazioni del genere chiamano invero l'applicazione automatica dell'art. 96, comma 2°, c.p.c.

Peraltro, le opinioni sull'esistenza di un potere di controllo incidentale del g.e. sulle condizioni di accesso alla tutela esecutiva speciale, che ci sembra di non poter condividere⁽²³⁾, ci introducono direttamente nel tema cui è dedicato il paragrafo che segue.

4. - Ci è stato insegnato che quanto nel processo dichiarativo può dedursi in via di eccezione, nel processo esecutivo deve farsi azione e cioè opposizione prendendo le forme d'un autonomo giudizio cognitivo che si interseca con l'esecuzione pur restandone distinto; e che la regola viene osservata in modo a tal punto rigoroso che «anche le eccezioni di rito sono sottratte al principio (codificato dall'art. 167 c.p.c.) per cui il giudice dell'azione è il giudice dell'eccezione, e sono espunte dal processo esecutivo: (anche) le contestazioni relative alla regolarità degli atti esecutivi devono assumere la veste di azione e dar luogo a giudizi di cognizione esterni rispetto all'esecuzione»⁽²⁴⁾.

Non sapremmo dire se sia ancora così.

Negli ultimi anni, forse con l'implicito incoraggiamento fornito dalle norme che hanno fatto del g.e. un giudice che può conoscere sia pure soltanto allo scopo di eseguire, si sono ridisegnati i confini tra quanto dinanzi al g.e. può dedursi in via di «eccezione» e quanto deve di necessità farsi azione.

A proposito del titolo giudiziale, si è sempre distinto l'estrinseco dall'intrinseco, inibendo al g.e. la cognizione sul diritto rappresentato nel titolo e facoltizzandolo soltanto alla verifica dell'esistenza stessa del titolo in sé - del «titolo» in quanto «documento» - specie allorché l'esecuzione sia prossima a definirsi con un provvedimento, avente la forma consueta dell'ordinanza, al quale tuttavia si riconosce stabilità (distribuzione, assegnazione). In diversi termini, i requisiti di certezza e liquidità, quali presupposti per la realizzazione del diritto, dovevano risultare esclusivamente dal titolo, senza possibilità di indagine sulla realtà sottostante, preclusa appunto dalla barriera tra esecuzione e cognizione⁽²⁵⁾.

L'esperienza dell'estinzione atipica ha fatto saltare questo limite, che impediva di riconoscere nel g.e. il giudice dell'eccezione. Attualmente⁽²⁶⁾ si ritiene che questi possa verificare d'ufficio l'esistenza originaria o sopravvenuta del titolo esecutivo, anche per eventi impeditivi modificativi estintivi successivi alla sua formazione; il conseguente provvedimento di chiusura «in rito» (estinzione atipica), con cui sia ordinata la liberazione dei beni pignorati, è impugnabile soltanto con l'opposizione agli atti esecutivi; allo stesso modo, si ritiene che il g.e. dell'espropriazione presso terzi possa non assegnare il credito pignorato, ove gli risulti (anche da deduzioni dello stesso debitore che non ha l'onere di introdurre un'opposizione di merito) che l'esecutato abbia assolto il suo debito nel corso dell'esecuzione e che pertanto il terzo deve essere liberato⁽²⁷⁾.

La tutela del debitore viaggia quindi attualmente su un doppio binario: egli può opporsi all'esecuzione, ma può anche limitarsi a dedurre dinanzi al g.e. l'evento sopravvenuto (eccezione di merito) che determina il venir meno o la modificazione del diritto così come rappresentato nel titolo esecutivo. Allo stesso modo, venuto meno a séguito di riforma da parte del giudice d'appello o sospeso in sede di inibitoria il titolo, si ammette che il debitore possa semplicemente rappresentare al g.e. tali eventi sopravvenuti, senza necessità di formalmente opporsi all'esecuzione. E giacché, tuttora, non è affatto chiaro il regime di efficacia della sentenza che accoglie l'opposizione all'esecuzione⁽²⁸⁾, è evidente l'interesse a far decidere la questione direttamente al g.e., che di certo ha il potere di dichiarare l'estinzione atipica con immediata cancellazione delle formalità gravanti sul bene pignorato. Soluzione non soltanto più snella, ma soprattutto più efficace: l'unico svantaggio è che il g.e., a fronte dell'«eccezione», non potrà



sospendere la procedura ([art. 624 c.p.c.](#)); ma, d'altra parte, l'immediatezza della tutela somministrata sopporta la circostanza che non sia sperimentabile una misura interinale.

In questo modo, l'esecuzione è divenuta un contenitore frammisto alla cognizione. Il g.e. è divenuto giudice dell'azione e anche dell'eccezione, e comunque ([artt. 512, 549 c.p.c.](#)) è un giudice che decide sui diritti allo scopo di attuarli nel processo esecutivo. Torna così attualissimo uno studio⁽²⁹⁾, accolto a suo tempo come una manifestazione di colta stravaganza, che s'interroga sugli strumenti cognitivi disponibili dal g.e., nel silenzio assoluto del Libro III: su questo aspetto, anche il legislatore recente ha omesso qualsiasi indicazione.

Eppure, nel momento del richiamo ai «necessari accertamenti» ([artt. 512, 549 c.p.c.](#)) da compiersi anche «nel contraddittorio (...) con il terzo» ([art. 549 c.p.c.](#)), il problema avrebbe pur dovuto porsi. A chi rileva che gli accertamenti consentiti nell'esecuzione sono esclusivamente quelli documentali, si può facilmente replicare che quella soluzione veniva seguita quando il g.e. realizzava accertamenti meramente strumentali sul processo⁽³⁰⁾, vale a dire di tipo estrinseco, perché non era ammesso a occuparsi dell'intrinseco dei diritti che in quel processo rivendicano soddisfazione. Del resto, il g.e. dell'espropriazione immobiliare da sempre nomina un c.t.u. per la valutazione dell'immobile, cioè compie un'istruttoria diretta sull'oggetto dell'esecuzione, e non si vede per quale ragione lo stesso strumento non possa essere utilizzato dal g.e. dell'espropriazione presso terzi per le indagini da compiersi sui movimenti contabili del terzo (si pensi ai Comuni e alla verifica dell'ordine dei pagamenti)⁽³¹⁾.

Il fenomeno del giudice dell'esecuzione-cognizione è destinato a consolidarsi ove si ravvisi un suo potere di verifica d'ufficio delle condizioni dell'azione esecutiva che si combinano col titolo esecutivo: può il g.e., d'ufficio, chiedere al precettante di fornire la prova delle violazioni che giustificano l'autoliquidazione dell'*astreinte*? Può verificare che la documentazione delle spese sostenute nell'interesse del minore e allegate all'atto di precetto è insufficiente per giustificare l'esercizio dell'azione esecutiva per il relativo recupero in quota? Può opporre al creditore ex art. 2929 *bis* c.c. che l'atto compiuto a titolo gratuito non è pregiudizievole, non altera la garanzia generica assicurata ex [art. 2740 c.c.](#) da altri sufficienti beni, o che è stato compiuto oltre l'anno, a ritroso, dall'iniziativa esecutiva?

È evidente che la risposta a tali questioni incide anche sull'oggetto e qualità della tutela perché l'opposizione all'esecuzione è un giudizio ordinario articolato nel doppio grado, mentre il provvedimento «in rito» del g.e. è impugnabile soltanto con l'opposizione agli atti. Anche ciò è conseguenza dell'accoglimento della logica del doppio binario: se l'opposizione di merito conserva i suoi fasti, la cognizione del g.e. ha luogo in forme indeterminate ma certamente sommarie - «necessari accertamenti» - che chiamano un controllo in unico grado per l'ottima ragione che il g.e. non ha mai avuto compiti autenticamente cognitivi su diritti e l'opposizione agli atti esecutivi non era nata per garantire controlli di merito sull'esistenza dei diritti che rivendicano soddisfazione nell'esecuzione⁽³²⁾.

5. - Una notissima, e criticatissima, sentenza delle Sezioni Unite ha di recente ridefinito il fenomeno della c.d. eterointegrazione del titolo esecutivo giudiziale⁽³³⁾. Ne è conseguito il consolidamento nella successiva giurisprudenza di legittimità, sia pure con taluni distinguo, del principio secondo cui il titolo esecutivo non si identifica in uno dei documenti ex [art. 474 c.p.c.](#), ma può essere ricostruito in sede esecutiva sulla base degli elementi acquisiti al processo in cui il titolo s'è formato purché le questioni controverse in quel giudizio possano ritenersi effettivamente conosciute e definite nonostante sia mancata la concreta estrinsecazione della soluzione attinta, nel dispositivo come anche nella motivazione⁽³⁴⁾. Qualche correttivo di affermazioni troppo perentorie c'è ben stato, nella giurisprudenza successiva alla «dirompente» sentenza delle Sezioni Unite⁽³⁵⁾; ma quello che è rimasto, e che forse risulta ineliminabile nel panorama delle diverse crisi cui sopra abbiamo accennato, è l'avvenuta «dematerializzazione» del titolo esecutivo, la sua ipostatizzazione: il suo essere divenuto mero concetto.

Quando le Sezioni Unite affermano che l'obbligo descritto nel titolo non-documento è «ciò che il giudice di merito deve essere stato messo in grado di accertare ed è dimostrabile abbia accertato» e che dunque è bene integrare «ciò che nel provvedimento è dichiarato con ciò che (al giudice) è stato chiesto e (nel processo) appare discusso», evidentemente è messa nell'angolo la capacità del titolo esecutivo di essere autonomo e astratto, di essere barriera tra la cognizione e l'esecuzione. In modo del tutto coerente con la nuova concezione, le Sezioni Unite aggiungono che, posto che la certezza «non è un requisito formale del provvedimento

giudiziario», è nel contraddittorio tra le parti dell'esecuzione che va ricercata la regola affermata dal titolo esecutivo, perché l'accertamento in esso contenuto «può risultare integrato attraverso l'apporto probatorio proveniente dalla parte istante». E sebbene le Sezioni Unite - senza troppo spiegarne i passaggi - mostrino di ritenere che il contraddittorio tra le parti possa svolgersi in parte nell'esecuzione, in parte nelle opposizioni (ove il debitore potrà contestare «ciò che ritenga non dovuto»), ci sembra indispensabile ritenere che l'«apporto probatorio» appartenga funzionalmente al processo esecutivo, perché nessuna esecuzione può essere definita, specie quanto ai contenuti del suo atto introduttivo, da un intervento obbligatorio del giudice dell'opposizione.

In questo modo, il processo esecutivo è continuazione, secondo uno schema contraddittorio, del processo di cognizione in cui il titolo s'è formato: non più autonomo e astratto, ma recante con sé - «come la chiocciola la propria magione» - gli atti del giudizio che lo ha originato e sarà nel contraddittorio tra le parti che esso - non più documento autonomo e autosufficiente - acquisterà i requisiti di cui [all'art. 474 c.p.c.](#); così inteso, il titolo non è più barriera, ma «cerniera» tra cognizione ed esecuzione, punto di verifica tra quanto è stato o avrebbe dovuto essere deciso e quanto risulta - con effetti non vincolanti - letteralmente dallo stesso titolo. Alla luce di tale innovativa concezione, ciò che va urgentemente rivista è proprio la visione non contraddittoria del processo esecutivo, che la stessa Cassazione tende a riaffermare anche a fronte [dell'art. 111 Cost.](#)⁽³⁶⁾, laddove il carattere contraddittorio dell'ottemperanza amministrativa è un valore oramai riconosciuto a livello sovrano⁽³⁷⁾.

6. - L'esecuzione civile sta quindi progressivamente trasformando la sua natura, grazie all'opera sinergica di più fattori. Se è vero che i tre caposaldi su cui poggiava (*supra*, § 1) sono stati progressivamente abbandonati, o quantomeno ridimensionati e indubbiati, dal legislatore e dalla giurisprudenza (non sappiamo se aggiungere «più recente e matura», come solitamente si fa), è ragionevole pensare che il processo di esecuzione-cognizione, che inevitabilmente emerge dalla trasformazione, dovrà confrontarsi con l'esperienza dell'ottemperanza amministrativa, in particolare per l'«attuazione» (art. 112, comma 2°, c.p.a.) dei giudicati civili⁽³⁸⁾ ma senza poter escludere l'esperienza, più articolata e complessa, dell'ottemperanza ai giudicati amministrativi. Finora, si è ritenuto che nell'esecuzione civile «la fase di cognizione è normalmente assente, essendo comunque presente il titolo esecutivo, che pone chi ne è in possesso in una posizione di preminenza non sottoposta a ulteriori controlli»⁽³⁹⁾, mentre l'ottemperanza amministrativa «presenta una natura mista d'esecuzione e di cognizione, da un lato, perché spesso le statuizioni previste dal giudicato contengono una disciplina implicita o imprecisa che il giudice dell'ottemperanza deve precisare; dall'altro, perché, accanto all'attività di mera esecuzione, si affianca l'accertamento della mancata soddisfazione dell'interesse della parte ricorrente (...) l'ottemperanza ha la funzione di arricchire, pur restandone condizionata, il contenuto vincolante della sentenza di cognizione, al fine di estrarne il significato delle disposizioni, che risultino soddisfatti a favore della parte vittoriosa»; «Avendo il giudizio natura mista e contenendo spesso il giudicato amministrativo una regolamentazione implicita o incompleta, rientra tra i compiti del giudice dell'ottemperanza dare un contenuto concreto agli obblighi che discendono dalla sentenza»⁽⁴⁰⁾.

Ciò - è ovvio - riflette la complessità del giudicato amministrativo, che crea vincoli conformativi (oltre che accertativi e condannatori) per lo più sconosciuti al giudicato civile, riflettendo anche la tecnica di redazione delle sentenze amministrative, generalmente ritenute «meno precise» e in cui più frequente è la necessità di combinare dispositivo e motivazione⁽⁴¹⁾; preso atto di simili differenze, ciò che si intende sottolineare è che il carattere «di merito» (o, secondo la formula ricorrente, «estesa al merito») della giurisdizione in ottemperanza si giustifica perché l'esecuzione deve «concorrere alla definizione della regola del caso concreto»⁽⁴²⁾, definizione che, specularmente, potrebbe non essere assicurata dal «titolo» che dà luogo al giudicato amministrativo. «Titolo» del quale la giurisprudenza e la dottrina amministrativiste somministrano una definizione assai diversa da quella che noi deduciamo [dall'art. 474 c.p.c.](#), non foss'altro che per la ricerca della realizzazione dell'interesse dell'avente diritto e per il rilievo che hanno le sopravvenienze.

Quali i possibili punti di contatto con l'esecuzione civile che più non sembra rispondere ai principi fondamentali sul ruolo del titolo esecutivo e dello stesso g.e.?

Va senz'altro preso atto che - non sapremmo dire con quanta consapevolezza - la «storica» sentenza delle Sezioni Unite n. 11066/2012, che la successiva giurisprudenza di legittimità ha sì mitigato ma non apertamente sconfessato, va in questa precisa direzione: tra giudizio di cognizione e processo esecutivo non c'è la frattura, o barriera, del titolo esecutivo, ma un *continuum* di verifica-attuazione che consente al g.e. di individuare il *decisum* implicito o presupposto accedendo, ove necessario, agli atti del giudizio in cui quel titolo s'è formato. Il g.e. deve indagare la domanda e confrontarla con la risposta fornita dal giudice, perché ciò che è stato chiesto e discusso deve senz'altro ritenersi deciso, sebbene ciò non appaia dal testo della sentenza. La soddisfazione dell'interesse del procedente è l'unico metro che il g.e. deve utilizzare nell'esecuzione forzata del titolo, superando e integrando sue eventuali carenze. L'attuazione del diritto non può essere indubbiata da carenze del documento: l'ipostatizzazione è una vittoria dell'intrinseco sull'estrinseco, che però ribalta la concezione civilistica del titolo esecutivo.

La creazione giurisprudenziale - poi sanzionata dal legislatore con l'art. 187 *bis* disp. att. c.p.c. - dell'estinzione atipica o chiusura «in rito» dell'esecuzione, intesa nel senso che il g.e. diviene giudice «anche» dell'eccezione, consente di trascinare nell'esecuzione lo scivoloso tema delle sopravvenienze, come normalmente avviene nell'ottemperanza amministrativa. Il titolo esecutivo - che del resto già *ex abrupto* può essere integrato da elementi «cognitivi», o da condizioni di legittimazione aggiuntive che giustificano l'esercizio di azioni speciali (*supra*, § 2) - apre quindi una vicenda processuale più legata al rapporto e alla concreta realizzazione dell'interesse, piuttosto che al documento nel quale è la fotografia, di necessità statica, del diritto da realizzare (del resto, per le Sezioni Unite il documento più non esiste, rinviando l'espressione «titolo esecutivo» più a un'astrazione che a un documento).

In questo nuovo contesto, quando il giudice dell'esecuzione forzata dell'obbligo di fare chiude il processo «in rito» prendendo atto che l'esecutato s'è già spontaneamente adeguato al «comando» contenuto nel titolo esecutivo, o che quel «comando» non è forzosamente eseguibile per condizioni preesistenti o anche sopravvenute rispetto alla formazione del titolo, non opera abusivamente quale giudice della cognizione adottando un provvedimento abnorme⁽⁴³⁾, bensì fa esattamente il suo mestiere di g.e. adottando provvedimenti che, come di norma, saranno impugnabili con l'opposizione agli atti (e non risolutivi di opposizioni di merito da nessuno proposte, secondo l'orientamento per anni consolidato e che ora la Cassazione sta progressivamente abbandonando)⁽⁴⁴⁾. Non diversamente da quanto quello stesso giudice fa nell'espropriazione forzata, chiudendo il processo «in rito» quando risulti che il titolo è venuto meno, anzi: che il diritto rappresentato dal titolo è venuto meno, essendosi evoluto il suo controllo *ex officio* dall'estrinseco all'intrinseco, dal titolo al rapporto, dal «comando» statico alla realizzazione dinamica del giudicato.

È questa l'esecuzione civile che vogliamo?

L'importante è avvedersi che questo è l'approdo che stiamo velocemente guadagnando.

