

## OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Febbraio 2012

### **Processo amministrativo. Appello. Decisione**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 1 febbraio 2012, n. 486 - Pres. Trotta, Est. Spagnoletti**

*Anche al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 119, 120 e 130 del c.p.a., il collegio può decidere di pubblicare il dispositivo della decisione qualora particolari esigenze connesse alla peculiare rilevanza e interesse della decisione consiglino di rendere conto immediato dell'esito del giudizio d'appello evitando che permanga una situazione di incertezza sull'assetto degli interessi, istituzionali e soggettivi, sui quali la decisione è destinata ad incidere (1).*

*L'esigenza di immediata definizione del giudizio d'appello a tutela di interessi istituzionali e soggettivi e la necessità di rendere possibile l'eventuale successivo giudizio di ottemperanza senza travalicare il limite esterno della giurisdizione del giudice amministrativo, giustifica il ricorso alla sentenza in forma semplificata pur in presenza di un'impugnazione che impone una diffusa trattazione delle complesse problematiche controverse.*

*E' illegittima in quanto affetta da difetto di motivazione la delibera del Consiglio Superiore della Magistratura che nella valutazione comparativa dei candidati per il conferimento dell'incarico di Presidente aggiunto della Suprema Corte di Cassazione ometta di esprimere una valutazione circa la permanenza inferiore al biennio – prima del raggiungimento del limite d'età - nelle funzioni da conferire al candidato prescelto nonché circa il mancato esercizio delle funzioni giurisdizionali per un significativo lasso di tempo (pari nel caso di specie a 22 anni).*

[Link al testo della sentenza](#)

1. Principio di diritto affermato in fattispecie relativa all'impugnazione della nomina a Presidente aggiunto della Suprema Corte di Cassazione.

Con la sentenza in rassegna la IV sezione del Consiglio di Stato, in riforma della sentenza di prime cure, ha accolto il ricorso dell'interessato sul presupposto del difetto di motivazione della delibera del CSM in relazione alla permanenza infra biennale nelle funzioni di Presidente aggiunto del candidato controinteressato prescelto che peraltro aveva sospeso l'esercizio delle funzioni giurisdizionali per oltre 22 anni avendo svolto per 18 anni le funzioni di avvocato dello Stato e per 4 quelle di consigliere giuridico presso un Ministero.

### **Contratti pubblici nei settori ordinari. Aggiudicazione. Autotutela.**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662 - Pres. Numerico, Est. Forlenza**

*La quantificazione dell'indennizzo previsto dall'art. 21 quinquies della L. n. 241/90, previsto per ristorare il pregiudizio patrimoniale conseguente ad attività legittima nonché lecita della pubblica amministrativa, deve essere parametrata al solo danno emergente (1).*

*Nell'ipotesi di revoca dell'aggiudicazione posta in essere in violazione del canone generale di buona fede nelle trattative previsto dall'art. 1337 c.c., la quantificazione del danno a titolo di*

*responsabilità precontrattuale deve essere parametrata al c.d. interesse negativo, comprendente il danno emergente per le spese relative alla trattativa inutilmente sostenute, il danno da mancate occasioni di guadagno per la perdita di ulteriori opportunità di stipulazione di altri contratti nonché il c.d. “danno curriculare”, consistente nella impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico pari al valore dell’appalto non eseguito, laddove vi sia mancata stipulazione del contratto a fronte di aggiudicazione definitiva.*

[Link al testo della sentenza](#)

1. La sentenza contiene un’ampia ricostruzione sistematica delle conseguenze patrimoniali derivanti dall’esercizio dell’autotutela decisoria, con particolare riferimento all’ipotesi della revoca dell’aggiudicazione, ponendo in risalto le differenze intercorrenti tra la fattispecie dell’indennizzo prevista dall’art. 21 *quinquies* della L. n. 241/90 e quella della responsabilità precontrattuale in cui, a fronte di attività provvedimento legittima, si censura la violazione delle regole di comportamento e, segnatamente, del canone generale di buona fede nelle trattative, ai sensi dell’art. 1337 c.c., ritenuto cogente anche nella relazione procedimentale a partire da Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6 sulla scorta di autorevole e risalente insegnamento dottrinale (F. Merusi). La sentenza prospetta inoltre una prima soluzione al problema della prova del danno da mancate occasioni di guadagno, facendo applicazione del criterio del “più probabile del non” e cioè “alla luce di una regola di giudizio che ben può essere integrata dai dati della comune esperienza, evincibili dall’osservazione dei fenomeni sociali “ (cfr. Cass., sez. III, 10 novembre 2010, n. 22837), valorizzando le vicende successive alla aggiudicazione definitiva “tutte volte a dimostrare pienamente il persistente e forte interesse dell’appellante alla stipulazione ed esecuzione del contratto”.

**Processo amministrativo. Giurisdizione in generale.**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2012, n. 684 - Pres. Numerico, Est. Taormina**

*E’ devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente per oggetto l’impugnazione del verbale con il quale la Commissione Sanitaria di Appello dell’Aeronautica Militare dichiara, per motivi sanitari, temporaneamente non idoneo al rinnovo di licenza aeronautica, un pilota civile dipendente di una società privata di trasporto aereo.*

[Link al testo della sentenza](#)

**Professioni e ordini professionali. Ingegneri e architetti.**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2012, n. 686 - Pres. Numerico, Est. Taormina**

*Ai sensi degli artt. 16 e 46 del D.P.R. 5 giugno 2001 n. 328 l’architetto e l’ingegnere juniores devono ritenersi abilitati alla progettazione di costruzioni in zona sismica a condizione che si verifichi in concreto la riconducibilità dell’opera alla nozione legale di “costruzioni civili semplici, con l’uso di metodologie standardizzate”, tenuto conto anche del livello di sismicità dell’area (1).*

[Link al testo della sentenza](#)

1. La sentenza precisa che la valutazione, da operare in concreto, deve specificamente riferirsi, di volta in volta, al singolo progetto presentato, con motivazione che, ancorchè sintetica, deve avere

portata “individualizzante” e deve basarsi sulle caratteristiche dell’opera prevista, sulle metodologie di calcolo utilizzate (standardizzate o meno) e sul livello di sismicità dell’area.