(1) G. Verde, *Attualità del principio nulla executio sine titulo*, in questa *Rivista* 1999, 963 ss.

(2) R. Oriani, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli 1987, 27 ss., 44 ss., 143 ss., *passim*; Id., *La determinazione dei crediti ai fini del concorso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1993, 131 ss.

(3) R. Vaccarella, *Esecuzione forzata*, in *Riv. esec. forz.* 2007, 1 ss.; Id., *L'esecuzione forzata dal punto di vista del titolo esecutivo*, in *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, 2a ed., in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, diretta da A. Proto Pisani, Torino 1993.

(4) Ci permettiamo di rinviare, anche per i molti necessari riferimenti, al nostro *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 5ª ed., Torino 2017, 4 ss., 71 ss., *passim*.

(5) G. Verde, *Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata*, Milano 1968; B. Capponi, *La verifica dei crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli 1990.

(6) V. ancora il nostro *Manuale*, cit., 105 ss., 281 ss.

(7) V., ad es., E. Cavuoto, *La cognizione incidentale sui crediti nell'espropriazione forzata. Contributo allo studio dei rapporti tra esecuzione e accertamento*, Napoli 2017; P.

Lai, *L'intervento del creditore non titolato nell'espropriazione singolare*, Roma 2014; M. Pilloni, *Accertamento e attuazione del credito nell'esecuzione forzata*, Torino 2011.

(8) F. Vigorito, *Il sistema bancario e le procedure esecutive individuali*, in *Quest. giust. trim.* 2017, 3, 185 ss.; G. Miccolis, *Prospettive ed evoluzione del processo esecutivo in Italia*, in *www.judicum.it*, 2017; e, se vuoi, la nostra *Introduzione alla raccolta di saggi e note dedicati a Questioni attuali sull'esecuzione civile*, Napoli 2017, 7 ss.

(9) V. il *Manuale*, cit., 31 ss.

(10) Ciononostante, in giurisprudenza è facile riscontrare affermazioni, già presenti a proposito degli artt. 124 e 131 c.p.i. (cfr. il *Manuale*, cit., 37 ss.), secondo cui l'*astreinte* non è autonomo titolo esecutivo; ad es., Trib. Roma (ord. 2 febbraio 2017, in *www.judicum.it* 2017, con nota contraria di U. Corea, *Disorientamenti in materia di esecuzione delle misure coercitive indirette ex art. 614 bis c.p.c.: al creditore non basta il titolo esecutivo e l'autoliquidazione nel precetto delle somme dovute ma deve previamente introdurre un giudizio di cognizione per la relativa quantificazione*) ha di recente opinato che l'*astreinte* non possa essere autoliquidata dal creditore procedente nell'atto di precetto, prescindendo da un provvedimento accertativo-liquidativo del giudice della cognizione: la misura - nonostante la sua espressa qualità di «titolo esecutivo» - non sarebbe esecutiva di per sé, ma costituisce mero presupposto per ottenere un provvedimento esecutivo in una separata sede di cognizione. V. anche e sempre in senso critico, se vuoi, il nostro *Ancora su astreinte e condanna civile*, in *Riv. esec. forz.* 2017, 569 ss.

(11) A. Saletti, *Processo esecutivo e prescrizione. Contributo alla teoria della domanda esecutiva*, Milano 1992; R. Lombardi, *Sul principio della domanda nel processo esecutivo*, in *Scritti sul processo esecutivo e fallimentare in ricordo di Raimondo Annecchino*, Napoli 2005, 441 ss.; G. Tota, *Il principio della domanda nel processo di espropriazione di crediti*, in *Riv. esec. forz.* 2009, 244 ss.

(12) La richiesta di tutela esecutiva può non coincidere col contenuto del diritto quale precisamente risultante dal titolo: il diritto di procedere all'esecuzione forzata per cento può essere scomposto, a scelta del creditore, nel diritto di procedere all'espropriazione mobiliare per quaranta e all'espropriazione immobiliare per sessanta, o anche nel diritto di procedere per cinquanta, con riserva di esercitare ulteriormente l'azione esecutiva per il rimanente credito. Il limite è dato dalla «gravatorietà» delle attività esecutive, che non debbono comportare spese e disagi manifestamente eccessivi in rapporto all'obiettivo necessità di soddisfazione del diritto di credito (in generale cfr. G. Tarzia, *Il giusto processo di esecuzione*, in questa *Rivista* 2002, 329 ss.).

(13) Infatti, secondo G. Verde, *Attualità*, cit., 965, «con il requisito della *certezza* il legislatore ha pensato a un credito già sorto, collegato a una vicenda sostanziale interamente compiuta e, quindi, a un risultato da realizzare in relazione a una violazione dell'ordine giuridico consumata e ad una sanzione già pienamente comminata in forza di una preventiva valutazione del giudice o della legge».

(14) Cass. 23 maggio 2011, n. 11316.

(15) Principio più volte riaffermato: v., ad es., Cass. 20 ottobre 2016, n. 21241.

(16) V., per tutti e anche per riferimenti, M. De Cristofaro, *La prospettiva processuale della pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929 bis c.c.)*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2016, 431 ss.; C. Asprella, *La riforma dell'esecuzione 2016*, ivi 2017, 694 ss. Nella dottrina civilistica, v. con profitto A. Federico, *Alienazioni a titolo gratuito e tutela dei creditori ex art. 2929 bis c.c.*, in *Rass. dir. civ.* 2016, 784 ss.; S. Pagliantini, *A proposito dell'art. 2929 bis c.c.: la tutela dei crediti tra esecuzione forzata speciale e deterrenza*, in *Eur. dir. priv.* 2017, 167 ss.

(17) V. il nostro *Note sull'art. 2929 bis c.c. (la tecnica del bypass applicata all'esecuzione forzata)*, in *Questioni attuali*, cit., 39 ss.

(18) V. ancora il nostro *Note*, cit.

(19) M. Bove, *Riforme sparse in materia di esecuzione forzata tra il d.l. n. 83/2015 e la legge di conversione n. 132/2015*, in *Riv. esec. forz.* 2016, 9 ss.; Id., *Profili processuali dell'art. 2929 bis c.c.*, ivi 2016, 157 ss.; Id., *L'applicazione dell'art. 2929 bis c.c. tra esercizio dell'azione esecutiva ed azioni dichiarative*, ivi 2017, 281 ss., con posizione rimasta comprensibilmente



piuttosto isolata. *Contra*, per tutti, S. Pagliantini, *Ancora sull'art. 2929 bis c.c. (nel canone di Mauro Bove): è vero ma ... (l'opinione del civilista e la 'crisi' della fattispecie)*, ivi 2017, 303 ss.

(20) Ci permettiamo di rinviare ancora, per annotazioni critiche, al nostro *Note*, cit.

(21) M. Bove, *opp. locc. citt.*; G. Miccolis, *Brevi riflessioni sull'art. 2929 bis c.c.*, in *Riv. esec. forz.* 2016, 335 ss.

(22) A. Federico, *op. loc. cit.*

(23) Cfr. il nostro *Note*, cit., spec. 65 ss.

(24) R. Vaccarella, *Esecuzione forzata*, cit., 15.

(25) Per questo autorevole dottrina (G. Verde, *Attualità*, cit.) afferma che nell'espropriazione forzata è creditore chi risulta come tale dal titolo esecutivo; e non ha importanza se nella realtà materiale quella qualità non sia mai esistita o non esista più.

(26) Cass. 22 giugno 2017, n. 15605; Cass. 13 aprile 2017, n. 9652. V., in argomento, G. Ghiurghi, *Verso un nuovo modello di esecuzione civile?*, in *www.judicium.it* dal 27 febbraio 2018.

(27) Cass. 4 marzo 2014, n. 5060. Non a caso, il problema corrispondente sorto nell'esecuzione per obblighi di fare ha per molto tempo indotto la giurisprudenza a riconoscere addirittura la tutela dell'appello, considerando il provvedimento negativo del g.e. alla stregua di sentenza in senso sostanziale: v., per riferimenti, il nostro *Ordinanze decisorie «abnormi» del g.e. tra impugnazioni ordinarie e opposizioni esecutive*, in *Questioni attuali*, cit., 79 ss.

(28) Ci permettiamo un nuovo rinvio al nostro *Manuale*, cit., 476 ss.

(29) G. Verde, *Intervento e prova del credito*, cit.

(30) V., ad es., G. Vignera, *'Cognizione strumentale' del giudice dell'esecuzione e carenza del titolo esecutivo: spunti per una ricerca*, in *Giur. it.* 1984, IV, 312 ss.

(31) A. Auletta, *L'esecuzione forzata (nella forma dell'espropriazione presso terzi) nei confronti della pubblica amministrazione: rassegna delle più rilevanti questioni problematiche*, in *www.unicost.eu*. Dello stesso A. v. anche *Tecniche di accertamento dell'obbligo del terzo nell'espropriazione forzata di crediti*, in *www.inexecutivis.it* dal 5 marzo 2018.

(32) Ci permettiamo l'ennesimo rinvio al nostro *Manuale*, cit., 456 ss.

(33) Cass. 2 luglio 2012, n. 11066 (conforme la n. 11067), che abbiamo criticamente commentato in *Autonomia, astrattezza, certezza del titolo esecutivo: requisiti in via di dissolvenza?*, in *Questioni attuali*, cit., 189 ss.

(34) Cfr., tra le tante conformi, Cass. 16 aprile 2013, n. 9161; Cass. 31 ottobre 2014, n. 23159; Cass. 1° ottobre 2015, n. 19641; Cass. 21 dicembre 2016, n. 26567.

(35) Cass. 17 gennaio 2013, n. 1027, in *Riv. esec. forz.* 2013, 137 ss. con nota di R. Vaccarella, *Eterointegrazione del titolo esecutivo e ragionevole durata del processo*.

(36) Cfr. il nostro *Manuale*, cit., 57 ss.

(37) Corte cost. 9 dicembre 2005, n. 441, secondo la quale «occorre sgomberare il campo dalla concezione, in passato condivisa da dottrina e giurisprudenza, che riteneva il giudizio di ottemperanza come caratterizzato da sommarietà e da un tenore non pienamente contenzioso, sicché tale procedimento veniva definito «a contraddittorio attenuato». È invece oggipacifica la sua natura di procedimento contenzioso. Il che rende imprescindibile il pieno rispetto del contraddittorio. Il problema quindi è quello di verificare se, nel giudizio di ottemperanza, nella fase dell'instaurazione del rapporto processuale, lo strumento della comunicazione sia idoneo, al pari di quello della notificazione, ad assicurare il rispetto del principio che impone, di fronte a una iniziativa processuale, la conoscenza da parte del resistente del contenuto della pretesa articolata per poter approntare in tempo utile le proprie difese, secondo i principi del giusto processo».

(38) V. da ultimo, anche per riferimenti, C. Buonauro, *Il giudizio di ottemperanza: ambito di operatività e questioni problematiche*, in *Riv. esec. forz.* 2017, 27 ss.

(39) C. Buonauro, *op. cit.*, 62 s.

(40) C. Buonauro, *op. cit.*, 63 s.; secondo le chiare espressioni di Cons. Stato 17 maggio 2013, n. 2680, «la tradizionale affermazione secondo cui il giudicato amministrativo è un 'giudicato a



formazione progressiva' e che il giudizio di ottemperanza non ha natura meramente esecutiva, ma anche cognitiva, vuole esprimere ... che la regola di comportamento che deriva dal giudicato in capo all'Amministrazione non è solo quella scolpita nel dispositivo. Si tratta, al contrario, di una regola più ampia, dotata di margini di elasticità e suscettibile di essere puntualizzata e concretizzata dal giudice dell'ottemperanza. L'individuazione del reale contenuto di tale regola è così oggetto di un processo di formazione progressiva, nel senso che essa viene definitivamente esplicitata proprio nel giudizio di ottemperanza, il quale, quindi, non è meramente esecutivo, ma anche cognitivo, dovendo il giudice dell'ottemperanza anzitutto delimitare la reale portata della regola conformativa derivante dal giudicato ottemperando».

(41) Ma anche la tecnica di motivazione delle sentenze civili sta velocemente cambiando: v., anche per riferimenti, il nostro *La motivazione 'laica, funzionalista, disincantata'*, in *Giusto proc. civ.* 2015, 121 ss., nota a Cass., sez. un., 16 gennaio 2015, n. 642, secondo cui «nel processo civile (...) non può ritenersi nulla la sentenza che esponga le ragioni della decisione limitandosi a riprodurre il contenuto di un atto di parte (ovvero di altri atti processuali o provvedimenti giudiziari) eventualmente senza nulla aggiungere ad esso, sempre che in tal modo risultino comunque attribuibili al giudicante ed esposte in maniera chiara, univoca ed esaustiva, le ragioni sulle quali la decisione è fondata. È inoltre da escludere che, alla stregua delle disposizioni contenute nel codice di rito civile e nella Costituzione, possa ritenersi sintomatico di un difetto di imparzialità del giudice il fatto che la motivazione di un provvedimento giurisdizionale sia, totalmente o parzialmente, costituita dalla copia dello scritto difensivo di una delle parti».

(42) Cons. Stato, 19 giugno 2012, n. 3569.

(43) Ci permettiamo di rinviare ancora al nostro *Ordinanze decisorie 'abnormi' del g.e. tra impugnazioni ordinarie e opposizioni all'esecuzione*, cit., 79 ss.

(44) V. sempre il nostro *Ordinanze decisorie*, cit.

Urbanistica e appalti, 2018, 2, 164 (commento alla normativa)

PER UN GIUDIZIO AMMINISTRATIVO EFFETTIVO ED EFFICACE: LIMITI DEL SISTEMA E PROPOSTE OPERATIVE - IL GIUDIZIO D'OTTEMPERANZA DISCIPLINATO DAL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO: PROFILI CRITICI E PROSPETTIVE DI RIFORMA

Federico Gaffuri(*)

D.Lgs. 02-07-2010, n. 104, Art. 31

D.Lgs. 02-07-2010, n. 104, Art. 71-bis

L. 07-08-1990, n. 241, Art. 2

Nella trattazione si esaminano le disposizioni dettate dal codice del processo amministrativo in materia di giudizio di ottemperanza, al fine di individuarne eventuali punti critici o carenze e suggerire possibili modifiche, nella prospettiva di rendere più efficace ed adeguata la tutela offerta con il rimedio. Preliminarmente si pone l'attenzione sui connotati fondamentali dell'istituto e si tenta di definirne la natura e le finalità: dalle norme contenute nel Codice e dalla giurisprudenza formatasi in materia si evince agevolmente che il giudizio d'ottemperanza relativo a sentenze emesse dal giudice amministrativo riveste non solo una funzione di attuazione-esecuzione delle decisioni adottate, ma, più in generale, una funzione di definizione del rapporto oggetto della precedente decisione e di garanzia della piena ed effettiva soddisfazione delle posizioni sostanziali riconosciute in sede cognitoria. Una volta delineati i tratti generali della figura, si procede all'analisi della sua regolamentazione positiva: in primo luogo si sottolinea la necessità che sia sempre assicurato, anche nella fase dell'ottemperanza, il rispetto del doppio grado di giudizio, posto che, in tale fase, sono esperibili anche azioni di pura cognizione. Per quanto concerne, poi, il profilo più strettamente procedurale, si rileva che sarebbe stato preferibile mantenere, anche nell'attuale regime dell'istituto, l'obbligo della previa diffida ad adempiere, ai fini della proponibilità del rimedio, non tanto per la sua funzione di garanzia del contraddittorio, ormai sostanzialmente esaurita, quanto piuttosto per la sua utilità come strumento per la composizione bonaria delle controversie in materia di esecuzione delle pronunce giudiziali e per la sua (potenziale) efficacia deflattiva del contenzioso. Inoltre si segnala l'inadeguatezza della norma che prescrive la necessaria e generale conclusione del giudizio in esame con sentenza in forma semplificata. Infine si analizza il nuovo istituto rappresentato dalla

c.d. ottemperanza di chiarimenti, i cui contorni sono solo genericamente indicati nel codice, e si tenta di ricostruire la relativa disciplina.

Sommario: **Le scelte di fondo compiute nel c.p.a. e gli attuali connotati del giudizio d'ottemperanza** - Individuazione dei limiti della nuova disciplina ed indicazione delle modifiche normative utili o necessarie - Esame della c.d. ottemperanza di chiarimenti e ricostruzione della relativa disciplina

Le scelte di fondo compiute nel c.p.a. e gli attuali connotati del giudizio d'ottemperanza

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 7 luglio 2010, n. 104 è stata finalmente dettata una disciplina organica e tendenzialmente completa del giudizio d'ottemperanza (artt. 112-115 c.p.a.): con essa il legislatore non si è limitato alla mera ricognizione delle norme preesistenti e al recepimento di soluzioni pretorie consolidate, ma ha apportato innovazioni significative nel sistema dei rapporti tra giurisdizioni e nell'ambito della stessa giurisdizione amministrativa⁽¹⁾. Innanzitutto, sotto il profilo dell'ammissibilità del rimedio, è stata riconosciuta l'esperibilità dell'azione per l'esecuzione dei lodi arbitrali (art. 112, 2° comma, lett. e), c.p.a.); è stato poi introdotto *ex novo* il c.d. ricorso delucidativo o acclarativo (art. 112, 5° comma); inoltre è stata stabilita la proponibilità, "anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza", della domanda di condanna al pagamento degli interessi e delle rivalutazioni maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché dell'"azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione od elusione" (art. 112, 3° comma); infine, con una previsione mutuata dall'art. 614 *bis* c.p.c., è stato attribuito al giudice dell'ottemperanza il potere di fissare - su richiesta di parte e salvo che appaia manifestamente iniquo o sussistano altre ragioni ostative - una somma di denaro dovuta dall'amministrazione per ogni violazione o inosservanza successiva e per ogni ritardo nell'esecuzione (art. 114, 2° comma, lett. e).

Sul piano della procedura è stata poi esclusa la necessità della previa diffida ad adempiere, ai fini dell'ammissibilità del rimedio, ed è stato, altresì, prescritto espressamente l'obbligo di notifica del ricorso a tutte le parti del giudizio definito dalla sentenza o dal lodo arbitrale da ottemperare (art. 114, 1° comma).