### **Processo amministrativo. Appello. Controinteressati**

#### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2012, n. 688 - Pres. Numerico, Est. Taormina**

*Ai sensi dell’art. 95, comma 5, c.p.a. ed in applicazione del canone costituzionale della ragionevole durata del processo, il giudice d’appello laddove rilevi la non integrità del contraddittorio può decidere la causa nel merito, senza disporre l’annullamento con rinvio al giudice di primo grado, laddove rilevi l’infondatezza del ricorso (1).*

[Link al testo della sentenza](#)

1. La sentenza in rassegna si discosta motivatamente dal proprio precedente rappresentato da Cons. St., sez. IV, 10 dicembre 2010 , n. 8724.  
Inoltre contiene diffuse argomentazioni e riferimenti di giurisprudenza sul tema dei limiti del sindacato del giudice amministrativo in relazione ai giudizi espressi dalla commissione di avanzamento per gli ufficiali delle forze armate.

### **Atto amministrativo. Revoca.**

#### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2012, n. 689 - Pres. Numerico, Est. Taormina**

*Per il periodo anteriore all’entrata in vigore dell’art. 21 quinquies della legge 7 agosto 1990 n. 241, deve essere esclusa la vigenza di un principio di ordine generale di indennizzabilità del sacrificio sopportato dal concessionario a seguito della revoca della concessione o di un atto ampliativo per sopravvenuti motivi di interesse pubblico (1).*

[Link al testo della sentenza](#)

1. Cfr. Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2009 , n. 4138.  
La sentenza in esame si segnala anche per la ritenuta applicabilità dell’art. 1 del Protocollo Addizionale alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo all’ipotesi di allegato pregiudizio patrimoniale conseguente al provvedimento di revoca di un beneficio economico (nel caso di specie di un finanziamento pubblico) ed ha richiamato la giurisprudenza della CEDU secondo cui l’indennizzo deve essere proporzionato al valore del bene sottratto al privato onde realizzare un giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell’individuo.  
La sentenza in rassegna aderisce all’orientamento per cui la revoca senza contestuale previsione dell’indennizzo non è illegittima, poiché la mancata previsione dell’indennizzo di cui all’art. 21 quinquies della L. n. 241/90 in un provvedimento di revoca, non ha efficacia viziante o invalidante di quest’ultima, ma semplicemente legittima il privato ad azionare la pretesa patrimoniale innanzi al giudice amministrativo che potrà scrutarne i presupposti.(cfr. Cons. St., sez. VI, 17 marzo 2010 , n. 1554).  
Peraltro la soluzione giurisprudenziale in esame, separando il profilo dell’indennizzo da quello della legittimità della revoca, può determinare l’insorgenza di dubbi di compatibilità costituzionale dell’ipotesi di giurisdizione esclusiva di cui all’art. 133, comma 1, n. 4).del c.p.a. (relativamente alle

controversie aventi ad oggetto l'indennizzo da revoca legittima) alla luce di quanto statuito da Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204.

**Processo amministrativo. Notificazioni e comunicazioni.  
Edilizia e urbanistica. Espropriazione per pubblica utilità.**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2012, n. 691 - Pres. F.F. Leoni, Est. Veltri**

*Gli artt. 21 e 23 bis della L. n. 1034/71, come successivamente confermato dall'art. 45 del codice del processo amministrativo, devono essere interpretati nel senso che il termine per il deposito del ricorso decorre dalla data di consegna del plico al destinatario e non da quella di consegna all'ufficiale giudiziario (1).*

*L'avviso di cui all'art. 11 del DPR n. 327/2001 deve contenere, pena la sua illegittimità, l'indicazione delle particelle e dei nominativi dei proprietari, quali indefettibili elementi diretti ad individuare i soggetti espropriandi ed i beni oggetto del procedimento amministrativo, e ciò sia che la comunicazione avvenga personalmente sia che essa avvenga in forma collettiva mediante avviso pubblico (2).*

[Link al testo della sentenza](#)

1. Nel senso della prima massima cfr. Cons. St., sez. V, 06 dicembre 2010, n. 8543.
2. Con riferimento alla seconda massima la sentenza, nel richiamarsi a Cons. St., IV, 8 giugno 2011, n. 3500, precisa che le modalità di comunicazione, seppur semplificate nella forma e nel numero, devono, in ogni caso, essere idonee a raggiungere lo scopo della effettiva conoscenza, di guisa che il proprietario inciso sia posto in grado di optare o meno per la partecipazione procedimentale in chiave difensiva.

**Processo amministrativo. Rappresentanza processuale.**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 febbraio 2012, n. 701 - Pres. Trotta, Est. Forlenza**

*Dopo l'entrata in vigore del D. lgs. n. 267/00 la rappresentanza in giudizio dell'ente locale spetta al Sindaco o al Presidente della Provincia, senza necessità di preventiva autorizzazione a stare in giudizio e ciò salvo diversa previsione dello Statuto il quale può sia prevedere la necessità della persistenza dell'autorizzazione, attribuendone il relativo potere, sia affidare la rappresentanza dell'ente ad un dirigente, o anche al dirigente dell'ufficio legale, con riferimento all'intero contenzioso (1).*

[Link al testo della sentenza](#)

1. La sentenza richiama Cass., sez. un., 27 giugno 2005 n. 13710; Cons. St., sez. V, 7 settembre 2007 n. 4721; Cass., sez. I, 13 gennaio 2010 n. 387; Cass., sez. III, 5 agosto 2010 n. 18158.

**Processo amministrativo. Istruzione e prove.**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2012, n. 703 - Pres. F.F. Leoni, Est. Realfonzo**

*Nel giudizio di impugnazione dell'ordinanza repressiva di un abuso edilizio è onere del privato fornire la prova dello "status quo ante" dell'immobile illegittimamente trasformato, in quanto l'amministrazione non può di regola materialmente accertare la situazione dell'intero territorio (1).*

[Link al testo della sentenza](#)

1. La sentenza, nel ribadire la vigenza anche nel processo amministrativo del generale principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., oggi recepito dall'art. 64, comma 1, c.p.a. (cfr. Cons. St., sez. IV, 11 febbraio 2011, n. 924; Cons. St., sez. IV, 27 gennaio 2011, n. 618), precisa che chi realizza interventi, ritenuti abusivi, su immobili esistenti, è tenuto a dimostrare rigorosamente, se intende evitare le misure repressive di legge, lo stato della preesistenza, proprio in applicazione del principio generale di cui all'art. 2697 c.c. (arg. ex Cons. St., sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8298). Ciò in quanto, il privato dispone ed è normalmente in grado di esibire, la documentazione idonea al fine di fornire utili elementi di valutazione, fotografie con data certa dell'immobile, estratti delle planimetrie catastali, il progetto originario ed i suoi allegati.

### **Edilizia ed urbanistica. Piani di lottizzazione.**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2012, n. 704 - Pres. F.F. Leoni, Est. Realfonzo**

*I provvedimenti di adozione e di approvazione di una variante al Piano regolatore generale che introducono previsioni incompatibili con una convenzione di lottizzazione non sono soggetti a comunicazione individuale nei confronti dei proprietari lottizzanti e non è necessaria la comunicazione di avvio del procedimento in quanto le forme di partecipazione sono già assicurate dalle discipline speciali del procedimento di adozione del piano (1).*

[Link al testo della sentenza](#)

1. Il principio di diritto risulta affermato con riferimento ad una convenzione di lottizzazione risalente nel tempo che il Comune assumeva di aver revocato per un preteso inadempimento delle parti private.

E' costante l'orientamento della Cassazione che qualifica le convenzioni di lottizzazione quali accordi sostitutivi di provvedimento (cfr. da ultimo Cass., sez. un, 17 aprile 2009, n. 9151 nonché Cons. St., sez. IV, 23 agosto 2010, n. 5904).

L'affermazione di cui alla massima pone alcuni problemi di raccordo con l'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 poiché l'adozione di un variante incompatibile con le previsioni edificatorie di una convenzione di lottizzazione in vigore configura nella sostanza un atto di recesso che, in forza dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, impone l'adozione della forma scritta, la comunicazione formale in quanto atto recettizio di scioglimento unilaterale del rapporto, oltre alla previsione di un indennizzo ex art. 11, comma 4.

Inoltre nel caso di specie i lottizzanti non sono stati considerati titolari di una posizione qualificata e differenziata sul presupposto della inefficacia della convenzione a motivo di un loro preteso inadempimento nella cessione di porzioni di terreno a titolo gratuito: Senonchè per poter ritenere la convenzione priva di effetti per fatti di inadempimento era necessario agire in via giudiziaria non potendo ritenersi l'amministrazione titolare di un potere unilaterale di accertamento della violazione del programma negoziale e, tanto meno, del potere di scioglimento unilaterale del vincolo al di fuori dei casi previsti dalla legge o, in via pattizia, dalla convenzione.

Secondo Cons. St., sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236 l'art. 11, comma 2, della L. n. 241/90, laddove prevede che agli accordi sostitutivi di provvedimento si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili, non consente, in difetto di clausole

esprese, che una parte possa dichiarare la risoluzione del contratto per effetto dell'inadempimento dell'altra parte. Ne consegue che dovrà in ogni caso adirsi il giudice amministrativo per l'accertamento dell'inadempimento e la risoluzione dell'accordo.

### **Enti locali. Status degli amministratori locali.**

#### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2012, n. 705 - Pres. Numerico, Est. Greco**

*Il disposto dell'art. 78, comma 6, del D. lgs. n. 267/00, nella parte in cui impone all'Amministrazione di valutare "con priorità" l'istanza di avvicendamento temporaneo proposta dal dipendente il quale faccia valere il proprio interesse a un più agevole esercizio del mandato elettivo, fa riferimento ad una tipologia di trasferimento temporaneo che va valutata e gestita al di fuori della normale programmazione attinente alla movimentazione ordinaria, fermo restando che non sussiste un diritto soggettivo al trasferimento in capo al dipendente, dovendo comunque l'istanza essere esaminata tenendo conto delle esigenze logistiche ed organizzative dell'Amministrazione, onerata sul punto di uno specifico obbligo di motivazione (1).*

[Link al testo della sentenza](#)

1. Con la sentenza in rassegna la quarta sezione del Consiglio di Stato, disattende l'interpretazione prospettata dal Giudice di prime cure secondo cui la predetta "priorità" consisterebbe unicamente nell'obbligo di assicurare al dipendente in questione una sorta di "corsia preferenziale" in occasione delle ordinarie procedure di trasferimento e mobilità, esaminandone la posizione prima di quelle di altri dipendenti pure collocati anteriormente in graduatoria, a condizione tuttavia che le procedure di trasferimento siano effettivamente indette, in difetto di ciò, non potendo comunque trovare applicazione la disposizione in commento.

Nel caso di specie il Giudice di appello ha ritenuto la illegittimità del diniego impugnato per carenza di motivazione essendosi il Comando generale dell'Arma dei Carabinieri limitato a prospettare la possibilità per l'appuntato di avvalersi di permessi retribuiti senza considerare la distanza significativa (circa 700 KM) esistente tra la sede di servizio ed il luogo di svolgimento del mandato amministrativo e senza avere rappresentato le esigenze organizzative e logistiche che impedivano di accogliere la predetta istanza di trasferimento.