Con specifico riguardo alle decisioni definitive emesse dalle giurisdizioni diverse da quella amministrativa, il Codice del processo amministrativo conferma che il giudizio d'ottemperanza ha una finalità prettamente attuativa: le norme dettate in materia stabiliscono, infatti, che il predetto giudizio è rivolto a far "conseguire l'attuazione delle sentenze passate in giudicato", ovvero a far ottenere al cittadino vittorioso "l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato" (così dispone l'art. 112, commi 1° e 2°, c.p.a.). In tal modo lo strumento, di cui si discute, fornisce un fondamentale complemento alla tutela dei diritti soggettivi, giacché offre a dette posizioni soggettive una protezione nei confronti della pubblica autorità che il Giudice ordinario non è in grado di assicurare, se non parzialmente: si ricorda che tale ultimo giudice può emettere unicamente sentenze dichiarative dell'illegittimità dell'atto amministrativo ed eventuali pronunce incidentali di disapplicazione dello stesso atto, qualora questo risulti non conforme a legge e, quindi, fonte di ingiusti effetti lesivi.

In riferimento alla giurisdizione amministrativa, il D.Lgs. n. 104/2010 e s.m. assegna, invece, all'istituto una funzione più ampia, non limitata alla sola esecuzione-attuazione della precedente decisione cognitoria. Dalla nuova disciplina codicistica emerge nitidamente che, in siffatto ambito giurisdizionale, l'azione di ottemperanza non ha ad oggetto solo e sempre "la verifica giudiziale dell'esatto adempimento dell'obbligo di conformarsi al giudicato da parte dell'Amministrazione" e la eventuale predisposizione delle misure idonee a dare puntuale e concreta applicazione al provvedimento giurisdizionale non ottemperato⁽²⁾.

Sebbene la funzione ora descritta rimanga ancor oggi la *ratio* fondamentale e principale dell'istituto anche in relazione alle ordinanze cautelari e alle sentenze emesse dal giudice amministrativo (tale impostazione si evince chiaramente dall'art. 112, 2° comma, c.p.a.), tuttavia nell'attuale sistema processuale sono ricondotte nell'alveo del rimedio qui considerato anche azioni di pura cognizione, che non assolvono alla finalità primaria e peculiare prima descritta, ma che sono comunque proponibili con il giudizio, regolato dagli artt. 112-115 c.p.a.,



in ragione della loro correlazione con le vicende successive al *dictum* giudiziale e della loro specifica finalità, consistente, per l'appunto, nell'assicurare piena ed effettiva soddisfazione alla posizione soggettiva, la cui fondatezza è già stata accertata nel giudizio di legittimità.

In particolare non costituiscono meri strumenti di attuazione del comando giudiziale (ex art. 112, 2° comma), né azioni "esecutive" in senso stretto, le domande risarcitorie previste dall'art. 112, 2° comma, lett. 3), c.p.a.. Con dette iniziative, infatti, possono essere fatte valere pretese nuove e distinte, seppur connesse, rispetto all'originario interesse sostanziale, riconosciuto nel precedente giudizio cognitorio, e possono essere chieste al giudice dell'ottemperanza forme di tutela ulteriori e diverse rispetto a quelle tipiche di natura demolitoria o conformativa, per pregiudizi non direttamente discendenti dalla mancata o incompleta ottemperanza spontanea al pregresso provvedimento giurisdizionale esecutivo o passato in giudicato⁽³⁾.

Non hanno parimenti carattere propriamente esecutivo-attuativo: a) la domanda volta ad ottenere, ai sensi dell'art. 114, 2° comma, lett. e), c.p.a., la determinazione giudiziale delle somme di denaro dovute dall'amministrazione in caso di successive violazioni o ritardi⁽⁴⁾; b) il ricorso, proponibile nelle forme del giudizio di ottemperanza ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., per la liquidazione della somma dovuta o per l'ottenimento dell'adempimento degli obblighi ineseguiti, nel caso in cui le parti - dopo l'emissione di una sentenza di condanna che si sia limitata a fissare i criteri generali di liquidazione della somma dovuta - non addividengano ad un accordo o non si conformino ad esso⁽⁵⁾; c) la c.d. ottemperanza acclarativa o delucidativa, introdotta dal già ricordato art. 112, 5° comma, c.p.a. (la cui riconducibilità alla categoria delle azioni di ottemperanza è, peraltro, generalmente negata dalla giurisprudenza⁽⁶⁾).

Del resto, la natura non esclusivamente attuativa-esecutiva-conformativa del giudizio contemplato dagli artt. 112 e seg., c.p.a., è stato recentemente riconosciuta anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: quest'ultima, nella nota sentenza 15 gennaio 2013, n. 2⁽⁷⁾, ha affermato che, nel nuovo regime di tutela delineato dal **D.Lgs. n. 104/2010** e s.m., il Giudice dell'ottemperanza assume il ruolo di "giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto".

Più specificamente il supremo Consesso della giustizia amministrativa ha osservato, nella pronuncia da ultimo richiamata, che "La disciplina codicistica del giudizio di ottemperanza non è suscumbibile in una mera azione di esecuzione delle sentenze o di altro provvedimento ad esse equiparato, ma presenta profili affatto diversi non solo quanto al 'presupposto' (cioè in ordine al provvedimento per il quale si chiedi che il Giudice disponga ottemperanza), ma anche in ordine al contenuto stesso della domanda, la quale può essere rivolta ad ottenere: a) 'l'attuazione' delle sentenze o di altri provvedimenti ed esse equiparati, del giudice amministrativo o di altro giudice diverso da questi, con esclusione delle sentenze della Corte dei Conti e del giudice tributario, o, più in generale, di quei provvedimenti di giudici diversi dal giudice amministrativo 'per i quali sia previsto il rimedio dell'ottemperanza' (art. 112, comma 2, c.p.a.); b) la condanna 'al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza' (art. 112, comma 3); c) il 'risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato' (art. 112, comma 3); d) la declaratoria della nullità di eventuali atti emanati in violazione o elusione del giudicato (art. 114, comma 4)".

Il medesimo Giudice ha ulteriormente argomentato, nella citata pronuncia n. 2/2013, che "l'esame della disciplina processuale dell'ottemperanza, di cui agli artt. 112 e segg. c.p.a. (ai quali occorre doverosamente aggiungere l'art. 31, comma 4), porta ad affermare la attuale polisemicità del 'giudizio' e dell'azione di ottemperanza', dato che, sotto tale unica definizione, si raccolgono azioni diverse, talune meramente esecutive, altre di chiara naturacognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, tutelato dall'art. 24 Cost.. Di conseguenza il giudice dell'ottemperanza, come identificato per il tramite dell'art. 113 c.p.a., deve essere attualmente considerato come giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il loro presupposto". Tale linea interpretativa è stata da ultimo confermata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella decisione 9 giugno 2016, n. 11⁽⁸⁾.



Dunque, ad avviso del massimo Organo della giustizia amministrativa, il giudizio d'ottemperanza è concepito - nell'attuale scenario normativo - come un rimedio sostanzialmente atipico (nonostante il carattere esaustivo e tassativo dell'elenco delle azioni esperibili, contenuto nel citato art. 112 c.p.a.), con finalità non solo attuativo-conformative.

È agevole inferire che il modello di azione, delineato dall'Adunanza plenaria, risulta, in larga misura, coincidente con le ricostruzioni dell'istituto prospettate in passato dal Nigro⁽⁹⁾; in effetti, l'opinione giurisprudenziale innanzi riferita sembra ispirarsi alla nota teoria dell'autorevole Studioso sopra menzionato, la quale - come noto - tende a conferire al rimedio in esame natura complessa e a considerarlo quale naturale prosecuzione e completamento del giudizio cognitorio, nell'ottica di un giudicato amministrativo "a formazione progressiva"⁽¹⁰⁾.

Più esattamente, secondo la tesi dottrinale ora richiamata, "spetta al giudice dell'ottemperanza: rendere esplicita la regola, traducendo dal negativo al positivo gli accertamenti del primo giudice sul corretto modo di esercizio del potere; dare un contenuto concreto all'obbligo di ripristinazione, risolvendo i molti problemi possibili al riguardo; identificare il vincolo gravante sui tratti di azione amministrativa non incisi direttamente dal giudicato; decidere circa la rilevanza delle sopravvenienze"⁽¹¹⁾.

Così opinando si giunge a configurare l'istituto in questione non solo alla stregua di uno strumento di attuazione coattiva del giudicato: ad esso si attribuisce, infatti, una *ratio* più ampia ed articolata, consistente nel garantire piena ed effettiva soddisfazione all'interesse che il giudice di merito ha ritenuto degno di tutela⁽¹²⁾. In particolare si rileva che, attraverso il giudizio d'ottemperanza, è possibile definire compiutamente il rapporto tra la pubblica autorità ed il privato, oggetto di un precedente giudizio di cognizione. Per queste ragioni al giudice chiamato ad individuare la "regola conformativa" è consentito integrare, all'occorrenza, la disciplina del caso concreto fissata nella pregressa sentenza di merito; in tal modo il giudice dell'esecuzione è in grado di sopperire ai limiti di accertamento e di decisione, insiti nella giurisdizione generale di legittimità⁽¹³⁾.

In effetti, il giudice dell'ottemperanza - a differenza del giudice della cognizione - ha gli strumenti necessari per valutare pienamente e direttamente il rapporto sostanziale controverso, sia perché è dotato di poteri decisori più ampi, estesi anche al merito, sia perché - essendo già intervenuto l'annullamento del provvedimento illegittimo - è nelle condizioni di esaminare la fattispecie sottoposta al suo scrutinio, senza l'intermediazione dell'atto amministrativo e dei vizi di legittimità dedotti dal ricorrente. Il giudizio successivo alla fase di cognizione è, pertanto, un giudizio sul rapporto, anzi, per meglio dire, è il giudizio sul rapporto amministrativo, posto che, con esso, è possibile determinare l'assetto definitivo e complessivo delle posizioni giuridiche *ivi* coinvolte.

Le suesposte finalità dell'istituto sembrano essere pienamente colte e valorizzate nella disciplina dettata dal D.Lgs. n. 104/2010: come già in precedenza segnalato, negli artt. 112 e 114 c.p.a. il giudizio d'ottemperanza viene configurato come sede "naturale" per la proposizione e la risoluzione non solo delle questioni originate dall'inadempimento del *dictum* giudiziale, ma di tutte le questioni attinenti al rapporto oggetto della pronuncia di annullamento, che sorgono successivamente alla predetta pronuncia⁽¹⁴⁾. In sostanza, nel vigente diritto processuale amministrativo si tende a concentrare nel rimedio in questione ogni tutela connessa e consequenziale ad una decisione giudiziale e a far conseguire al ricorrente vittorioso, tramite l'azione regolata dagli artt. 112 e seg. c.p.a., tutte le utilità scaturenti dalla statuizione adottata, *ivi* comprese quelle che non sono state negate dall'amministrazione con un contegno, apertamente o velatamente, omissivo.

Nella prospettiva di assicurare pienezza ed effettività di tutela alla posizione soggettiva riconosciuta nel processo di cognizione⁽¹⁵⁾, il contenuto precettivo della sentenza di merito può anche essere arricchito, in sede di ottemperanza, pur rimanendo il giudizio formulato in tale ultima sede sempre condizionato dalle precedenti decisioni; inoltre, il ricorso ex art. 112 c.p.a. potrà anche dar luogo ad una azione di mera cognizione, come nel caso in cui il ricorso sia promosso per far dichiarare - ai sensi dell'art. 114, 2° comma, lett. b), c.p.a. - la nullità di atti emessi in violazione o elusione del giudicato o si chiedi la c.d. ottemperanza interpretativa, ai sensi dell'art. 112, 5° comma, c.p.a.

Individuazione dei limiti della nuova disciplina ed indicazione delle modifiche normative utili o necessarie

Dopo aver individuato i connotati fondamentali dell'istituto, è possibile analizzare la disciplina dettata in materia dal codice del processo amministrativo e verificare se questa risulti effettivamente adeguata e conforme alla natura e alle funzioni attualmente rivestite dalla figura.

Da un punto di vista sistematico appare, innanzitutto, discutibile il criterio di riparto di competenze, stabilito dall'art. 113 c.p.a., in relazione all'ottemperanza delle sentenze emesse dal giudice amministrativo. Si rammenta che tale disposizione riproduce, nella sostanza, la regola di riparto, fissata dall'art. 37 della legge T.A.R.⁽¹⁶⁾. Il menzionato art. 113, c.p.a., prescrive, infatti, che il ricorso per l'attuazione di un provvedimento giudiziale amministrativo "...si propone... al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta; la competenza è del tribunale amministrativo regionale anche per i suoi provvedimenti confermati in appello con motivazione che abbia lo stesso contenuto dispositivo e conformativo dei provvedimenti di primo grado".

Dunque, al pari della normativa *ante* codice, anche il vigente regime positivo contempla l'ipotesi che la decisione sul ricorso d'ottemperanza sia emessa, in unico grado, dal Consiglio di Stato⁽¹⁷⁾.

Una simile previsione, tuttavia, non pare in linea con il modello di azione per l'ottemperanza, accolto nel nuovo codice del processo amministrativo e più sopra descritto: si ricorda che in siffatto modello generale sono ricomprese non solo azioni meramente esecutivo-attuativo, ma anche azioni di pura cognizione, con le quali - come si è già sottolineato - possono essere fatte valere anche pretese ulteriori e diverse, seppure connesse, a quelle riconosciute nel provvedimento giudiziale da eseguire.

Consapevole di tali evoluzioni dell'istituto, la Commissione Giustizia della Camera aveva, a suo tempo, segnalato l'esigenza di garantire, nell'emanando codice del processo amministrativo, il principio del doppio grado di giurisdizione amministrativa anche nella fase regolata dagli artt. 112-115 c.p.a.. Questo parere è stato, però, disatteso dal legislatore delegato del 2010, con la seguente motivazione, desumibile dalla relazione finale di accompagnamento al Codice: "Si è ritenuto di non seguire l'osservazione formulata dalla Commissione Giustizia della Camera, che chiedeva il doppio grado anche nella fase dell'ottemperanza e, quindi, la proposizione del ricorso sempre prima dinanzi al tribunale amministrativo regionale, essendosi stimato preferibile mantenere l'attuale assetto del giudizio di ottemperanza e, quindi, prevedere che il giudice dell'ottemperanza sia proprio quello da cui è scaturita la regola *juris* da attuare". Tali argomentazioni testimoniano, con evidenza, la mancata presa di coscienza, da parte del nostro legislatore, circa la reale portata e le effettive funzioni svolte dal rimedio giudiziale, di cui si discute.

D'altro canto, anche una parte cospicua della dottrina e della giurisprudenza, formatasi sia prima⁽¹⁸⁾ che dopo l'entrata in vigore del D.Lgs n. 104/2010⁽¹⁹⁾, si è mostrata concorde nel considerare il doppio grado di giudizio un principio fondamentale ed imprescindibile - ancorché questo non assuma in generale, ad avviso della Consulta⁽²⁰⁾, il valore di regola costituzionalmente garantita - in tutte le azioni di natura cognitoria, devolute dalla giurisdizione amministrativa, ivi comprese quelle esperibili in sede d'ottemperanza. In particolare, secondo la linea di pensiero ora riferita, nell'ambito giurisdizionale di cui si tratta, il predetto principio sarebbe munito anche di copertura costituzionale, in forza dell'art. 125 Cost.⁽²¹⁾.

Per le suesposte ragioni, in epoca antecedente alla riforma del sistema processuale amministrativo intervenuta nel 2010, era diffuso, in giurisprudenza, il convincimento che le domande risarcitorie, connesse e discendenti da pronunce emesse dal Giudice amministrativo, potessero essere formulate, per la prima volta, nel ricorso rivolto ad ottenere l'adempimento del *decisum* unicamente nel caso in cui detto ricorso fosse proposto dinanzi al T.A.R., giacché solo in questo caso era assicurata l'appellabilità della sentenza⁽²²⁾.

Come in precedenza rilevato, il legislatore non ha ritenuto di accogliere i suindicati orientamenti interpretativi: con il decreto n. 125/2011, ha preferito, infatti, modificare, la disciplina delle azioni esperibili in sede d'ottemperanza, contenuta nell'art. 112 c.p.a., piuttosto che ridefinire il regime delle competenze giurisdizionali, dettato dall'art. 113 c.p.a.. Più precisamente, con il decreto da ultimo richiamato è stato, da un lato, aggiunto un inciso al 3° comma del citato art. 112 c.p.a., con il quale è stato espressamente specificato che le richieste di risarcimento danni, elencate nella norma, possono essere proposte "anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza"; dall'altro, è stato abrogato il 4° comma della medesima disposizione, il quale consentiva di dispiegare, con il ricorso per l'esecuzione della decisione, anche le c.d. domande

risarcitorie "pure od autonome", ovvero quelle domande connesse al pregresso *dictum* giudiziale, ma non direttamente discendenti da questo.

Tale intervento correttivo, diretto a circoscrivere la tipologia di pretese ristoratorie azionabili con la richiesta di attuazione della sentenza, non è, peraltro, idoneo a risolvere, in radice e definitivamente, il problema di *deficit* di tutela, che il mancato riconoscimento, nel processo amministrativo, della piena operatività del doppio grado di giudizio anche nella fase dell'ottemperanza comporta⁽²³⁾.

In primo luogo, detto intervento correttivo ha riguardato le sole istanze risarcitorie esperibili con il ricorso d'ottemperanza; vi sono, però, azioni di pura cognizione, parimenti proponibili con il ricorso in questione, che continuano ad essere sprovviste della garanzia processuale da ultimo ricordata: è questo, ad esempio, il caso dell'azione per la dichiarazione di nullità degli atti amministrativi emanati in violazione od elusione del giudicato, cui si riferisce l'art. 114, 4° comma, lett. b), c.p.a.