### **Processo amministrativo. Ottemperanza.**

#### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2012, n. 709 - Pres. Numerico, Est. Greco**

*Ai sensi del combinato disposto degli art. 117, comma 4 e 114, comma 6, del c.p.a. la relazione fra il Commissario ad acta e l'amministrazione sostituita deve ritenersi di tipo interorganico o addirittura intersoggettivo e non più di immedesimazione organica, con la conseguenza che sussiste in capo all'amministrazione la legittimazione ad impugnare gli atti adottati in via sostitutiva dal commissario ad acta (1).*

[Link al testo della sentenza](#)

1. L'orientamento giurisprudenziale dominante prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo era invece nel senso di ritenere inammissibile l'impugnazione da parte dell'ente sostituito del provvedimento commissariale adottato ai sensi dell'art. 21 bis, comma 2, della L. n. 1034/71 in quanto il rapporto tra i due centri di imputazione era ritenuto di tipo organico e non



intersoggettivo con la conseguenza che l'ente sostituito doveva ritenersi privo di legittimazione ad impugnare un atto suo proprio (cfr. Cons. St., IV, 27 aprile 2004, n. 2520; TAR Catania, I, 27 novembre 2006, n. 2379 e soprattutto l'ampia ricostruzione sistematica proposta con dovizia di argomentazioni da TAR Napoli, sez. V, 14 ottobre 2005, n. 16479, ripresa, più di recente da TAR. Campobasso, sez. I, 18 dicembre 2008, n. 1163; contra TAR Lazio Roma, sez. III, 9 febbraio 2006, n. 984 che tuttavia non esamina la questione della ammissibilità dell'impugnazione dei provvedimenti commissariali nel rito del silenzio).

In presenza dei presupposti di legge di cui agli artt. 21 *quinquies* e *nonies* della L. n. 241/90 si riteneva che l'ente sostituito potesse, al più, fare ricorso al potere di autotutela, avendo cura tuttavia di compiere le valutazioni di legge con estrema cautela (con particolare riferimento all'esistenza di pretesi vizi di legittimità), al fine di evitare ogni sospetto che l'iniziativa costituisse una mera illegittima reazione all'operato del commissario (così espressamente TAR Napoli, V, 14 ottobre 2005, n. 16479).

## **Edilizia e urbanistica. Condoni.**

### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2012, n. 731 - Pres. Numerico, Est. Greco**

*In caso di istanza di condono edilizio per opere abusive realizzate su aree sottoposte a vincolo idrogeologico, il silenzio-assenso dell'Amministrazione comunale si forma con il decorso di ventiquattro mesi dall'emanazione del parere dell'autorità preposta alla tutela del vincolo medesimo, soltanto se tale parere ha contenuto favorevole all'istante ma non quando ha contenuto negativo o l'autorità omette di pronunciarsi (1).*

*L'art. 33 della L. n. 47/85 deve essere interpretato nel senso che in caso di imposizione di vincoli di inedificabilità assoluta successivamente alla realizzazione di un'opera edilizia abusiva la sanabilità dell'opera non è preclusa ma occorre il rilascio del parere da parte dell'autorità preposta alla tutela del vincolo (nel caso di specie idrogeologico), in applicazione della previsione generale di cui all'art. 32, comma 1, della stessa L. n. 47/85 (2).*

*Non è annullabile ai sensi dell'art. 21 octies della L. n. 241/90 il provvedimento del Comune con cui viene respinta l'istanza di condono, viziato per l'omessa acquisizione del parere dell'autorità preposta alla tutela del vincolo poichè, in ipotesi di inedificabilità assoluta dell'area motivata per il rischio di inondazioni, la determinazione assunta non avrebbe potuto essere diversa da quella in concreto adottata.*

[Link al testo della sentenza](#)

1. Nel senso conforme alla prima massima cfr. Cons. St., sez. VI, 26 gennaio 2001, n. 249 e Cons. St., sez. IV, 31 marzo 2009, n. 2024.
2. Sulla seconda massima cfr. Cons. St., sez. VI, 7 ottobre 2003, n. 5918.

## **Processo amministrativo. Ottemperanza.**

### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2012, n. 733 - Pres. Giaccardi, Est. De Felice**

*Nell'ipotesi di annullamento giurisdizionale per motivi meramente formali, di un provvedimento di cessazione dal servizio per scarso rendimento, deve essere respinta, allo stato, la domanda risarcitoria proposta in sede di ottemperanza per voci di danno collegate alla interruzione del rapporto di servizio, atteso che in siffatta ipotesi la sentenza di annullamento non preclude all'amministrazione di provvedere nuovamente, emendando la decisione dei vizi riscontrati (1).*

[Link al testo della sentenza](#)

1. Nel caso di specie si trattava di un militare di truppa in ferma volontaria che si era visto nella impossibilità di replicare alle contestazioni mosse in ordine al rendimento, in quanto assente dal servizio per malattia ed era stato riammesso in servizio solo dopo la proposizione del giudizio per l'esecuzione della sentenza d'appello, a distanza di undici anni dalla originaria dispensa, lamentando danni di carattere patrimoniale e biologico in conseguenza della interruzione del rapporto.

La sentenza in rassegna si uniforma al principio secondo cui, in presenza di un giudicato fondato solo su vizi formali del provvedimento impugnato, l'Amministrazione può procedere alla sua rinnovazione con riedizione della fase istruttoria del procedimento ed integrazione dei motivi ostativi alla sua favorevole conclusione (Cons. St., sez. VI, 28 ottobre 2010, n. 7641) e precisa che, anche se a seguito dell'annullamento l'effetto demolitorio e quello ripristinatorio determinano in sé la ricostituzione del rapporto e quindi la *restituito in integrum*, resta sempre salva la possibilità di riesercizio del potere.

Precisa che l'annullamento di un atto dal quale consegue una riedizione del potere amministrativo, per vizi che non comportano un *giudizio definitivo* in ordine alla *spettanza* o meno del bene da conseguire, ha come conseguenza che la domanda di risarcimento del danno causato da detto illegittimo provvedimento non può essere accolta, ove, come nel caso in esame, persistano in capo alla p.a. significativi spazi di discrezionalità amministrativa, in sede di *possibile riesercizio* del potere, e la parte istante non si sia limitata a chiedere il mero danno subito per effetto di un'illegittimità procedimentale sintomatica di una modalità comportamentale non improntata alla regola della correttezza, ma abbia richiesto l'intero pregiudizio derivante dal mancato conseguimento del bene della vita, costituito dalla richiesta pretensiva.

**Atto amministrativo. Accesso ai documenti amministrativi**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2012, n. 734 - Pres. Giaccardi, Est. De Felice**

*Gli atti del processo civile, al pari di tutti gli atti giudiziari o processuali, sono sottratti all'accesso, a meno che il loro contenuto non sia assunto a presupposto di un successivo provvedimento amministrativo (1).*

[Link al testo della sentenza](#)

1. Per il principio secondo cui gli atti giudiziari o processuali sono esclusi dal campo di applicazione della disciplina in materia di accesso agli atti amministrativi la sentenza richiama Cons. St., sez. IV, 22 giugno 2004 n. 4471 nonché Cons. St., sez. IV, 31 marzo 2008, n. 1363.

Per l'affermazione della loro ostensibilità, laddove richiamati quali presupposti di successiva attività amministrativa, la sentenza in rassegna menziona Cons. St., Sez. IV, 19 gennaio 2011, n. 388.

Analogo principio è stato affermato dalla giurisprudenza in materia di ostensibilità di pareri legali resi all'amministrazione procedente.

In particolare la giurisprudenza da tempo ha precisato che nell'ambito degli atti coperti da segreto, come tali sottratti all'ostensione ai sensi dell'art. 24 comma 1, lett. a) della legge n. 241 del 1990, rientrano, in linea generale, gli atti redatti dai legali e dai professionisti in relazione a specifici rapporti di consulenza con l'amministrazione in quanto detto segreto gode di una tutela qualificata, rinvenibile nella disciplina dettata dagli artt. 622 c.p. e 200 c.p.p.. Debbono pertanto ritenersi accessibili i soli pareri resi anche da professionisti all'amministrazione che si inseriscono



nell'ambito di un'apposita istruttoria procedimentale posto che in tale evenienza il parere è oggettivamente correlato ad un procedimento amministrativo e come tale è atto concernente attività di pubblico interesse in senso stretto, mentre debbono ritenersi coperti da segreto i pareri resi dopo l'avvio di un procedimento contenzioso (giudiziario, arbitrale od anche meramente amministrativo) oppure dopo l'inizio di tipiche attività precontenziose (cfr. Cons. St., sez. V, 2 aprile 2001, n. 1893). Si è ancora precisato a tal proposito che ai fini dell'opposizione del segreto professionale alle istanze di accesso agli atti occorre distinguere fra pareri legali resi in relazione a contenziosi (sottratti al diritto di accesso) e pareri legali che rappresentano, anche per effetto di un richiamo esplicito nel provvedimento finale, un passaggio istruttorio di un procedimento amministrativo in corso; solo il primo tipo di pareri, infatti, è sottratto all'accesso in quanto non è la sola natura dell'atto a giustificare la segretezza ma la funzione che l'atto stesso svolge nell'azione dell'amministrazione; il punto di discriminazione tra l'ostensibilità o meno del parere reso da un legale esterno o interno ad un ente quindi non è costituito dalla natura dell'atto ma dalla sua funzione: se il parere viene reso in una fase endoprocedimentale, prodromica ad un provvedimento amministrativo, lo stesso è ammesso all'accesso mentre se viene reso in una fase contenziosa o anche precontenziosa, l'accesso è escluso a tutela del diritto di difesa (cfr. TAR Liguria, II, 17 dicembre 2009, n. 3782 e Cons. St., sez. V, 23 giugno 2011, n. 3812).

## **Contratti pubblici nei settori ordinari. Requisiti di partecipazione e di qualificazione**

### **Contratti pubblici nei settori ordinari. Avvalimento**

#### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2012 n. 810 - Pres. Trotta, Est. Forlenza**

*All'esito negativo della procedura ex art. 48 del codice dei contratti, il legislatore intende sanzionare il "comportamento sleale" dell'impresa, che si tipizza o per non avere fornito le prove richieste in ordine a quanto dichiarato, ovvero per avere "azzardato" dichiarazioni non corrispondenti al dato reale. Ciò comporta che non rileva che la clausola originariamente prevista dal bando o dalla lettera di invito preveda il possesso di un determinato requisito ovvero la produzione di una certa dichiarazione "a pena di esclusione", perché possa poi farsi luogo, all'esito negativo della procedura ex art. 48, all'esclusione ivi disposta. Se ciò che il legislatore intende sanzionare è il comportamento sleale dell'impresa in ordine alla conferma del contenuto di quanto da essa presentato in sede di gara, è evidente che ciò che è oggetto di sanzione è un comportamento successivo e diverso rispetto al mero rispetto della clausola la cui violazione è prevista a pena di esclusione. In definitiva, deve ritenersi che l'art. 46 e l'art. 48 del Codice dei contratti rispondono a presupposti e finalità differenti: - l'art. 46 (sia nella versione precedente sia successiva alle modifiche introdotte dall'art. 4, d. l. n. 70/11, conv. in l. n. 106/11, che ha aggiunto il comma 1-bis), tende a delimitare, in ossequio al principio della massima partecipazione, le ipotesi di esclusione delle imprese dalle gare, per il tramite della possibilità di completare o fornire chiarimenti (comma 1), ovvero determinando le ipotesi di esclusione a quelle ivi previste e vietando, a pena di nullità, l'introduzione di ulteriori cause di esclusione da parte dei bandi e delle lettere di invito (comma 1-bis); - l'art. 48, invece, al fine di tutelare la correttezza e speditezza del procedimento di gara, tende a preservare la gara stessa dalla partecipazione di imprese non adeguate, per mancanza dei requisiti richiesti, all'oggetto della gara, e sanziona, come si è detto, il comportamento dell'impresa che non fornisce o fornisce in modo insufficiente a confermare il possesso dei requisiti, di modo che tale evenienza tanto può riferirsi a requisiti la cui mancanza è già prevista a pena di esclusione, tanto ad altri requisiti per i quali tale previsione non sussiste (1). La volontà di utilizzare l'istituto dell'avvalimento deve essere espressa dal concorrente al momento di presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Ciò si evince, innanzi tutto, dalla stessa natura e finalità dell'istituto. Se, come afferma l'art. 49, comma 1, del codice dei contratti, l'avvalimento serve a "soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere*

*economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA”, allora esso non può – innanzi tutto quanto all’espressione della volontà di avvalersene – che seguire modalità e termini previsti per la produzione dei requisiti medesimi. Di conseguenza, poiché l’impresa partecipa alla gara non solo “in proprio”, e quindi con tutta la sua organizzazione tecnico-economica, ma anche per mezzo di altra impresa, essa deve allora indicare tale rilevante modificazione soggettiva del tipo di partecipazione, al momento stesso in cui rappresenta alla pubblica amministrazione la propria volontà di voler partecipare alla gara (2). L’art. 49, comma 2, del codice dei contratti, alla lett. g) prevede che: “nel caso di avvalimento nei confronti di un’impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f), l’impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5”. Ciò significa che, essendo la dichiarazione unilaterale sostitutiva solo del contratto, permane l’obbligo di allegazione alla domanda di partecipazione delle dichiarazioni: - sub lett. c), con la quale l’impresa ausiliaria attesta il possesso dei requisiti generali di cui all’articolo 38, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento (tale ultimo inciso introdotto dall’art. 4 d.l. n. 70/11); - sub lett. d), con la quale si assume verso la stazione appaltante l’obbligo di “mettere a disposizione per tutta la durata dell’appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente” - sub lett. e), con la quale l’impresa ausiliaria “attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell’articolo 34”.*

[Link al testo sentenza](#)

1. Diversamente interpretando, osserva il Consiglio di Stato, le disposizioni del citato art. 48 perderebbero qualunque autonomo significato, in quanto esse si risolverebbero solo in una mera ipotesi di controllo anticipato e casuale, e, in quanto riferibili solo al mancato possesso di requisiti per i quali è prevista l’esclusione, finirebbero con il determinare – proprio per effetto della casualità del controllo – una disparità di trattamento tra imprese ab origine non in possesso di detti requisiti, delle quali talune riceverebbero la sanzione dell’esclusione e le ulteriori sanzioni conseguenti, altre risulterebbero solo non aggiudicatarie (e quindi né escluse né ulteriormente sanzionate). E’ del tutto evidente che la finalità dell’art. 48 è anche di tipo “dissuasivo” dal partecipare alle gare da parte di imprese non in possesso dei requisiti e che, comunque, stante la previsione del sorteggio delle imprese da controllare, permane un’alea.

2. Specifica il Collegio come tale considerazione sia rafforzata da una pluralità di chiare indicazioni letteralmente contenute nell’art. 49, il quale: - nel comma 2, alinea, prevede che il concorrente “alleggi” quanto di seguito indicato (dichiarazioni di volere utilizzare l’avvalimento; dichiarazioni dell’impresa avvalsa), il che ha senso solo se riferito alla domanda; - alla lett. a), che il concorrente alleggi “una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell’art. 48, attestante l’avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara”. Appare, inoltre, evidente che se la dichiarazione deve essere verificabile per il tramite della procedura ex art. 48, essa deve essere resa in un momento antecedente a tale procedura, e quindi in sede di presentazione della domanda (in tal senso, Cons. St., sez. V, 4 maggio 2009 n. 2785).

## **Ambiente. Energie rinnovabili**

### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2012 n. 811 - Pres. Numerico, Est. Forlenza**

*Pur fissando l’art. 3, co. 1, lett. b) della direttiva 2003/30/CE, un obiettivo di riferimento di immissione in consumo di biocarburanti pari al 2% del tenore energetico del totale del carburante diesel e benzina immesso in consumo per trasporto in territorio nazionale, viene lasciata libertà ai singoli stati membri di decidere l’obiettivo indicato da perseguire, di modo che il livello nazionale*

dell'1% è in perfetta linea con la suddetta direttiva. Dal che consegue la conformità dell'art. 3 D. lgs. n. 128/05, nel testo introdotto dall'art. 1, co. 367, L. n. 296/06, all'art. 3 della Direttiva 2003/30/CE, con conseguente impossibilità di procedere a disapplicazione del medesimo.

L'art. 2 – quater D.l. n. 2/06 e l'art. 22-bis D.lgs. n. 504/95, il primo modificato, il secondo introdotto rispettivamente dai commi 368 e 371 dell'art. 1 L. n. 296/06, non risultano porsi in violazione con la direttiva 2003/30/CE.

[Link al testo sentenza](#)

Le questioni oggetto del giudizio erano: a) se la direttiva 2003/30/CE indicasse una misura degli obiettivi indicativi nazionali (2% per il 31 dicembre 2005; 5,75% per il 31 dicembre 2010) in modo cogente, di tal che il diverso obiettivo indicativo di cui all'art. 3 d.lgs. n. 128/2005 (nel testo introdotto dall'art. 1, co. 367 L. n. 296/06) – precisamente 1% entro il 31 dicembre 2005; 2,5% entro il 31 dicembre 2008; 5,75% entro il 31 dicembre 2010 – ed in particolare il primo di tali obiettivi (essendo gli altri a tutta evidenza coerenti) dovesse intendersi disposto in violazione della cogente disciplina comunitaria; b) se fosse coerente con tale direttiva l'individuazione di un contingente, espresso in tonnellate, di biodisel prodotto ed esente da accisa, in luogo dell'esenzione totale.