Inoltre, anche le azioni di risarcimento indicate nel menzionato art. 112, 3° comma, c.p.a. - seppur più strettamente correlate al provvedimento giudiziale ottemperando rispetto a quelle originariamente contemplate dall'abrogato art. 112, 4° comma - hanno natura cognitoria ed hanno (o almeno possono avere) ad oggetto pretese ulteriori e distinte⁽²⁴⁾ rispetto a quelle accertate nel giudizio di merito. Anche per queste azioni, dunque, si pone la necessità, come per quelle autonome contemplate dalla norma non più in vigore, di predisporre una tutela articolata in due gradi di giudizio. Per gli anzidetti motivi, non pare giustificata, sotto il profilo sia logico sia giuridico, il diverso trattamento riservato alle due fattispecie nella più recente normativa afferente alla materia in esame.

D'altro canto, il fatto che l'art. 112, 3° comma, c.p.a., preveda solo la facoltà, per il ricorrente, di proporre, in sede d'ottemperanza, domande risarcitorie ed espressamente disponga che tale domanda possa essere promossa "anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza", non esclude, di per sé, l'incompatibilità della suddetta disciplina con i fondamentali diritti di difesa del cittadino, sanciti dall'art. 24 Cost., segnatamente con il principio del doppio grado di giudizio. Se, infatti, il ricorrente può anche decidere di richiedere la rifusione dei danni subiti unitamente con il ricorso per l'ottemperanza, anziché in via autonoma, rinunciando così, eventualmente, all'appellabilità della sentenza, non è agevole comprendere per quale motivo le altre parti del giudizio dovrebbero subire una simile decisione⁽²⁵⁾.

In definitiva, la scelta del legislatore di concentrare l'esame di tutte le questioni insorgenti a seguito dell'emissione di un provvedimento giudiziale nella fase dell'ottemperanza è senza dubbio comprensibile e condivisibile, in quanto assicura al cittadino una tutela piena ed effettiva ed una ragionevole durata del processo. Tuttavia, per le ragioni più sopra esposte, tale scelta può rivelarsi addirittura controproducente per la stessa posizione giuridica riconosciuta nel giudizio di cognizione (oltre che gravemente lesiva per le altre posizioni sostanziali coinvolte nel rapporto controverso), se non è accompagnata dalla previsione della garanzia del doppio grado di giurisdizione.

Per altro verso, la vigente disciplina codicistica non pone espressi limiti all'appellabilità dalle statuizioni adottate dal giudice dell'ottemperanza: al riguardo l'art. 114, 8° comma, c.p.a., stabilisce, genericamente, che sono impugnabili i "provvedimenti giurisdizionali adottati dal giudice dell'ottemperanza", senza contemplare deroghe od esclusioni.

Considerato il tenore letterale della norma, parte della dottrina⁽²⁶⁾ ha dedotto che, nel D.Lgs. n. 104/2010, non è stato recepito l'indirizzo interpretativo seguito unanimemente dalla giurisprudenza in epoca antecedente all'entrata in vigore del codice del 2010⁽²⁷⁾, il quale soleva distinguere, nell'ambito dei poteri decisionali esercitati dal giudice dell'ottemperanza, tra le misure meramente esecutive e le questioni di natura cognitoria, ammettendo l'appellabilità solo delle seconde⁽²⁸⁾.

La linea esegetica, propensa a riconoscere l'impugnabilità di tutte le statuizioni assunte dal giudice dell'ottemperanza, appare preferibile in primo luogo perché dà rilievo ed applicazione al principio secondo cui "*ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*". Tale linea esegetica risulta più convincente anche da un punto di vista teorico-sistematico, in quanto le misure strettamente esecutive della sentenza possiedono la medesima naturagiurisdizionale delle statuizioni di merito o di rito, che il giudice debba risolvere per dare attuazione alla medesima sentenza⁽²⁹⁾. Occorre

sottolineare, inoltre, che le decisioni assunte in sede d'ottemperanza sono il più delle volte un *mixtum compositum*, talvolta inestricabile, di cognizione, esecuzione e conformazione⁽³⁰⁾, di talché diventa difficile, se non addirittura impossibile, discernerne l'esatta natura e finalità.

Per quanto concerne, poi, gli aspetti più propriamente procedurali, si è già avuto modo di notare che il codice del processo amministrativo ha introdotto modifiche significative: sotto questo profilo, il D.Lgs. n. 104/2010 ha attribuito, innanzitutto, carattere facoltativo alla previa diffida ad adempire, ai fini della proposizione dell'azione per l'ottemperanza (art. 114, c. 1). Quest'ultimo adempimento formale non costituisce più, dunque, una condizione di ammissibilità dell'azione. Tale disposizione, senza dubbio innovativa rispetto al precedente regime giuridico dettato in materia⁽³¹⁾, trova giustificazione, sul piano formale, nella contestuale imposizione, ad opera dello stesso art. 114, c. 1, c.p.a., della notifica del ricorso, in luogo del deposito e della successiva comunicazione alle altre parti a cura del tribunale adito. Al riguardo, nella relazione finale di accompagnamento al Codice del processo amministrativo, si osserva che la previsione normativa della "...notificazione del ricorso per ottemperanza prima del suo deposito, già nella prassi richiesta, in ossequio al principio del contraddittorio, affermato dalla Corte costituzionale anche con riguardo al giudizio d'ottemperanza... ha reso non più necessario l'adempimento, finora prescritto, della previa diffida e messa in mora. Tale adempimento rimane, pertanto, una facoltà rimessa alla scelta della parte".

Sul punto è stato, tuttavia, rilevato in dottrina⁽³²⁾, non senza ragione, che sarebbe stato forse opportuno conservare l'istituto in esame - la cui operatività, peraltro, era già stata largamente ridimensionata dalla elaborazione giurisprudenziale *ante* codice - non tanto per la sua funzione di garanzia del contraddittorio, ormai da considerarsi molto limitata se non addirittura esaurita, quanto piuttosto per la sua utilità come strumento per la composizione bonaria delle controversie in materia di esecuzione delle pronunce giudiziali e per la sua (potenziale) efficacia deflattiva del relativo contenzioso. Il mantenimento dell'obbligo di diffida si sarebbe posto, tra l'altro, in linea con il generale *favor*, mostrato, in tempi più recenti, dal nostro legislatore, anche nell'ambito del diritto pubblico, per i modelli di giustizia alternativa e di risoluzione extragiudiziale delle liti⁽³³⁾.

D'altro canto, anche la norma (art. 114, 3° comma, c.p.a.), che prescrive la necessaria e generale definizione del giudizio d'ottemperanza con sentenza in forma semplificata, suscita dubbi e perplessità. Invero la rilevanza e l'ampiezza dei poteri cognitori ed attuativi, affidati al giudice dell'ottemperanza dalla vigente normativa, appaiono difficilmente conciliabili con la categoria di decisioni sopra indicate, le quali - come noto - presuppongono che le questioni sollevate dalle parti siano di semplice ed univoca risoluzione; proprio per tali ragioni il legislatore ritiene sufficiente una motivazione sintetica, che faccia riferimento al solo punto in fatto o di diritto ritenuto dirimente⁽³⁴⁾. Considerata, però, la varietà e la complessità dei profili sostanziali e processuali che il giudice è normalmente chiamato ad esaminare in sede di ottemperanza, sarebbe stato decisamente meglio lasciare al predetto giudice il compito di valutare discrezionalmente il tipo di sentenza da adottare nel caso concreto.

Esame della c.d. ottemperanza di chiarimenti e ricostruzione della relativa disciplina

Si è in precedenza ricordato che la novità più rilevante, apportata in materia dal D.Lgs. n. 104/2001, è stata l'introduzione del potere - per le parti del giudizio di merito ed anche per il commissario ad acta - di richiedere, con il ricorso regolato dall'art. 112 e segg., c.p.a., chiarimenti in merito alle modalità di attuazione della decisione emessa. Più esattamente l'art. 112, 5° comma, c.p.a., prevede che il ricorso per l'attuazione della sentenza "può essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza". L'art. 114, 7° comma, c.p.a., prescrive poi che "Nel caso di ricorso ai sensi del comma 5 dell'art. 112, il giudice fornisce chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza, anche su richiesta del commissario".

Le scarse disposizioni innanzi riportate definiscono in modo assolutamente approssimativo e generico i contorni della nuova figura; tale indeterminatezza di disciplina ha sollevato inevitabilmente diverse questioni interpretative ed applicative, spesso di non facile soluzione.

Indubbiamente il peculiare strumento di tutela, contemplato nel succitato art. 112, 5° comma, c.p.a., ha caratteristiche sue proprie che lo differenziano nettamente dall'ordinaria azione di ottemperanza: è agevole rilevare innanzitutto che detto rimedio trova il suo presupposto non già nell'inadempimento di un *decisum* giudiziale (lo strumento processuale, di cui si tratta, è,



piuttosto, indirizzato a prevenire il verificarsi di una simile ipotesi⁽³⁵⁾, ma nell'incertezza sull'esatta portata del comando giuridico oggetto dell'obbligo conformativo. La richiesta di chiarimenti è, pertanto, finalizzata ad evitare proprio quei comportamenti omissivi, elusivi o palesemente contrastanti con la pronuncia emessa, che costituirebbero l'oggetto di un'eventuale successiva iniziativa volta ad ottenere la conformazione alla *regola iuris* da parte dell'amministrazione inerte o recalcitrante. Per i suesposti connotati ontologici e funzionali, nel giudizio conseguente alla domanda di chiarimenti la componente cognitoria risulta del tutto assorbente rispetto alle componenti dell'esecuzione e dell'ottemperanza.

Si è più sopra avuto modo di segnalare che le riflessioni sull'istituto innanzi esposte sono unanimemente condivise dalla giurisprudenza; tali riflessioni hanno poi indotto la medesima giurisprudenza a configurare detto istituto come mezzo di tutela *sui generis* e ad escludere, conseguentemente, la sua riconducibilità alla categoria generale del giudizio d'ottemperanza⁽³⁶⁾.

L'orientamento interpretativo testé descritto non risulta, tuttavia, persuasivo: si rammenta che, secondo quanto osservato dalla stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella già richiamata n. 2/2015⁽³⁷⁾, nell'attuale sistema processuale amministrativo il giudice dell'ottemperanza rappresenta il "giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto". Essendo normativamente individuata nell'azione disciplinata dall'art. 112 e segg., c.p.a., la sede "naturale" per l'esame di tutte le questioni attinenti al rapporto definito dalla sentenza di annullamento che sorgono successivamente alla sua emanazione e che abbiano, con essa, un diretto ed immediato collegamento, non pare fondato, sul piano sia logico sia giuridico, espungere dal paradigma di azione delineato dal precetto da ultimo citato, la particolare forma di ricorso prevista dal 5° comma del medesimo precetto. Tale esclusione appare ancor più immotivata se si tiene conto del fatto che la c.d. ottemperanza acclarativa o delucidativa ha lo scopo precipuo di risolvere quelle questioni interpretative ed applicative, che, nella tipica fase di attuazione/esecuzione della sentenza, il giudice deve, anche d'ufficio, scrutinare e definire preliminarmente, al fine di esercitare i poteri sostitutivi, ordinatori e cassatori che gli sono attribuiti⁽³⁸⁾.

Con riguardo poi alla *causa petendi* ed al *petitum* del rimedio regolato dal menzionato art. 112, c. 5, c.p.a., la giurisprudenza ha avuto occasione di rilevare che la norma ora indicata non ha introdotto un'azione finalizzata all'"accertamento della legittimità o liceità della futura azione amministrativa, salvo che questa non attenga ad una effettiva modalità di esecuzione della sentenza"⁽³⁹⁾. È stato poi sottolineato che la richiesta di chiarimenti "non può trasformarsi in un appello mascherato, che porti a stravolgere il contenuto della pronuncia, che non può venire riformata né integrata dal giudice dell'ottemperanza ove la pretesa avanzata sia de plano ricavabile dal tenore testuale della sentenza da eseguire"⁽⁴⁰⁾; è stato, inoltre, osservato che la predetta richiesta non può, in ogni caso, sospendere *medio tempore* l'obbligo di conformarsi alle sentenze esecutive per legge⁽⁴¹⁾.

Secondo la giurisprudenza, la disposizione, di cui si tratta, ha, in realtà, attribuito al giudice amministrativo un potere di "interpretazione autentica" del giudicato, esercitabile, su ricorso di parte, qualora il *decisum* presenti elementi di dubbio o di non immediata chiarezza e "senza che possano essere prese in considerazione ragioni di doglianza volte a modificare e/o solo integrare il *proprium* delle statuizioni rese con la decisione di merito"⁽⁴²⁾. Scopo del rimedio - hanno ulteriormente argomentato i giudici amministrativi⁽⁴³⁾ - è quello di agevolare l'adempimento spontaneo della sentenza da parte dei soggetti tenuti a conformarvisi, in modo da garantire la piena ed immediata soddisfazione della posizione sostanziale accertata nella sentenza. È evidente che, nel disegno del codice, la predetta iniziativa assume carattere necessariamente autonomo e preventivo rispetto all'azione d'ottemperanza in senso stretto, giacché dovrebbe evitare la necessità, per la parte vittoriosa, di promuovere ulteriori, defatiganti iniziative giudiziali, finalizzate ad ottenere la conformazione alla decisione rimasta ineseguita.

La medesima giurisprudenza ha, altresì, rilevato che la novella normativa, di cui si discetta, non ha configurato un'attività di consulenza in favore dei contendenti⁽⁴⁴⁾. Per questi motivi si ritiene che i quesiti interpretativi sottoposti al giudice, in forza della precetto in esame, debbano attenersi esclusivamente alla modalità di ottemperanza e debbano, altresì, possedere i requisiti della concretezza e della rilevanza. Non possono, quindi, essere sottoposte al giudice, ai sensi

dell'art. 112, 5° comma, c.p.a., questioni astratte di interpretazione della sentenza, ma solo questioni specifiche che siano effettivamente insorte durante la fase di esecuzione della sentenza ottemperanda⁽⁴⁵⁾.

Le suesposte considerazioni, espresse dalla giurisprudenza in ordine all'oggetto e alle finalità dell'istituto, sono, in linea di massima, condivisibili: appare, però, discutibile l'opinione giurisprudenziale, più sopra ricordata, che tende ad escludere la possibilità, per il giudice chiamato a pronunciarsi sulla domanda di chiarimenti, di integrare il precetto stabilito nella decisione da attuare. Tale convincimento sembra dettato, più che da ragioni di ordine teorico o sistematico, dal timore che l'azione introdotta *ex novo* dal Codice sia utilizzata in modo distorto e strumentale dalle parti, al fine di conseguire utilità estranee e ulteriori rispetto a quelle assicurate da siffatta azione e dal giudizio di ottemperanza nel suo complesso.

Un simile timore appare senza dubbio fondato; tuttavia - come ha avuto modo di segnalare, in passato, la stessa giurisprudenza amministrativa - l'attività di interpretazione delle statuizioni giurisprudenziali, propedeutica e funzionale alla determinazione delle misure di ottemperanza, richiede molto spesso che il giudice completi ed arricchisca la regola *iuris* da portare ad esecuzione⁽⁴⁶⁾. L'esercizio di tali poteri integrativi del *dictum* giudiziale risulta, in particolare, indispensabile nel caso in cui l'assetto sostanziale degli interessi, definito nella sentenza, non sia immediatamente desumibile dal suo tenore letterale⁽⁴⁷⁾ e non sia, pertanto, possibile dare, con una semplice attività applicativa, un contenuto concreto a tutti gli obblighi (espliciti ed impliciti) imposti dal pronunciamento⁽⁴⁸⁾.

Per i motivi ora indicati, qualora non si riconoscesse al giudice chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di chiarimenti il potere di specificare ulteriormente e progressivamente la *norma agendi* fissata nella decisione sottoposta al suo esame, il rimedio, di cui si discute, sarebbe privata di gran parte della sua utilità e della sua funzione.

Se sono esatte le precedenti riflessioni, risulta difficile ammettere un intervento chiarificatore del giudice amministrativo, ai sensi del citato art. 112, 5° comma, c.p.a., in riferimento a sentenze emesse da altri ordini giurisdizionali, e soprattutto in riferimento a quelle adottate dall'autorità giudiziaria ordinario. Infatti, con riferimento a questi ultimi pronunciamenti, la giurisprudenza amministrativa è sempre stata ferma nel sostenere che l'ottemperanza debba essere limitata alla "stretta esecuzione". Il giudice amministrativo chiamato a dare attuazione a decisioni di altri giudici non dispone, dunque, del potere di "arricchire" la statuizione originaria di altri contenuti precettivi non esplicitamente e direttamente deducibili dal tenore letterale della medesima statuizione. Se così non fosse - si fa notare - al predetto giudice sarebbe consentito decidere ed incidere su posizioni giuridiche soggettive estranee al proprio ambito giurisdizionale⁽⁴⁹⁾.

Si deve, inoltre, rilevare che il miglior interprete ed esecutore della sentenza inattuata è, senza dubbio, lo stesso giudice che l'ha adottata; a questo e solo a questo dovrebbe, quindi, essere conferito il potere di fornire chiarimenti, ai sensi dell'art. 112, 5° comma, c.p.a.

D'altro canto, al fine di evitare che il mezzo di tutela in questione sia impiegato per fini dilatori o si trasformi in una mera attività di consulenza (di cui potrebbero giovare soprattutto i funzionari incaricati di portare ad esecuzione la sentenza, per non incorrere in responsabilità amministrative, disciplinari e civili, in caso di errore), sarebbe auspicabile che il legislatore provvedesse a specificare maggiormente i presupposti per l'esercizio dell'azione. Invero, dalla casistica giurisprudenziale sinora formatasi emerge, con evidenza, un utilizzo intenso e certamente eccessivo del rimedio da parte dell'amministrazione⁽⁵⁰⁾; dalla medesima casistica si evince, altresì, che la richiesta delucidativa proposta dalla parte pubblica è, il più delle volte, dettata non già da una obiettiva incertezza od indeterminatezza del precetto giuridico, stabilito nella sentenza, quanto piuttosto da mere difficoltà di attuazione del precetto, non imputabili al *dictum* giudiziale, ma a problemi più ampi e di sistema⁽⁵¹⁾.

Sarebbe pertanto opportuno che fosse quantomeno specificato, nel citato art. 112, 5° comma, c.p.a., che la richiesta di "chiarimenti in ordine alla modalità di ottemperanza" è azionabile solo nel caso in cui vi sia una effettiva incertezza, oscurità, indeterminatezza od incompletezza della regola *iuris*, dettata nella decisione da interpretare.

Per quanto concerne, poi, la legittimazione all'azione, occorre osservare che, per le sue caratteristiche teleologiche e strutturali, l'istituto, di cui si discute, si presta ad essere utilizzato,

innanzitutto, dai soggetti tenuti ad adeguarsi alla sentenza, ovvero dalle parti soccombenti (e segnatamente dalla pubblica amministrazione che si deve conformare all'annullamento giudiziale). In effetti il rimedio introdotto dalla norma da ultimo ricordata è idoneo a garantire alle parti suindicate un'utilità concreta e diretta, essendo funzionalmente preordinato a rendere più agevole l'adempimento dell'obbligo conformativo e ad evitare contestazioni successive od ulteriori⁽⁵²⁾. Sul punto è stato giustamente rilevato⁽⁵³⁾ che, con la proposizione del ricorso in questione, "non si insorge contro la volontà di non ottemperare (o comunque contro una situazione di inottemperanza) né contro una intervenuta violazione o elusione di giudicato, ma si mostra proprio la volontà di volere prestare attuazione alla sentenza, anzi, di voler esattamente adempiere, a tal fine richiedendo al giudice che ha pronunciato la precedente sentenza, i chiarimenti dei punti del '*decisum*', che presentano elementi di dubbio o di non immediata chiarezza".

Al contrario, appare difficile riconoscere l'esistenza di un analogo interesse a far valere in modo autonomo l'azione "di chiarimento" in capo alla parte vittoriosa nel giudizio di legittimità. Difatti, fintanto che non vi è l'adempimento giudizialmente prescritto, la parte in favore della quale è stato disposto ha interesse a richiedere non tanto chiarimenti in ordine alle modalità di conformazione alla sentenza, quanto piuttosto l'adempimento stesso (posto che, in sede d'ottemperanza, il giudice ha il potere di esaminare, anche d'ufficio⁽⁵⁴⁾, tutte le questioni attinenti all'esatta individuazione della *regola juris* stabilita nella decisione, la cui definizione sia necessaria per portare ad esecuzione la sentenza)⁽⁵⁵⁾. Appare evidente che, in relazione alla posizione giuridica sostanziale tutelata dalla pronuncia di annullamento, la mera domanda "interpretativa" non è in grado di assicurare una protezione adeguata e realmente soddisfattiva e può rivelarsi addirittura pregiudizievole, poiché può determinare una inutile duplicazione di azioni finalizzate all'ottemperanza e, di conseguenza, un allungamento dei tempi occorrenti per la realizzazione del bene della vita accertato nella sentenza⁽⁵⁶⁾.

Se, dunque, si vuole attribuire la titolarità dell'azione anche alla parte vittoriosa nella fase di cognizione, si deve necessariamente presupporre che a quest'ultima parte sia consentito avvalersi del rimedio contemplato dell'art. 112, 5° comma, c.p.a., in funzione meramente collaborativa rispetto alle controparti. Così opinando, però, si pone il rimedio in questione al di fuori non solo dell'ordinario giudizio d'ottemperanza, ma della stessa giurisdizione amministrativa, giacché, questa - come noto - è una giurisdizione soggettiva, nella quale il diritto d'azione è conferito soltanto a colui che ha interesse ad agire, ovvero a colui che è in grado di ritrarre dall'eventuale pronunciamento favorevole un concreto ed immediato vantaggio⁽⁵⁷⁾.

Problemi di ordine teorico e pratico ancora maggiori solleva poi la legittimazione al ricorso "delucidativo" che l'art. 114, 7° comma, c.p.a., ha espressamente conferito al Commissario ad acta. Una simile legittimazione è, innanzitutto, difficilmente prospettabile, per il fatto che, se è stato nominato un commissario ad acta, è già pendente l'ordinario giudizio d'ottemperanza (salvo il caso in cui la nomina sia stata effettuata nella stessa sentenza che ha definito il giudizio di cognizione, ai sensi dell'art. 34, 1° comma, lett. e), c.p.a.⁽⁵⁸⁾) e, quindi, risulta preclusa o, comunque, priva di qualsiasi utilità l'autonoma presentazione di una domanda ex art. art. 112, 5° comma, c.p.a.. Inoltre, nell'ipotesi in cui fosse proposta dal commissario ad acta, detta domanda non sarebbe neppure qualificabile propriamente come "azione", dal momento che il commissario ad acta non assume la veste di "parte" né in senso formale né in senso sostanziale⁽⁵⁹⁾.

Occorre aggiungere che il suddetto soggetto non avrebbe, comunque, alcun interesse proprio ad introdurre autonomamente l'azione "acclarativa", giacché, nella sua qualità di organo ausiliario del giudice, è certamente titolato a richiedere a quest'ultimo ogni chiarimento, che ritenga opportuno o indispensabile per l'assolvimento delle suoi doveri d'ufficio, senza la necessità di osservare le formalità prescritte per il ricorso e le regole processuali per esso stabilite⁽⁶⁰⁾.

D'altro canto non pare neppure configurabile, nel caso di specie, una legittimazione speciale straordinaria del commissario ad acta, sul modello dell'azione surrogatoria prevista dall'art. 2900 c.c., come pure è stato sostenuto in dottrina⁽⁶¹⁾. Tale ipotizzata funzione sostitutiva risulta, infatti, incompatibile con il ruolo di organo "*super partes*", che il commissario ad acta riveste nell'ambito del processo amministrativo (si veda in proposito l'art. 21 c.p.a.)⁽⁶²⁾.

Riguardo poi alla procedura da seguire per l'ottenimento di chiarimenti, la disciplina contenuta nel codice non detta alcuna norma specifica: sul punto l'art. 112, 5° comma, c.p.a., si limita a



prescrivere che la relativa richiesta deve essere formulata con ricorso. Nel silenzio della legge, la giurisprudenza, che si è pronunciata sinora in materia, sembra orientata a ritenere applicabili, nel giudizio conseguente alla predetta richiesta, le regole processuali valevoli per la tipica azione d'ottemperanza⁽⁶³⁾.

La suindicata soluzione interpretativa non appare, tuttavia, condivisibile: innanzitutto, sotto il profilo logico-sistematico, essa appare in contrasto con l'indirizzo giurisprudenziale più diffuso e poc'anzi segnalato, che tende ad affermare il carattere speciale ed autonomo della fattispecie in esame e, quindi, ad escludere la sua riconducibilità al modello generale dell'azione per l'ottemperanza⁽⁶⁴⁾.

Inoltre, sotto il profilo pratico e funzionale, il rito delineato dagli artt. 87 e 112-114 c.p.a., non sembra adattarsi ai connotati ontologici e teleologici propri dell'istituto qui considerato. In particolare, i tempi necessari per giungere alla conclusione del giudizio (seppur ridotti, ai sensi del menzionato art. 87 c.p.a., rispetto a quelli ordinari), gli adempimenti imposti dal principio del contraddittorio e dall'istruttoria, i tempi occorrenti per l'emissione della sentenza e per la sua pubblicazione, nonché la sua impugnabilità, in base all'art. 113 c.p.a., collidono, in modo evidente, con le esigenze di immediatezza e speditezza connaturati ai chiarimenti richiesti ex art. 112, 5° comma, c.p.a., i quali - come si è detto - sono preordinati a far conseguire in tempi rapidi il bene della vita accertato giudizialmente e a evitare l'insorgenza di contestazioni in ordine alle modalità attuative della decisione emessa⁽⁶⁵⁾.

Invero, applicando all'azione "delucidativa" le norme processuali dettate per la normale azione di ottemperanza si potrebbe verificare l'ipotesi, davvero paradossale, che la fase di interpretazione/attuazione della sentenza si articoli in ben quattro gradi di giudizio (due per la c.d. ottemperanza "informativa" ed altri due per l'ottemperanza vera e propria).

In tal modo lo strumento di tutela, introdotto *ex novo* dal codice, si presterebbe facilmente ad un utilizzo improprio e distorsivo, da parte dei soggetti tenuti ad adeguarsi alla decisione.

Al fine di evitare i suindicati rischi - invero molto concreti - e garantire una utilità certa ed effettiva al potere d'azione riconosciuto dal citato art. 112, 5° comma, c.p.a., è indispensabile che, per esso, il legislatore predisponga una disciplina processuale *ad hoc*: nello specifico sarebbe opportuno prevedere che la domanda di chiarimenti si presenti con una semplice istanza motivata - rivolta allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento giudiziale dal contenuto incerto o generico⁽⁶⁶⁾, e comunicata previamente alle altre parti coinvolte nel precedente giudizio (al fine di consentire anche a queste di formulare quesiti in ordine modalità attuative della decisione) - sulla quale si pronuncia il giudice adito con decreto non impugnabile.

(*) Il presente scritto riprende e sviluppa le considerazioni espresse dall'Autore nella relazione al Convegno di Studi "Per un giudizio amministrativo effettivo ed efficace", organizzato dall'Università degli Studi dell'Insubria, dall'Università Cattolica del Sacro Cuore e dalla Società lombarda degli avvocati amministrativisti (Solom) e tenutasi, in contemporanea, a Milano e a Como il 20 giugno 2016.

(1) Sulla nuova azione di ottemperanza, disciplinata dal codice del processo amministrativo, la letteratura è vasta. Senza alcuna pretesa di esaustività si indicano qui di seguito alcuni Autori per eventuali approfondimenti al riguardo: S.

Castro, *Il giudizio di ottemperanza amministrativa*, Milano, 2012, *passim*; M.

Sanino, *Il giudizio di ottemperanza*, Torino, 2014, *passim*; D. Giannini, *Il*

nuovo giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo, Milano, 2011, *passim*; G.

Mari, *Il giudizio di ottemperanza*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo, Studi e contributi*, Milano, 2013, II, 457 e segg.; N.

Saitta, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Il sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2011, 359 e segg.; A. Antonioli, *Sub art. 112*, in E. Picozza (a cura di), *Codice del processo*

amministrativo, Torino, 2010, 206 e segg.; G.F. Nicodemo-R. Maiolo, *Sub artt. 112-115*, in F.

Caringella-M. Protto (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Trento, 2015, 1101 e

segg.; R. De Nictolis, *Il giudizio di ottemperanza*, in R. De Nictolis, *Codice del processo*

amministrativo, Milano, 2015, 1591 e segg.; C. Delle Donne, *L'esecuzione*:



il giudizio di ottemperanza, in B. Sassani-R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1243 e segg.

(2) Sul punto si veda, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, 19 maggio 2008, n. 2312, in *Foro. Amm.*, *C.d.S.*, 2008, 1, 1420; Id., 2 febbraio 2010, n. 473, *ivi*, 2010, 2, 293; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 22 giugno 2011, n. 3295, in *Foro Amm.*, *T.A.R.*, 2011, 6, 2053. In merito alla natura del giudizio di ottemperanza si veda in dottrina, tra gli altri, M.S. Giannini, *Contenuto e limiti del giudizio d'ottemperanza*, in *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Napoli, 23-25 aprile 1960, Milano, 1962, 122 e segg.; R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, *passim*; Id., *Riflessioni in tema di giudizio d'ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, 374 e segg.; V. Caianiello, *Lineamenti del processo amministrativo*, II ed., Torino, 1979, 559 e segg.; A. Pajno, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro Amm.*, 1987, 2, 1648 e segg.; S. Giacchetti, *Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza*, *ivi*, 1979, 2614 e segg.; Id., *La crisi di effettività della giustizia amministrativa e il ruolo del giudizio d'ottemperanza*, *ivi*, 1988, 1595 e segg.; C. Cacciavillani, *Giudizio Amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, *passim*; L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, *passim*; A. Travi, *L'esecuzione della sentenza (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, *ad vocem*.

(3) Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 4 settembre 2013, n. 4408, in *Foro. Amm.*, *C.d.S.*, 2013, III, 9, 2339. In argomento si veda pure Cons. Stato, Sez. IV, 17 maggio 2012, n. 2830, *ivi*, 2012, 5, 1166; Id., Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 240, in *Dir. e Giust. on line*, febbraio 2013; Id., Sez. III, 24 dicembre 2013, n. 6238, in *Foro. Amm.*, *C.d.S.*, 2013, 12, 3374; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 8 luglio 2013, n. 3526, in *Foro. Amm.*, *T.A.R.*, 2013, 7-8, 2467.

(4) Di recente, in relazione all'istituto ora richiamato nel testo, il T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 9 gennaio 2015, n. 25, in *Foro. Amm.*, *T.A.R.*, 2015, 1, 184, ha giustamente osservato che "L'introduzione nell'ordinamento giuridico processual amministrativistico dell'istituto delle *astreintes* impone una rimediazione del contenuto e dell'ampiezza del sindacato giurisdizionale esperibile in sede di ottemperanza, che non può più ritenersi limitato alla tradizionale portata di mera esecuzione né alla esecuzione preceduta da cognizione a carattere di accertamento dichiarativo; ed invero, l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di emettere una pronuncia tipica di condanna pro futuro sull'azione di condanna, che il c.p.a. assegna al ricorrente quale ulteriore rimedio a tutela della situazione giuridica lesa dalla violazione o inesecuzione del giudicato, consente di ritenere che nel giudizio di ottemperanza il sindacato giurisdizionale si estenda alla cognizione piena di accertamento e condanna, conclusione già peraltro desumibile dall'espressa previsione della condanna risarcitoria di cui all'art. 112, comma 3, c.p.a."

(5) Al riguardo rileva S. Tarullo, *Il giudizio di ottemperanza alla luce del Codice del processo amministrativo*, in *www.giur.uniroma3.it*, 10-11, che la figura di ricorso ora indicata nel testo è caratterizzata da una evidente distanza dallo schema tipico dell'ottemperanza, posto che trova il suo presupposto oggettivo nel mancato accordo tra le parti o nel suo mancato rispetto ed ha come oggetto la quantificazione e liquidazione della somma dovuta; più precisamente l'Autore osserva, in *ult. op. e loc. cit.*, che, nella peculiare azione prevista dal citato art. 34, comma 4, c.p.a. "il giudice non è chiamato a determinare un assetto di interessi in un contesto che contrappone propriamente interesse/i pubblico/i ed interesse/i privato/i, ma unicamente a regolare i rapporti economici tra le parti, definendo peraltro la stessa domanda che era stata originariamente proposta in sede cognitoria. Si può allora concludere che nella fattispecie in esame tra il giudizio di ottemperanza e la sentenza (che stabilisce i soli criteri di liquidazione) il legislatore ha frapposto un tentativo di composizione consensuale degli interessi economici; e che detto giudizio non è strettamente collegato alla sentenza, o meglio al suo inadempimento, quasi fosse una sorta di prosecuzione naturale dell'iter processuale (come è caratteristica del modello tradizionale di esecuzione), ma svolge una funzione sua propria, ponendosi in rapporto di consequenzialità al mancato raggiungimento dell'accordo o alla sua inesecuzione".

(6) Si veda, *ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2, in *Foro. Amm., C.d.S.*, 2013, 1, 68; Id., Sez. IV, 26 settembre 2013, n. 4798, *ivi*, 2013, 9, 2475; Id., Sez. V, 7 settembre 2015, n. 4141, *ivi*, 2015, 9, 2262; Id., Sez. IV, 3 marzo 2015, n. 1036, in *www.lexitalia.it*.

(7) Gli estremi della sentenza ricordata nel testo sono già stati indicati nella nota precedente: per maggiori approfondimenti su di essa si rinvia al commento di A. Falchi Delitala, *Il giudice dell'ottemperanza come "giudice naturale dell'esecuzione della sentenza"*, in *Foro. Amm., C.d.S.*, 2013, 7-8, 1846 e segg.

(8) Che si può leggere in *www.lexitalia.it*. Ivi si osserva, in particolare, che "La dinamicità e la relativa flessibilità che spesso caratterizza il giudicato amministrativo nel costante dialogo che esso instaura con il successivo esercizio del potere amministrativo permettono al giudice dell'ottemperanza - nell'ambito di quell'attività in cui si sostanzia l'istituto del giudicato a formazione progressiva - non solo di completare il giudicato di nuove statuizioni 'integrative', ma anche di specificarne la portata e gli effetti al fine di impedirne il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale".

(9) In argomento si rimanda a M. Lipari, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Atti del LVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna 24-25 settembre 2010), Milano, 2011, 102 e segg.

(10) In tal senso M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in Atti del XXVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 17-19 settembre 1981), Milano, 1983, 94 e segg.; Id., *Giustizia Amministrativa*, Bologna 2002, 332-333. Sul punto si vedano pure A. Police, voce "Annullabilità e annullamento", in *Enc. Dir., Annali*, I, Milano, 2008, 68; C. Calabrò, *L'ottemperanza come "prosecuzione" del giudizio amministrativo*, in *Il giudizio d'ottemperanza*, in Atti del XXVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 17-19 settembre 1981), cit., 159; C.E. Gallo, voce "Ottemperanza (giudizio di) (diritto processuale amministrativo)", in *Enc. Dir., Annali*, II, Milano, 2008, 818 e segg.

(11) Così M. Nigro, *Giustizia Amministrativa.*, cit., 332. In forza delle considerazioni riportate nel testo l'Autore afferma, in *ult. op. e loc. cit.*, che "...se per ciò che riguarda la prima operazione, si può ritenere trattarsi di mera interpretazione del giudicato, la quale...è sempre di competenza del giudice dell'esecuzione, negli altri casi il giudice dell'ottemperanza sicuramente concorre ...ad identificare la volontà concreta della legge o a formare la normativa del caso concreto: è, quindi attività di cognizione, pur se la cognizione è compiuta in funzione immediata della sua traduzione in realtà pratica e contestualmente con questa".

(12) In tal senso M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 96 e segg.; si veda, inoltre, A.M. Sandulli, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, in *Dir. e Società*, 1982, 19 e segg.; Id., *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in Atti del convegno celebrativo del centocinquantenario dell'istituzione del Consiglio di Stato, Milano, 1983, 305.