La sentenza appellata, quanto al primo aspetto, aveva ritenuto “evidente” la “portata cogente della norma” (art. 3 direttiva), laddove la stessa fissa due tetti minimi (appunto, il 2% al 31 dicembre 2005 ed il 5,75% al 31 dicembre 2010), e ciò anche alla luce delle osservazioni di cui alla decisione della Commissione del 23 ottobre 2007; la stessa aveva, pertanto, disposto che le citate disposizioni della L. n. 296/06 dovessero essere nella specie disapplicate, stante la prevalenza della normativa comunitaria sulla contrastante normativa nazionale e l'obbligo di diretta applicazione della direttiva predetta”, con conseguente invalidità ed annullamento degli atti impugnati “nei limiti dell'interesse della società ricorrente.

**Processo amministrativo. Interesse a ricorrere**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2012 n. 812 - Pres. Numerico, Est. Forlenza**

*L'ipotesi, di una impugnazione di atto applicativo di norma regolamentare, con la quale si evidenzino e sottopongano all'esame del giudice solo vizi attinenti alla norma del regolamento non dimostra la natura immediatamente lesiva del regolamento, e, quindi, la necessità di sua immediata impugnazione. Al contempo, occorre osservare che l'identificazione di un regolamento (o di una disposizione del medesimo) come “immediatamente lesiva” non può essere desunta dalla natura e contenuto delle censure proposte, e quindi dei vizi evidenziati, in tal modo arguendo “da valle” un contenuto provvedimentale dell'atto, il quale deve essere invece espressamente ricercato ed evidenziato per mezzo di una accurata analisi del contenuto prescrittivo della disposizione, e quindi della immediata, concreta identificabilità del destinatario (1).*

[Link al testo sentenza](#)

1. Secondo il Consiglio di Stato, al momento dell'adozione di un regolamento, ciò che manca non è la lesione di una posizione soggettiva di interesse legittimo (e quindi l'interesse ad agire a sua tutela), bensì lo stesso interesse legittimo, che non può che sorgere in un momento successivo, in dipendenza di fatti o atti che pongono l'interessato a contatto con l'esercizio di un potere amministrativo diverso da quello regolamentare, e che proprio nella norma regolamentare trova il suo fondamento. Solo l'atto di concreta specificazione dell'esercizio dell'ulteriore potere amministrativo, non già regolamentare, ma conferito all'amministrazione dal regolamento, fa

sorgere, ove non favorevole all'interessato, l'interesse ad agire all'impugnazione del provvedimento applicativo e, per suo tramite (se necessario) della norma regolamentare sulla quale tale atto si fonda. A meno che, ovviamente, il regolamento (contraddicendo la sua stessa denominazione) non provveda ad identificare i singoli e concreti destinatari della norma, così assumendo direttamente natura provvedimentale.

Per contro, a parere della sentenza appellata, l'impugnazione immediata del regolamento sarebbe possibile e necessaria, al ricorrere di due ipotesi: - allorché il regolamento contenga "disposizioni immediatamente pregiudizievoli per il ricorrente, affinché quest'ultimo possa vedere consolidato l'interesse a ricorrere"; - ed anche nel caso in cui si impugni "mediatamente" il provvedimento di esso applicativo, ma si deducano nei confronti di quest'ultimo "aspetti puramente formali, mentre le censure sostanziali sono dedotte nei confronti delle disposizioni regolamentari, di talché si evidenzi la immediata capacità pregiudizievole recante dalle disposizioni regolamentari"; "in entrambi i casi, il regolamento dovrebbe essere necessariamente impugnato entro il consueto termine decadenziale di impugnazione decorrente dalla piena conoscenza del regolamento stesso"; e ciò in quanto la presenza di censure che attengono al solo regolamento (e non all'atto applicativo), testimonierebbe ex se "la immediata capacità pregiudizievole delle norme regolamentari".

### **Processo amministrativo. Revocazione**

#### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2012 n. 827 - Pres. F.F. Leoni, Est. Taormina**

*A far data dalla fondamentale decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 22 gennaio 1997, n. 3 la omissione di pronuncia può essere causa di revocazione (così esuberando rispetto al concetto di "errore giuridico" che gli è proprio e che, come è noto, non rientra tra le ipotesi per le quali è proponibile detto gravame straordinario), soltanto allorché sia stato a propria volta determinato da un errore di fatto (1).*

[Link al testo sentenza](#)

### **Processo amministrativo. Riti speciali**

#### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 febbraio 2012 n. 898 - Pres. Trotta, Est. Taormina**

*La previsione di cui all'art. 133 c.p.a. e quella di cui all'art. 119 c.p.a. sono legate da un rapporto di interferenzialità ma non contengono l'identico precetto, per cui non tutte le controversie in materia emergenziale e relative a rifiuti soggette alla giurisdizione amministrativa esclusiva sono sottoposte alla dimidiazione dei termini, ma, tra di esse, soltanto quelle relative "alle ordinanze dichiarative dell'emergenza ed ai "conseguenziali provvedimenti commissariali".*

[Link al testo sentenza](#)

### **Contratti pubblici nei settori ordinari. Requisiti di partecipazione e di qualificazione**

#### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 febbraio 2012 n. 969 - Pres. Trotta, Est. Rocco**

*Dalla ben chiara formulazione dell'art. 47 del codice dei contratti deve escludersi che un'impresa comunitaria possa avvalersi dei requisiti tecnico-operativi messi a disposizione da parte di un'impresa extracomunitaria non appartenente ad alcuno dei Paesi di cui al comma 1 dell'art. 47*

*del D. lgs. n. 163/06, ovvero che non abbiano stipulato particolari accordi di reciprocità con l'Unione Europea o con l'Italia. Tale divieto deve ritenersi esteso non soltanto alle ipotesi di partecipazione diretta dell'impresa extracomunitaria ma anche nelle ipotesi di partecipazione indiretta che possono, per l'appunto, realizzarsi proprio con il ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del D. lgs. n. 163/06 e successive modifiche. Il divieto di cui trattasi è infatti deputato ad assicurare la parità sostanziale di trattamento tra i concorrenti nei procedimenti ad evidenza pubblica, in modo da evitare l'ingresso nei procedimenti medesimi di imprese i cui costi di gestione ambientale, operativi e tecnici sono o possono essere imparagonabili a quelli delle imprese comunitarie; e va soprattutto in tal senso rimarcato che nel contesto dell'istituto dell'avvalimento l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto al contratto d'appalto, dovendosi essa impegnare, non soltanto verso l'impresa ausiliata che concorre per l'aggiudicazione, ma anche verso l'amministrazione aggiudicatrice, a mettere a disposizione dell'ausiliata medesima le risorse di cui questa sia carente, posto che l'ausiliaria è tenuta a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante. (1).*