(13) La natura di giudizio sul rapporto proprio del rimedio dell'ottemperanza era già stata sottolineata da F. Benvenuti, voce "Giudicato (dir. amm.)", in *Enc. Dir.*, VI, Milano 1969, 908-910; più di recente tale aspetto del giudizio di ottemperanza è stato esaminato e valorizzato da E. Picozza, *La rilevanza delle pronunce del giudice amministrativo nel giudizio civile e in quello penale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, spec. 73, *nota 44*.

(14) Rileva giustamente M. Antonioli, *Spigolature sul nuovo giudizio d'ottemperanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 1314, che, nella nuova disciplina del codice del processo amministrativo, "l'ottemperanza non costituisce più il solo fatto costitutivo - ovvero l'unico presupposto - richiesto per avviare il relativo giudizio. La struttura dell'istituto permane unitaria; ma tale non sembra più essere, invece, la funzione da essa assolta. Si registra un marcato allineamento dell'azione di ottemperanza all'atipicità valorizzata dal codice, in virtù della quale sono proponibili tutte quelle iniziative che la copertura costituzionale (*artt. 24 e 113 Cost.*) impongono per assicurare una adeguata protezione alle situazioni sostantive, mediante il soddisfacimento del bene della vita che la parte intende perseguire, rispetto al quale il processo assume una valenza di natura strumentale".

(15) In argomento si veda M. Sanino, *ult. op. cit.*, spec. 246-265.

(16) Si ricorda che l'art. 37 della **legge 6 dicembre 1971, n. 1034**, ai commi 3° e 4°, così disponeva: "Quando i ricorsi siano diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato degli organi di giustizia amministrativa, la competenza è del Consiglio di Stato o del tribunale amministrativo regionale territorialmente competente secondo l'organo che ha emesso la decisione, della cui esecuzione si tratta. La competenza è peraltro del tribunale amministrativo regionale anche quando si tratti di decisione di tribunale amministrativo regionale confermata dal Consiglio di Stato in sede di appello."

(17) Non si può non rilevare l'intrinseca irragionevolezza della peculiare regola sulla competenza funzionale ed inderogabile del giudice dell'ottemperanza, cui si è fatto ora cenno nel testo: come si è ricordato, con quest'ultima regola è stata stabilita la derogabilità del principio generale - secondo cui il giudice competente a pronunciarsi sull'ottemperanza è quello che ha adottato il provvedimento giudiziale da attuare - nel caso in cui il Consiglio di Stato abbia pienamente confermato la decisione emessa in primo grado. L'art. 113 c.p.a. dispone, infatti, che "La competenza è del tribunale amministrativo regionale anche per i suoi provvedimenti confermati in appello con motivazione che abbia lo stesso contenuto dispositivo e conformativo dei provvedimenti di primo grado". In tal modo viene, dunque, assicurato il doppio grado di giudizio quando vi è una piena concordia tra i giudici che si sono pronunciati in sede di cognizione. Al contrario, qualora siano state adottate dai giudici amministrativi di primo e secondo grado, sulla medesima questione, decisioni difformi - e quindi nei casi in cui la garanzia del doppio grado di giudizio assume un valore pregnante ed una utilità ben più significativa - la medesima disposizione prescrive che il giudizio d'ottemperanza debba essere inderogabilmente proposto, in unico grado, davanti al Consiglio di Stato. Appare evidente l'incongruenza di un simile prescrizione normativa.

(18) Per approfondimento sul punto si rinvia a M. Antonioli, *ult. op. cit.*, 1305-1313.

(19) In dottrina si veda, ad esempio, M. Lipari, *ult. op. e loc. cit.*; in giurisprudenza Cons. Stato, Sez. III, 17 giugno 2011, n. 195, in www.giustizia-amministrativa.it.

(20) Così Corte cost., 31 dicembre 1986, n. 301, in *Foro It.*, 1987, I, 2962.

(21) In argomento si veda A. Quaranta, voce "Doppio grado di giurisdizione (principio del): Diritto processuale amministrativo", in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, *ad vocem*; F. Portoghesi, *In tema di doppio grado del giudizio nel processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 1994, II, 1591 e segg.; U. Pototschnig-A. Travi, voce "Appello (dir. amm.)", in *Enc. Dir., Agg.*, III, Milano, 1999, 151 e segg. Giova rammentare, tuttavia, che, in passato, la Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimità di un giudizio amministrativo strutturato in un unico grado: così Corte cost., 31 marzo 1988, n. 395, in *Cons. Stato*, 1988, II, 56.

(22) In tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 8 ottobre 2001, n. 5312, in *Foro Amm.*, 2001, 2719; Id., 1 febbraio 2001, n. 396., in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 663, con nota di S. Valaguzza, *Giudicato amministrativo di annullamento e effetti risarcitori*, 685 e segg.

(23) Giova sottolineare che il legislatore ha deciso di escludere, con il decreto correttivo n. 125/2011, dal novero delle domande proponibili, in fase di attuazione della sentenza, le domande risarcitorie, di cui all'art. 30, 5° comma, c.p.a., proprio perché ha ritenuto che ad esse debba essere, comunque, assicurato il doppio grado di giurisdizione: così osserva C. Delle Donne, *ult. op. cit.*, 1268.

(24) A maggior ragione, dopo le modifiche introdotte dal decreto correttivo n. 125/2011 alla disciplina contenuta nell'art. 112, 3° comma, c.p.a., è ipotizzabile che, con le azioni elencate nella predetta norma, possano essere dispiagate domande nuove rispetto alla fattispecie definita nella sentenza da ottemperare. Con il succitato decreto correttivo è stata, infatti, sostituita la disposizione, in cui si stabiliva la proponibilità, in sede di ottemperanza, dell'azione di risarcimento per i "danni derivanti dalla mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato", con la previsione, più ampia e generale, secondo la quale sono ammesse, nella fase attuativa della sentenza, le azioni di risarcimento dei "danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua

violazione o elusione". Sul punto si rimanda a R. Chieppa, *L'azione di risarcimento nel giudizio di ottemperanza*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2012, 124 e segg.

(25) Al riguardo si rinvia a S. Tarullo, *ult. op. cit.*, 27.

(26) Sul punto si veda ancora l'Autore e l'opera citata nella nota precedente, 31.

(27) In tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 1980, n. 2, in M. Corradino, *Il diritto amministrativo nelle pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, 2015, Siracusa, 124; Id., Sez. V, 1 marzo 1993, n. 311, in *Giur. It.*, 1994, III, 1, 192; Id., 8 luglio 2002, n. 2856, in *Foro Amm.*, C.d.S., 2002, 1272; Id., Sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3443, *ivi*, 2003, 1855; Id., 16 giugno 2008, n. 2986, *ivi*, 2008, 6, 1725.

(28) Più precisamente erano considerate suscettibili di gravame le statuizioni del giudice dell'ottemperanza attinenti alle regole di rito o alla mancanza delle condizioni oggettive o soggettive dell'azione o, ancora, le questioni relative alla fondatezza della domanda proposta: sul punto si rinvia alla giurisprudenza citata nella nota precedente. In argomento si veda pure, in dottrina, F.G. Scoca, *Sentenze di ottemperanza e loro appellabilità*, in *Foro It.*, 1979, III, 74 e segg.; P. Stella Richter, voce "Impugnazioni (dir. proc. amm.)", in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, *ad vocem*.

(29) Cfr. S. Tarullo, *ult. op. e loc. cit.*, 31.

(30) Così Cass., Sez. un., 30 giugno 1999, n. 376, in *Mass. Giust. Civ.*, 1999, 824; Cons. Stato, Ad. plen. 17 gennaio 1997, n. 1, in *Foro It.*, 1997, III, 261; T.A.R. Marche, Sez. I, 2 marzo 2007, n. 147, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(31) Si rammenta che l'art. 90, 2° comma, del regolamento di procedura davanti al Consiglio di Stato (R.D. n. 642/1907) disponeva che il giudizio d'ottemperanza poteva essere esperito "non prima di trenta giorni da quello in cui l'autorità amministrativa sia stata messa in mora di provvedere". Tale obbligo, peraltro, è stato, nel tempo, specificato e delimitato, in via pretoria, dalla giurisprudenza: per approfondimenti sul punto si rinvia a D. Giannini, *ult. op. cit.*, 2011, 154-157.

(32) Si veda A. Antonioli, *Sub art. 114*, in E. Picozza (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, cit., 212; S. Tarullo, *ult. op. cit.*, 21.

(33) In argomento si rinvia a M. Ramajoli, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 1 e segg.; Id., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 481 e segg.

(34) Più esattamente l'art. 74 c.p.a. stabilisce che, nella sentenza in forma semplificata, "la motivazione ... può consistere in un sintetico riferimento al punto in fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme". Sul punto si veda, in dottrina, N. Paolantonio, *I riti compatti*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia Amministrativa*, Torino, 2014, 491 e segg.; F. Vetrò, *Art. 74. Sentenze in forma semplificata*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 720 e segg.; in giurisprudenza Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824, in *Foro Amm.*, C.d.S., 2009, 2, 450.

(35) Secondo la giurisprudenza, infatti, il rimedio, introdotto dall'art. 112, 5° comma, c.p.a., ha naturanecessariamente autonoma e preventiva rispetto all'azione per l'ottemperanza; detto rimedio, quindi, non può costituire un "incidente di esecuzione", in quanto non può inserirsi nell'ambito di un giudizio di ottemperanza già instaurato: così ha osservato, in particolare, il Consiglio di Stato, Sez. IV, nella già richiamata decisione 17 dicembre 2012, n. 6468.

(36) Al riguardo, oltre alle sentenze citate nella precedente nota 6, si vedano: Cons. Stato, Sez. V, 17 dicembre 2012, n. 6468, in *Dir. e Giust. on line*, gennaio, 2013; Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, Sez. giurisd., 20 febbraio 2013, n. 251, in *Foro Amm.*, C.d.S., 2013, 2, 563; Cons. Stato, Sez. V, 19 giugno 2013, n. 3339, *ivi*, 2013, 6, 1657; Id., Sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5409, *ivi*, 2015, 11, 2774; Id., 3 marzo 2015, n. 1036, in *www.lexitalia.it*; Id., Sez. V, 7 settembre 2015, n. 4141, cit.; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 3 maggio 2014, n. 744, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2014, 5, 1531.

(37) Nel medesimo senso si veda T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 6 novembre 2013, n. 1506, in *Foro Amm.*, T.A.R., 2013, 11, 3513.



- (38) Per le ragioni esposte nel testo appare condivisibile l'opinione espressa da M. Sanino, *ult. op. cit.*, 212, secondo cui "il rimedio in esame costituisce uno dei molti aspetti della azione di esecuzione prevista dal Codice, nel cui alveo si raccolgono azioni diverse, talune meramente esecutive, talaltre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato, e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, ai sensi dell'art. 24 Cost."
- (39) Così T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 3 maggio 2014, n. 744, cit.
- (40) In tal senso si è espresso il T.A.R. Piemonte nella sentenza menzionata nella nota precedente; al riguardo si veda pure Cons. Stato, Sez. IV, 3 marzo 2015, n. 1036, cit.
- (41) Sul punto si rimanda ancora alla sentenza del T.A.R. Piemonte richiamata nelle due note precedenti.
- (42) Così Cons. Stato, Sez. IV, 3 marzo 2015, n. 1036, cit.
- (43) Si rinvia in proposito alle sentenze riportate nelle due note precedenti.
- (44) In proposito si rinvia alla pronuncia del Consiglio di Stato menzionata nella *nota 42*. In dottrina è stato altresì rilevato che "il giudice può puntualizzare i termini della sua decisione, ma non può 'consigliare' come si esegue una sentenza. Questa seconda prospettiva, assolutamente non prevista dal Codice, condurrebbe ad una violazione dei principi di parità delle parti e di divisione tra il potere giudiziario e il potere amministrativo": così M. Sanino, *ult. op. cit.*, 212.
- (45) In questi termini si è espresso il Consiglio di Stato, Sez. IV, nella già richiamata sentenza 30 novembre 2015, n. 5409.
- (46) Come già in precedenza segnalato, la regola del caso concreto, stabilita dal giudice amministrativo nell'ambito della sua giurisdizione generale di legittimità, è tendenzialmente una regola implicita, elastica, incompleta che spetta al giudice dell'ottemperanza esplicitare e definire compiutamente, al fine di darvi attuazione; da qui la naturamista di cognizione ed esecuzione propria dell'azione ottemperativa, la quale, essendo diretta ad arricchire, pur rimanendone condizionata, il contenuto vincolante delle sentenza, costituisce sempre più la naturale prosecuzione del giudizio di merito: così M. Nigro, *Giustizia Amministrativa*, cit., 332.
- (47) Cfr. T.A.R. Marche, Sez. I, 2 marzo 2007, n. 147, cit.; nel medesimo senso si veda pure Cass., Sez. un., 30 giugno 1999, n. 376, cit.; Cons. Stato, Ad. plen. 17 gennaio 1997, n. 1, cit.; T.A.R. Sicilia, Catania, 22 settembre 2009, n. 1696, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2009, 10, 2974.
- (48) In particolare la giurisprudenza ritiene che, in sede d'ottemperanza, il giudice possa integrare la sentenza - avvalendosi degli ampi poteri decisorii previsti dalla giurisdizione estesa anche al merito - ed adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe essere emessa in un nuovo giudizio di cognizione, al fine di risolvere eventuali problemi interpretativi, che sarebbero comunque devoluti alla sua giurisdizione: così Cons. Stato, Ad. plen., 17 gennaio 1997, n. 1, cit. Per approfondimenti sul punto si rinvia a D. Giannini, *ult. op. cit.*, 25-31, spec. 28-29.
- (49) In tal senso si veda, *ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen., 17 gennaio 1997, n. 1, cit.; Id., Sez. IV, 21 dicembre 1999, n. 1901, in *Riv. Corte Conti*, 1999, 6, 237.
- (50) Per una analisi puntuale della giurisprudenza formatasi in argomento si rinvia a A. Squazzoni, *La richiesta di chiarimenti nel corso del giudizio di ottemperanza quale strumento di riforma e di correzione dei malfunzionamenti dell'agire amministrativo*, in www.dirittoamministrativo.org.
- (51) Sottolinea ancora A. Squazzoni, nell'opera citata nella precedente nota, 3 e segg., che, nella maggioranza dei casi sottoposti all'esame del Consiglio di Stato, i ricorsi proposti, ex art. 112, c. 5, c.p.a., dalle amministrazioni soccombenti in sede cognitoria erano finalizzati ad ottenere chiarimenti non sulla regola del caso concreto, definita nella sentenza emessa, ma sull'applicazione delle regole riguardanti la conservazione dell'attività non colpita da annullamento, la preclusione del deducibile o ancora le sopravvenienze di fatto e di diritto.
- (52) Si ricorda che l'esperibilità del rimedio anche per "la pubblica amministrazione tenuta all'ottemperanza" è espressamente riconosciuta nella Relazione finale di accompagnamento al



Codice del processo amministrativo. Si rammenta, inoltre, che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella più volte evocata sentenza 15 gennaio 2013, n. 2, ha desunto dall'esistenza della suindicata legittimazione attiva un ulteriore e decisivo argomento a sostegno dell'assunto secondo il quale la predetta azione non è inquadrabile nel *genus* delle azioni di ottemperanza in senso proprio.

(53) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 dicembre 2012, n. 6468, cit.

(54) È pacifico, infatti, che, indipendentemente da qualsiasi iniziativa, autonoma o incidentale, della parti, il giudice dell'ottemperanza sia sempre titolare di un potere di specificazione/integrazione del comando giudiziale al quale l'amministrazione è chiamata a conformarsi.

(55) In tal senso si veda, ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 19 giugno 2013, n. 3339, cit.; in tale pronuncia si afferma, infatti, che "la parte privata vittoriosa in sede di cognizione non è legittimata a chiedere chiarimenti al giudice amministrativo in ordine alle modalità dell'ottemperanza al giudicato da parte dell'Amministrazione soccombente, ma ad agire ai sensi del comma 2 per l'ottemperanza della sentenza ogniqualvolta la parte pubblica soccombente non vi provveda; è invece quest'ultima, oltre che il commissario ad acta, la parte titolata a chiedere chiarimenti al giudice sui punti del decum che presentano elementi di dubbio o di non immediata chiarezza". La giurisprudenza ha altresì sottolineato che, qualora sia proposto l'ordinario ricorso per l'ottemperanza ad opera della parte vittoriosa nel giudizio di cognizione, l'Amministrazione ed i controinteressati evocati in giudizio possano richiedere eventuali chiarimenti al giudice in ordine all'esatta ottemperanza: così Cons. Stato, Sez. IV, 17 dicembre 2012, n. 6468, cit.; Id., Sez. V, 19 giugno 2013, n. 3342, in www.giustizia.amministrativa.it. Nel medesimo senso si veda, in dottrina, F. Volpe, *L'ottemperanza di "chiarimento". Un istituto inutile o dannoso*, in www.lexitalia.it, 2, secondo il quale, di fronte alla pretesa, fatta valere dal privato, di portare ad ottemperanza una sentenza, l'amministrazione o il controinteressato possono legittimamente eccepire che l'interpretazione corretta della sentenza debba essere diversa da quella prospettata dal ricorrente.

(56) Osserva giustamente D. Giannini, *ult. op. cit.*, 135, che il ricorrente vittorioso nel giudizio di cognizione ha interesse "ad introdurre soltanto la normale azione di ottemperanza 'in conformazione diretta': ivi egli prospetterà l'interpretazione della sentenza che a lui sembrerà più consona e - in linea pratica - quella a sé più favorevole. Sarà poi il giudice a stabilire, decidendo se concedere o negare le misure conformative richieste (o decidendo se attuarle in parte), se l'interpretazione così prospettata dal ricorrente sia o no corretta. Piuttosto, chi ha un giustificato interesse ad introdurre autonomamente l'azione 'di chiarimento' è l'amministrazione stessa - o il controinteressato - onde vedere delimitati i limiti di conformazione che la sentenza resa nel giudizio 'di cognizione' potrebbe diversamente imporre".

(57) Sulla legittimazione ad agire e sull'interesse al ricorso si veda, da ultimo, E. Follieri, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia Amministrativa*, cit., spec. 289-290. In argomento si veda pure R. Villata, voce "Interesse ad agire, II, Diritto processuale amministrativo", in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, *ad vocem*; L.R. Perfetti, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*. Padova, 2004, *passim*.

(58) Osserva peraltro il Consiglio di Stato, Sez. IV, nella citata decisione 17 dicembre 2012, n. 6468, che, nell'ipotesi in cui la nomina del commissario ad acta sia già avvenuta con la sentenza che definisce il giudizio di legittimità, ai sensi dell'art. 34, 1° comma, lett. e), c.p.a., "o vi è ricorso dell'amministrazione entro il termine concesso per l'ottemperanza (il che esclude l'attivazione del commissario ad acta), ovvero quest'ultimo è operativo..." e allora si ricade nell'ipotesi generale ora indicata nel testo.

(59) In argomento si rinvia a M. Sanino, *ult. op. cit.*, 215.

(60) Per le ragioni esposte nel testo appare condivisibile l'opinione espressa dal Consiglio di Stato nella pronuncia richiamata nella precedente [nota 58](#) secondo cui "occorre ritenere che il legislatore, con l'art. 114, comma 7, abbia voluto solo riconoscere al commissario ad acta la possibilità di adire il giudice onde ottenere chiarimenti in ordine all'ottemperanza della quale è

stato incaricato; e ciò in modo non diverso da quanto già presente nella prassi giudiziaria e di quanto previsto, ad esempio, dall'art. 613 cod. proc. civ., in ordine alle difficoltà insorte nell'ambito della procedura per l'esecuzione degli obblighi di fare". In senso conforme si veda, in dottrina, D. Giannini, *ult. op. cit.*, 136.

(61) Cfr. M. Antonioli, *ult. op. cit.*, 1317.

(62) Si ricorda che l'azione surrogatoria, prevista dall'art. 2900 c.c., è attribuita al creditore nel caso in cui il debitore ometta di compiere gli atti necessari a far valere i propri diritti di natura patrimoniale. Nella fattispecie normativa in esame, dunque, il soggetto che agisce in sostituzione è parte, in senso sostanziale, ed ha un interesse personale e diretto all'esercizio del diritto altrui.

(63) In argomento si rinvia a M. Sanino, *ult. op. cit.*, 218-219.

(64) Per approfondimenti sul punto si rinvia alle sentenze citate nelle precedenti note 6 e 36.

(65) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 ottobre 2012, n. 5469, cit.

(66) Come si è già in precedenza notato, ragioni di ordine logico e sistematico inducono a ritenere necessario che la competenza a decidere sulla domanda "di chiarimento" sia riservata, sempre e comunque, allo stesso giudice che ha adottato il provvedimento giudiziale da interpretare, in deroga a quanto disposto dall'art. 113 c.p.a.

INDENNIZZO IN CASO DI REVOCA DEL PROVVEDIMENTO: LA CONDANNA "SUI CRITERI"

di Pierluigi Tonnara^(*)

D.Lgs. 02-07-2010, n. 104, Art. 34

L. 07-08-1990, n. 241, Art. 21-quinquies

L'articolo coglie gli spunti della sentenza del C.G.A. n. 479/2017 per affrontare il tema della liquidazione dell'indennizzo dovuto in caso di revoca del provvedimento amministrativo. Il contributo si sofferma sia sui profili sostanziali sia su quelli processuali, trattando, in particolare, dei rapporti fra condanna "sui criteri" ex art. 34, comma 4, c.p.a. e condanna generica ex art. 278 c.p.c., anche in relazione al successivo ed eventuale giudizio di ottemperanza nell'ipotesi di disaccordo sul *quantum debeatur* ovvero di mancato adempimento dello stesso.

Sommario: **Il caso - La decisione - Brevi cenni sull'indennizzo per revoca legittima - La sentenza "sui criteri" e il divieto di condanna generica ex art. 278 c.p.c. - Si tratta davvero di un'ottemperanza anomala? - Conclusioni**

Il caso

Un'impresa partecipa ad una procedura di *project financing* per la progettazione, costruzione e gestione di un impianto di dissalazione di acque marine per uso potabile, risultandone aggiudicataria in via provvisoria.

Successivamente, l'Amministrazione revoca gli atti di gara, sul presupposto che le previsioni del nuovo piano regionale generale delle acque rendano non più giustificabile, nell'ottica del pubblico interesse, la stipulazione del contratto⁽¹⁾.

Soccombente in primo grado, l'impresa propone appello al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana ("C.G.A."), lamentando l'illegittimità del provvedimento di autotutela, e chiedendo, in subordine, la condanna dell'Amministrazione alla corresponsione dell'indennizzo di cui all'art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990.

La decisione

Il Consiglio di giustizia amministrativa, respinte le doglianze volte alla caducazione del provvedimento, accoglie il motivo introdotto in via subordinata, condannando l'Amministrazione a corrispondere l'indennizzo previsto in caso di revoca.

In particolare, il Collegio, dopo aver richiamato le disposizioni contenute nell'art. 21-*quinquies*, rammenta che:

(i) trattasi di responsabilità oggettiva per fatto lecito, derivante, nello specifico, da provvedimento amministrativo legittimo; e che

(ii) il beneficio riparatorio è volto a coprire solamente il c.d. "danno emergente", ossia a reintegrare il destinatario del provvedimento di revoca dei soli costi sopportati al fine di negoziare con l'Amministrazione (dunque, nella fattispecie: le spese di partecipazione alla gara e di redazione del progetto) e per adempiere ad obblighi od oneri eventualmente legati alla fase precontrattuale.

Quanto alla liquidazione del danno, il Consiglio di giustizia amministrativa - ed è qui la parte più interessante della sentenza - decide di far ricorso al "metodo" di cui all'art. 34, comma 4, c.p.a., ordinando all'appellante di "presentare all'Amministrazione entro sessanta giorni dalla comunicazione in via amministrativa (o dalla notifica ad istanza di parte, se precedente) della presente sentenza una nota delle spese e dei costi affrontati; ed all'Amministrazione di formulare, previa verifica della documentazione pervenutale ed entro sessanta giorni dall'avvenuta ricezione della stessa, una "proposta indennitaria" per i titoli precedentemente indicati (spese di partecipazione alla gara, spese progettuali e spese per eventuali oneri connessi alla fase precontrattuale)".

Brevi cenni sull'indennizzo per revoca legittima

L'aspetto più interessante della sentenza in commento concerne le modalità processuali di liquidazione dell'indennizzo spettante al privato in caso di legittimo esercizio del potere di revoca da parte della Pubblica Amministrazione.

Prima di approfondire tale aspetto, giova brevemente riepilogare alcuni punti di diritto sostanziale.

La previsione, ad opera dell'art. 21 *quinquies* della L. n. 241 del 1990, di un generale obbligo in capo all'Amministrazione di compensare i pregiudizi subiti dai privati per effetto di un legittimo provvedimento di revoca risponde all'esigenza di tutelare l'affidamento in ordine alla stabilità del rapporto giuridico amministrativo⁽²⁾, quale aspetto dell'applicazione del principio di buona fede ai rapporti fra privati e Amministrazione⁽³⁾.

Trattasi, pertanto, di responsabilità da fatto lecito⁽⁴⁾, che presuppone il legittimo⁽⁵⁾ esercizio del potere, l'effettivo depauperamento del patrimonio del destinatario e il nesso di causalità fra il primo e il secondo, dovendosi dimostrare che i pregiudizi siano stati patiti per il fatto di aver confidato, senza colpa, nel mantenimento del provvedimento nel traffico giuridico. A differenza dell'illecito, invece, l'elemento soggettivo non costituisce un presupposto di tale forma di "responsabilità".

La misura dell'indennizzo, ai sensi del comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies*, consiste, se l'atto incide su rapporti negoziali, nel solo danno emergente, peraltro da diminuire in ragione sia (i) dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia (ii) dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico⁽⁶⁾.

Che il concorso del destinatario del provvedimento all'erronea valutazione dell'Amministrazione incida in senso restrittivo sul *quantum debeatur* è, anzitutto, una coerente applicazione del principio di buona fede, che, in un rapporto giuridico bilaterale, grava ovviamente su entrambe le parti. Sicché, il privato non potrebbe trarre alcun vantaggio dalla propria scorrettezza. Inoltre, e a prescindere da ciò, se la valutazione erronea dell'interesse pubblico è in tutto o in parte causata dal privato, l'obbligazione indennitaria andrebbe corrispondentemente diminuita in coerente applicazione dei principi della causalità materiale⁽⁷⁾.

Tale ultima considerazione potrebbe contribuire a spiegare la ragione per cui la disposizione in commento dia rilievo non soltanto al contegno del privato destinatario dell'atto, bensì anche alla condotta dei terzi. In altri termini, se l'erronea valutazione della compatibilità del provvedimento con l'interesse pubblico è stata causata da terzi, il pregiudizio, probabilmente in deroga al principio dell'equivalenza causale, non andrebbe indennizzato perché eziologicamente non riconducibile all'Amministrazione. La *ratio* va individuata nella volontà del legislatore di contenere l'esborso della P.A., a fronte di un atto, comunque legittimo, che essa probabilmente non avrebbe adottato, quantomeno con quel contenuto, se non per l'azione, in un certo senso decettiva, dei terzi⁽⁸⁾.

Meno ragionevole appare l'altra limitazione, ossia quella dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca

all'interesse pubblico, "perché presuppone che sia onere anche del soggetto privato operare una valutazione dell'interesse pubblico che, invece, nella dinamica del rapporto giuridico amministrativo, spetta esclusivamente alla pubblica amministrazione"⁽⁹⁾. Si potrebbe, quindi, inclinare verso un'interpretazione restrittiva, che dia rilievo soltanto a quelle ipotesi peculiari in cui il privato, in ragione di consistenti asimmetrie informative in suo favore, avrebbe dovuto salvaguardare, senza incorrere in alcun apprezzabile sacrificio, l'interesse della parte pubblica, rappresentando quegli elementi che avrebbero potuto condurre ad una diversa valutazione da parte dell'Amministrazione.

Giova, infine, rammentare che la previsione dell'indennizzo non rappresenta un presupposto per il legittimo esercizio del potere di secondo grado, bensì costituisce un effetto obbligatorio che sorge a seguito della spendita del potere di revoca⁽¹⁰⁾.

La sentenza "sui criteri" e il divieto di condanna generica ex art. 278 c.p.c.

Venendo, dunque, alla questione centrale, la pronuncia in commento, ai fini della liquidazione dell'indennizzo, ordina all'appellante, ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., di "presentare all'Amministrazione entro sessanta giorni dalla comunicazione in via amministrativa (o dalla notifica ad istanza di parte, se precedente) della presente sentenza una nota delle spese e dei costi affrontati; ed all'Amministrazione di formulare, previa verifica della documentazione pervenuta ed entro sessanta giorni dall'avvenuta ricezione della stessa, una "proposta indennitaria" per i titoli precedentemente indicati (spese di partecipazione alla gara, spese progettuali e spese per eventuali oneri connessi alla fase precontrattuale)".

La suindicata disposizione prevede che "In caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV⁽¹¹⁾, possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti".

Si tratta di una particolare forma di condanna, che riprende, in parte, l'art. 35, comma 2, D.Lgs. n. 80 del 1998⁽¹²⁾. Se ne discosta, tuttavia, per quattro profili: (i) la condanna sui criteri non è più limitata alle sole ipotesi di giurisdizione esclusiva; (ii) è ammissibile per le obbligazioni pecuniarie in generale e non soltanto per quelle dovute a titolo risarcitorio; (iii) si prevede espressamente che le parti possano adire il giudice dell'ottemperanza anche nel caso di mancato adempimento dell'accordo fra esse raggiunto; (iv) non vi deve essere opposizione delle parti all'applicazione dell'istituto ad opera del giudice⁽¹³⁾.

Quanto alla natura della pronuncia, viene in rilievo una sentenza definitiva e non già interlocutoria, poiché chiude il giudizio senza lasciare aperta alcuna ulteriore parentesi di cognizione⁽¹⁴⁾.

Di talché, le contestazioni che dovessero successivamente insorgere fra le parti, sia in ordine alla mancata conclusione dell'accordo sul *quantum* sia con riferimento al relativo inadempimento, sarebbero attratte nel giudizio di ottemperanza, trattandosi pur sempre di vicende riconducibili all'esecuzione del *dictum* del giudice della cognizione⁽¹⁵⁾.

Giova, quindi, precisare che il giudizio sulla spettanza della pretesa risarcitoria non è rimesso al giudice dell'ottemperanza; spetta, infatti, al giudice della cognizione pronunciarsi sia sull'*an debeatur* sia sui criteri cui le parti devono attenersi ai fini del raggiungimento dell'accordo.

A ben vedere, l'istituto mira a fornire il giudice di uno strumento più snello di definizione del giudizio, che, peraltro, incoraggia le parti, qualora non vi si oppongano, a trovare una soluzione concordata⁽¹⁶⁾.

Conviene ora riflettere sull'importanza della determinazione dei criteri da parte del giudice della cognizione, che, invero, sembrano essere stati messi in secondo piano nella sentenza in commento.

In primo luogo, si può ritenere che essi presuppongano una delibazione in ordine all'effettiva sussistenza, non solo dell'*an*, ma anche del *quantum debeatur*, seppure non individuato nel suo preciso ammontare⁽¹⁷⁾.

Militano, in tal senso, un argomento di carattere letterale e uno di ordine sistematico.

Il primo. Il comma 4 dell'art. 34 c.p.a. prevede che, in caso di disaccordo, le parti possano adire il giudice dell'ottemperanza per la determinazione della "*somma dovuta*"; sicché, sembra che la liquidazione debba necessariamente condurre all'individuazione di un certo ammontare.

Il secondo. Ad ammettere che nulla possa spettare al danneggiato, si dovrebbe conseguentemente ritenere che il giudice dell'ottemperanza sia chiamato a svolgere un tipico giudizio di cognizione (accertamento dell'effettiva spettanza di un *quantum* e relativa liquidazione), che sarebbe fatalmente simile a quello che il giudice ordinario nel processo di cognizione svolge in seguito a una sentenza di condanna generica ex [art. 278 c.p.c.](#)⁽¹⁸⁾. In altri termini, si avrebbe una duplice rottura: un giudizio di ottemperanza (ancora più) anomalo perché avente ad oggetto una tipica azione di cognizione; la surrettizia introduzione nel processo amministrativo di una forma di condanna non prevista dal codice, in quanto ritenuta contrastante con l'interesse alla celere definizione della responsabilità dell'Amministrazione⁽¹⁹⁾.

Inoltre, tali considerazioni conducono a ritenere che i criteri sulla liquidazione non possano essere generici, ma precisi ed aderenti al caso concreto. Diversamente ragionando, si riproporrebbero i problemi testé ricordati, ossia quelli di un'inammissibile equiparazione di fatto fra condanna sui criteri e condanna ex [art. 278 c.p.c.](#), nonché dell'ammissibilità nel rito dell'ottemperanza di un'azione di cognizione non più coerente con l'attuale portata di tale giudizio⁽²⁰⁾.

Del resto, applicazioni troppo disinvolute dell'istituto ne pregiudicherebbero la funzionalità. In assenza di criteri effettivamente in grado di guidare il percorso delle parti e quello, successivo ed eventuale, del giudice dell'esecuzione, è verosimile che aumenti la possibilità di una contestazione, con l'ulteriore rischio che il giudizio di ottemperanza si trasformi, sul punto, in un vero e proprio giudizio di cognizione⁽²¹⁾.

Si tratta davvero di un'ottemperanza anomala?

In ragione delle conclusioni cui si è pervenuto nel paragrafo precedente, occorre farsi carico di approfondire il rapporto fra sentenza sui criteri e giudizio di ottemperanza.

Con formula ormai tralatizia, si afferma che, in realtà, verrebbe in rilievo un'ipotesi di "ottemperanza anomala" giacché il giudice sarebbe chiamato non già a garantire l'esecuzione di una sentenza, bensì ad integrarne il contenuto, nella parte relativa alla quantificazione della somma dovuta⁽²²⁾.

Sia consentita una chiosa.

Se si mantiene ferma, come sembra condivisibile, la distinzione fra condanna ex art. 34, comma 4, c.p.a. e quella ai sensi [dell'art. 278 c.p.c.](#), e si enfatizza il ruolo dei criteri nella prima, ci si avvede che il giudice dell'ottemperanza sarebbe chiamato a svolgere un ruolo non dissimile da quello gli è consueto, ossia attuare il *dictum* che definisce il processo di cognizione anche per mezzo di integrazioni, specificazioni, chiarimenti⁽²³⁾.

In altri termini, si può ritenere che la previsione di criteri puntuali e stringenti renda l'ottemperanza non così anomala in quanto il giudizio si muoverebbe pur sempre sui binari già tracciati dal giudice della cognizione. L'assenza di determinazione di criteri, per converso, pregiudica l'armonia della condanna "sui criteri" con il sistema processuale amministrativo, profilandosi, peraltro, un problema di denegata giustizia.

Conclusioni

La condanna sui criteri rappresenta uno strumento duttile, in grado di agevolare il compito del giudice della cognizione, senza introdurre eccessive forzature nel rito dell'ottemperanza.

Punto di equilibrio dell'istituto è rappresentato da una puntuale definizione dei criteri, ciò che aiuta a distinguere tale peculiare forma di condanna da quella generica prevista [all'art. 278 c.p.c.](#) e che evita che il giudizio di ottemperanza, eventualmente insorto per la mancata conclusione dell'accordo sul *quantum* ovvero relativamente alla sua mancata esecuzione, si trasformi in un anomalo processo di cognizione.

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.



(1) In particolare, il P.R.G.A. prevedeva l'acquisizione di quantitativi d'acqua dissalata largamente inferiori rispetto a quelli posti a base della procedura di gara.

(2) Nell'istituto della revoca, a differenza di quello dell'annullamento d'ufficio, è centrale il rapporto e non l'atto. Come già osservò R. Alessi, *Revoca (Diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 804, l'Amministrazione, esercitando la potestà di revoca, mira non già a togliere di mezzo l'atto in ragione di una sua intrinseca revocabilità, quanto a modificare il rapporto giuridico scaturito dall'atto attualmente inopportuno rispetto all'interesse pubblico perseguito di guisa da ripristinare la situazione giuridica antecedente, giudicata più conveniente. Così chiosa G. Veltri, *La revocabilità del bando di gara e degli atti conseguenti quali atti ad "efficacia durevole"*, in *Corr. mer.*, 2007, fasc. 12, 1482: "la revoca trova il suo presupposto in una condizione attinente al rapporto e non all'atto in se stesso e precisamente in una divergenza attuale tra il permanere degli effetti dell'atto da revocare rispetto all'interesse pubblico interpretato dall'amministrazione revocante". Sulla revoca, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. A. Ardito, *Revoca e nuovi modelli amministrativi di rivedibilità*, Bari, 2008; A. Gualdani, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016; M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; G. La Rosa, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Giuffrè, Milano, 2013. Sul potere di autotutela più in generale, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. F. Benvenuti, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959; A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991; D. Corletto, *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007; G. Ligugnana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004; M. Ragazzo, *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006.

(3) Tale teorizzazione, nel contesto giuridico italiano, è in particolare dovuta all'opera del Merusi, che riprende e rielabora gli esiti del dibattito dottrinale svoltosi in Germania negli anni Sessanta del secolo scorso. Solo per citare un passaggio, all'uopo significativo, l'Autore afferma che "quando la ragionevole ponderazione degli interessi implica il sacrificio della tutela dell'affidamento, la tutela dell'affidamento non viene meno, ma si sposta sul suo equivalente pecuniario" (F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001, 5). Come osserva M. Clarich, *I principi dell'azione amministrativa nell'integrazione tra ordinamento nazionale e comunitario*, in L. Benvenuti - M. Clarich, *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, Pisa, 2010, 41, "oggi la ricostruzione teorica del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione come rapporto giuridico - è ormai sempre più frequente, anche da parte della giurisprudenza, parlare di rapporto giuridico oppure di contatto tra amministrazione e cittadino - fa sì che il principio di buona fede da una situazione di marginalità acquisti centralità nell'esperienza giuridica". Invero, già nei primi anni del Novecento, in letteratura (Piscitelli, Romano, Vacchelli) era stata prospettata l'indennizzabilità dei pregiudizi sofferti dai privati a seguito della lesione legittimamente inferta dall'Amministrazione. Il fondamento di tale dogmatica, come si legge in R. Alessi, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1960, 550, venne individuato "in un principio di giustizia distributiva per cui l'onere necessario alla produzione di un'utilità collettiva va proporzionalmente distribuito tra tutti i membri della collettività e non deve pesare tutto su di uno solo". Sul fondamento e sulla natura dell'indennizzo, con un'approfondita disamina del dibattito, cfr. A. Crismani, *Le indennità nel diritto amministrativo*, Giappichelli, 2015; G. Manfredi, *Indennità di autotutela*, in *Dir. amm.*, 2008, fasc. 1, che attribuisce all'indennizzo "una filogenesi di matrice privatistica" seppure inserito in un contesto sicuramente pubblicistico, di cui finisce per dividerne la natura.

(4) Il termine "responsabilità", così come quello di "danno", è utilizzato impropriamente. Espressamente, Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4455: "Ricorre, dunque, l'ipotesi che suole definirsi come di responsabilità della Pubblica Amministrazione per attività legittima (forma conosciuta dal nostro ordinamento, come conseguente ad atti leciti, fin dall'art. 46 l. 25 giugno 1865 n. 2359), la quale, lungi dal trovare il proprio presupposto in fatti o atti illeciti ovvero in atti illegittimi imputabili alla stessa amministrazione, più propriamente risponde ad intenti equitativi, e, a stretto rigore, non potrebbe essere definita utilizzando il termine 'responsabilità'". Già, G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, I, 1947, 267, che parla di una vera e



propria contraddizione in termini. Come noto, la questione terminologica richiama quella del corretto inquadramento dogmatico - se ne può solo fare un cenno - della responsabilità da atti leciti dannosi, che vede in realtà contrapposte diverse ipotesi ricostruttive. Per la riconduzione alla generale figura dell'illecito aquiliano, *ex multis*, G. Tucci, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 264 e 266, che conclude che "le fattispecie da noi qualificate come atti leciti dannosi ... sono fattispecie di responsabilità civile in senso tecnico, in quanto si ha l'imputazione di un danno giuridicamente rilevante ad un soggetto". Per la tesi opposta, *ex multis*, C.M. Bianca, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 555 ss., che fa leva sull'assenza di antigiusuridicità e che rinviene il fondamento dell'obbligo nell'esigenza che, in determinati casi, chi esercita un diritto ne paghi le conseguenze economiche negative subite da altri; R. Scognamiglio, voce *Indennità*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino 1962, 594, secondo il quale, qualificato il risarcimento del danno come lesione in senso materiale del bene o dell'interesse protetto, definisce l'indennità come il corrispettivo del trasferimento forzoso di un diritto da un soggetto ad un altro, o come corrispettivo della privazione forzata di un diritto.

(5) Diversamente, la tutela sarà rappresentata dal giudizio caducatorio ed, eventualmente, risarcitorio per fatto illecito. La diversa natura di tale forma di responsabilità rispetto a quella da illecito ha consentito alla giurisprudenza di postularne la rinunciabilità *ex ante* da parte del privato. *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 7 luglio 2015, n. 3383, secondo cui: "L'obbligo di indennizzo gravante sulla Pubblica Amministrazione non presuppone elementi di responsabilità della stessa, ma si fonda su valori puramente equitativi presi in considerazione dal legislatore, onde consentire il giusto bilanciamento tra il perseguimento dell'interesse pubblico attuale da parte dell'amministrazione e la sfera patrimoniale del destinatario (incolpevole) dell'atto di revoca o di annullamento, al quale non possono essere addossati integralmente i conseguenti sacrifici. Tale forma di indennizzo, pur prevista dalla legge, può tuttavia essere esclusa (in base alla citata giurisprudenza) da un atto della pubblica amministrazione (nel caso di specie, dall'avviso indicativo), con il quale si richiede al privato, in sostanza, un atto unilaterale abdicativo di un diritto patrimoniale (e quindi disponibile), e ciò proprio in quanto l'attribuzione dell'indennizzo non dipende da responsabilità dell'Amministrazione stessa. Al contrario, la pubblica amministrazione non può adottare atti ovvero pretendere dal privato, in via preliminare e quale condizione di partecipazione ad un procedimento amministrativo volto alla individuazione di un (futuro) contraente, un atto abdicativo del diritto alla tutela giurisdizionale avverso atti e/o comportamenti (anche futuri) della stessa pubblica amministrazione illegittimi o illeciti, (eventualmente) causativi di danno e quindi di responsabilità per il suo risarcimento. Tale clausola, lungi dal giustificarsi sostenendo che la stessa è, in definitiva, riferita a diritti patrimoniali disponibili, nella misura in cui esclude in via preventiva la responsabilità della P.A. per illecito, si risolve in una limitazione della responsabilità della Pubblica Amministrazione *contra legem* (argomentando *ex art. 1229 cod. civ.*), ed in violazione degli *artt. 28 e 97 Cost.*".

(6) La disposizione si riferisce espressamente ai soli atti che incidono su rapporti negoziali, ma presenta una intrinseca *vis*espansiva, anche perché nulla è previsto per le altre ipotesi di revoca, ossia quelle incidenti su "rapporti amministrativi". Come osservato da R. Giovagnoli, *I criteri per la quantificazione dell'indennizzo in caso di revoca del provvedimento: le novità del decreto Bersani*, in questa *Rivista*, 2007, 402-403, sarebbe stato preferibile disciplinare la quantificazione dell'indennizzo con una norma di portata generale, senza insistere sulla fuorviante distinzione tra "rapporti negoziali" / "rapporti amministrativi". Del resto, non sarebbe corretto, argomentando *a contrario*, sostenere che, nel caso di revoca incidente su rapporti amministrativi, spetti anche il lucro cessante, giacché si avrebbe un'inammissibile equiparazione, in punto di conseguenze, fra lecito ed illecito.

(7) La norma traduce la previsione di cui *all'art. 1227 c.c.* secondo cui "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".

(8) In senso critico M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 222-223, secondo cui "questa disposizione è criticabile perché non si vede per quale ragione il comportamento di soggetti terzi possa incidere sulle vicende di un rapporto giuridico amministrativo del quale non sono parte". Per diversi spunti, cfr. R. Giovagnoli, *op. cit.*, secondo cui "Nell'ottica del legislatore sembrerebbe che anche l'induzione in errore da parte del terzo



debba essere valutato al fine di diminuire l'indennizzo spettante al privato. Anche questo profilo merita però una riflessione. Ed infatti, ci si deve chiedere se questa diminuzione dell'indennizzo sia giustificata laddove il destinatario del provvedimento sia ignaro dell'azione del terzo che induce in errore l'Amministrazione. Se, come si è prima accennato, l'indennizzo remunera l'"affidamento tradito", non si vede per quale ragione il destinatario del provvedimento debba subire gli effetti negativi della condotta del terzo ove questa si svolga al di fuori dalla sua sfera di conoscenza. Anche in questo caso appare utile, in chiave sistematica, un breve riferimento alla disciplina dettata dal codice civile in materia di dolo del terzo ai fini dell'annullamento del contratto: ai sensi [dell'art. 1439, comma 2, c.c.](#) il dolo del terzo determina l'annullabilità del contratto solo se esso era noto al contraente che ne ha tratto vantaggio; a differenza della violenza del terzo, che invece, ai sensi [dell'art. 1435 c.c.](#) è sempre causa di annullamento del contratto. Ebbene, *mutatis mutandis*, considerato che la condotta del terzo che induce la p.a. in errore in ordine alla valutazione dell'interesse pubblico integra una condotta che si avvicina molto alla fattispecie del dolo negoziale, sembrerebbe preferibile ritenere che il concorso del terzo possa incidere sul *quantum* dell'indennizzo solo se il destinatario del provvedimento ne era a conoscenza".

(9) M. Clarich, *op. cit.*, 223. In termini, D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche, Una introduzione*, IV ed., Bologna, 2007, 108-109; S. Puddu, *La revoca: profili problematici alla luce del nuovo art. 21-quinquies, comma 1-bis, l. n. 241 del '90*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 581 e 583. Per spunti in parte condivisibili, cfr. R. Giovagnoli, *op. cit.*, secondo cui "In linea di principio, tale scelta potrebbe apparire condivisibile: considerato che l'indennizzo è diretto a ristorare un pregiudizio che il privato subisce a causa di un affidamento 'tradito', è evidente che l'indennizzo debba variare al variare della consistenza dell'affidamento in questione. La conoscibilità (o addirittura la conoscenza) della contrarietà dell'atto all'interesse pubblico certamente ridimensiona l'affidamento del privato e, quindi, giustifica la decurtazione dell'indennizzo. Non sarà facile, tuttavia, sul piano applicativo dimostrare che il privato conosceva (o poteva conoscere) la contrarietà dell'atto all'interesse pubblico. La scelta di ciò che è conforme all'interesse pubblico rappresenta, infatti, la tipica espressione del cd. merito amministrativo, che è prerogativa primaria ed esclusiva della p.a. che sola ha gli strumenti per effettuare tale scelta. Ed è proprio per questa ragione che la 'scelta di merito' si sottrae di regola a qualsiasi sindacato da parte di soggetti terzi, *in primis* lo stesso giudice amministrativo. Al contrario, ipotizzare, come fa la norma, che il privato possa conoscere il vizio di merito che affligge l'atto revocato, significa ammettere che anche questi abbia le capacità e le competenze per valutare la conformità all'interesse pubblico della scelta amministrativa, il che si scontra con l'esclusiva e l'insindacabilità del cd. merito amministrativo".

(10) *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 16 dicembre 2012, n. 833: "per giurisprudenza costante, infatti, l'eventuale mancata previsione dell'indennizzo non ha efficacia viziante o invalidante dell'atto di revoca ma legittima solo il privato ad azionare la relativa pretesa patrimoniale, anche davanti al giudice amministrativo". Ciò non significa che l'Amministrazione, già prima di adottare il provvedimento di revoca, non debba stimare i "costi" dell'esercizio del potere. Ciò è senz'altro opportuno, anche nella logica di una corretta ponderazione degli interessi in gioco.

(11) Rito dell'ottemperanza.

(12) Nella versione novellata dall'art. 7, comma 1, lett. c. della [L. 205 del 2000](#): "Art. 35. - 1. Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto. 2. Nei casi previsti dal comma 1, il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, con il ricorso previsto dall'articolo 27, primo comma, numero 4), del testo unico approvato con [regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054](#), può essere chiesta la determinazione della somma dovuta. (...)".

(13) Si tratta di previsione molto opportuna perché rende maggiormente coerente tale istituto con il principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato: evita che il giudizio di cognizione possa chiudersi senza che il giudice si sia pronunciato sull'intera domanda, che coinvolge la determinazione anche del *quantum*.



(14) *Ex multis*, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 299. P. Carpentieri, *I provvedimenti del giudice*, in B. Sassani - R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1134.

(15) Il secondo periodo del comma 4, dell'art. 34, c.p.a., infatti, prevede che "se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV, possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti".

(16) A. Travi, *op. cit.*, 300.

(17) In tal senso sembra muoversi, a ben vedere, Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686, laddove afferma che "gli elementi prodotti in giudizio sono sufficienti ad emettere una pronuncia che statuisca sul *quantum* spettante a titolo di riparazione pecuniaria, ai fini della formulazione della proposta risarcitoria da parte del Comune e l'eventuale raggiungimento di un accordo con la ricorrente ex art. 34, comma 4, c.p.a.". Già prima, Cons. Stato, Sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4126: "La norma - la quale prevede che il giudice amministrativo 'può' stabilire i criteri per la formulazione dell'offerta risarcitoria - consente al giudice di formulare una pronuncia alternativa tra: a) una condanna 'tradizionale' sia sull'*an* che sul *quantum*, con specifica ed analitica quantificazione del risarcimento; b) una condanna sull'*an* e *quantum*, che si limiti per il *quantum* all'individuazione dei soli criteri cui la Pubblica Amministrazione dovrà attenersi nella successiva fase di liquidazione".

(18) F. P. Luiso, *Diritto Processuale civile*, Milano, 2015, II, 202, chiarisce che oggetto della sentenza di condanna generica è "l'accertamento di un fatto potenzialmente produttivo di conseguenze dannose e della imputabilità di questo fatto. Rimangono stralciate dalla sentenza sull'*an* e affidate al giudizio sul *quantum* (e quindi impregiudicate): le questioni relative all'esistenza e quindi all'ammontare del danno o più in generale della prestazione; e anche il nesso di causalità tra il fatto potenzialmente produttivo del danno, ed il danno stesso". In ragione della ricostruzione offerta, non sembrano quindi condivisibili quelle pronunce che predicano una certa assimilazione fra le due diverse forme di condanna: cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 2 dicembre 2016, n. 401; *Id.*, 27 aprile 2010, n. 2384.

(19) Già Ad. Plen. 8 ottobre 2009, n. 5, che richiama l'interesse pubblico alla celere definizione del giudizio in ordine alla legittimità degli atti e alla responsabilità dei comportamenti della P.A. Tale interesse, ad avviso dell'Adunanza Plenaria, è incompatibile con la struttura dell'art. 278 c.p.c., che demanda a un successivo giudizio la decisione definitiva in ordine all'effettiva spettanza del risarcimento. Tale autorevole lettura corrobora l'importanza dei criteri nella condanna ex art. 34, comma 4, c.p.a., che, diversamente, non sarebbe così dissimile da quella generica prevista nel codice di procedura civile.

(20) In tal senso depone la soppressione del comma 4 dell'art. 112 c.p.a. (art. 1, comma 1, lett. cc), n. 2), *D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195*), che aveva introdotto la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni direttamente in sede di ottemperanza.

(21) Peraltro, se così non fosse, si potrebbe profilare nuovamente la criticità che accompagnava l'istituto nella sua precedente configurazione, ossia quella di una ingiustificata deroga alla regola della corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

(22) *Ex multis*, R. Chieppa - R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, III edizione, 2017, 1166; M. Macchia, *Il rito della c.d. ottemperanza "anomala"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, fasc. 6, 619; G. Montedoro, *Ottemperanza speciale "contra silentium" ed ottemperanza anomala nel processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2001, fasc. 8, 883.

(23) In proposito, una delle migliori ricostruzioni si legge in Cons. Stato, Sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4126: "Va premesso - per correggere l'errata impostazione, sul punto, contenuta nell'atto d'appello - che il meccanismo di cui all'articolo 35 del *D.Lgs. n. 80/1998* non è né una forma di esecuzione né di transazione (come erroneamente assunto da parte appellante), ma solo un procedimento di quantificazione del danno da applicare in sede di giudizio di legittimità e non di ottemperanza. La disposizione dell'articolo 35 citato non individua né una forma di ottemperanza "anomala" (come del tutto erroneamente assunto nell'appello), né una ipotesi speciale di azione di condanna generica al risarcimento del danno da proporsi davanti al giudice



TUTOR MAGISTRALIS

MARIA ROSARIA SODANO

amministrativo, limitata al solo *an debeatur*, cui faccia seguito una separata fase giudiziaria di determinazione del *quantum*. La norma - la quale prevede che il giudice amministrativo 'può' stabilire i criteri per la formulazione dell'offerta risarcitoria - consente al giudice di formulare una pronuncia alternativa tra: a) una condanna 'tradizionale' sia sull'*an* che sul *quantum*, con specifica ed analitica quantificazione del risarcimento; b) una condanna sull'*an* e *quantum*, che si limiti per il *quantum* all'individuazione dei soli criteri cui la Pubblica Amministrazione dovrà attenersi nella successiva fase di liquidazione. Solo ove la relativa proposta non trovi il consenso del vincitore, si aprirà la successiva fase di esecuzione del giudicato a mente dell'art. 27, n. 4, [r.d. n. 1054 del 1924](#), nella quale il giudice, in veste di giudice dell'esecuzione, determinerà la concreta e definitiva entità patrimoniale da corrispondere, restando però esclusa la possibilità di rimettere in discussione, in quella sede, la sussistenza del danno, che è stata già provata ed accertata con l'ordinario giudizio di cognizione".