[Link al testo sentenza](#)

1. Nel caso di specie, essendo assodato che la Tunisia non risultava aver sottoscritto lo specifico ed ulteriore Accordo sugli appalti pubblici che figura nell'allegato 4 dell'Accordo che istituisce la W.T.O., doveva acclararsi se la possibilità per un'impresa comunitaria di avvalersi di un'impresa tunisina quale ausiliaria ai sensi dell'art. 49 del D. lgs. n. 163/06 discendesse dall'Accordo Euromediterraneo che istituisce un'associazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica tunisina dall'altra, approvato con decisione del Consiglio e della Commissione del 26 gennaio 1998 pubblicata in G.U.C.E. L n. 97 del 30 marzo 1998. Il Consiglio di Stato ha ritenuto di dare a quest'ultimo quesito risposta negativa, in quanto l'Accordo citato reca una disciplina meramente programmatica per l'equiparazione delle imprese tunisine a quelle comunitarie agli effetti della loro partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nei Paesi dell'Unione Europea, e che cesserà di essere tale solo allorquando il Consiglio di associazione adotterà le misure deputate a tale scopo: misure di cui, a tutt'oggi, non consta l'esistenza.

## **Processo. Riti speciali**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 febbraio 2012 n. 993 - Pres. Numerico, Est. Veltri**

*Il binomio presupposti del processo - condizioni dell'azione, ampiamente valorizzato dalla giurisprudenza civile, ben può adoperarsi per la risoluzione delle questioni relative all'azione sul silenzio nel processo amministrativo, per giungere ad affermare che anche in questo caso come in quelli la scadenza del termine costituisca una condizione dell'azione che è sufficiente sussista al momento della decisione.*

[Link al testo sentenza](#)

## **Leggi, decreti e regolamenti. Questione di costituzionalità**

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 febbraio 2012 n. 1120 - Pres. Numerico, Est. Forlenza**

*L'assenza di indicazione, da parte della norma primaria, di criteri e limiti all'esercizio della potestà regolamentare, anche nei casi di materia sottoposta a riserva relativa di legge, non determina la (possibile) illegittimità costituzionale della norma, che, pur prevedendo la successiva adozione di un regolamento, non prevede al tempo stesso detti criteri e limiti, e quindi la necessità di rimessione alla Corte Costituzionale (1).*

[Link al testo sentenza](#)

1. Viceversa, aggiunge il Consiglio di Stato, tale assenza di indicazione si risolve in una diversa articolazione del sindacato giurisdizionale sulla legittimità del regolamento. In particolare, se può affermarsi che un regolamento di esecuzione, per il quale la legge abbia omissivo di fissare criteri e limiti per l'esercizio della potestà regolamentare che ha portato alla sua adozione, non è da considerare per ciò solo illegittimo, nondimeno occorre che il giudice operi una attenta ricostruzione del parametro normativo di riferimento, e ciò al fine di evitare che sia impedito o reso difficoltoso (se non evanescente) il sindacato giurisdizionale con riferimento al vizio di violazione di legge. In presenza di un mero regolamento di esecuzione, dunque, il sindacato di legittimità sulle disposizioni del medesimo si risolve in una ipotesi di sindacato giurisdizionale sull'atto amministrativo, per il quale il parametro di legittimità è offerto dalle norme primarie, ed innanzi tutto da quelle su cui si fonda l'esercizio della potestà regolamentare e da quelle cui il regolamento è destinato a dare attuazione (e sui principi da esse desumibili), ma è offerto anche dalle norme costituzionali e del diritto dell'Unione Europea, alle quali può essere riconosciuto un contenuto precettivo. E ciò a maggior ragione nei casi in cui, in difetto di indicazione di criteri generali, ovvero in presenza di un contenuto normativo delle disposizioni primarie affatto lacunoso, viene meno o è insufficiente il parametro legislativo. Diversamente considerando: - per un verso, verrebbe meno il fondamentale principio di cui all'art. 117, comma primo, Cost., che, se pure riferito alla potestà legislativa (la quale "è esercitata nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali"), nondimeno è suscettivo di più generale applicazione, con più ampio riferimento alla potestà normativa. E ciò si verificherebbe a maggior ragione laddove la lacunosità della norma primaria, (insieme ad una ritenuta inapplicabilità del citato art. 117, primo comma, ai regolamenti) consentirebbe l'aggiramento del precetto costituzionale; - per altro verso, ne verrebbe pregiudicato il diritto alla tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive, ex artt. 24 e 113 Cost., sia in quanto il sindacato giurisdizionale sui regolamenti sarebbe escluso da parte della Corte Costituzionale e, al contempo, si presenterebbe estremamente labile (per difetto o insufficienza di parametro legislativo), innanzi al giudice amministrativo; sia in quanto – laddove si volesse seguire la tesi della sindacabilità da parte della Corte della legge priva di un minimo contenuto prescrittivo – si costringerebbe la parte ad attendere il giudizio di costituzionalità della norma primaria, sulla quale (malamente) si fonda la potestà concretizzatasi nell'emanazione del regolamento ritenuto lesivo.

## **Accesso ai documenti. Tutela giurisdizionale**

### **Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 febbraio 2012 n. 1162 - Pres. Giaccardi, Est. Forlenza**

*L'accesso ai provvedimenti disciplinari del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa non può essere riconosciuto per il solo fatto che il magistrato ha "diritto di conoscere le determinazioni con le quali il CPGA fa applicazione, in concreto, del Codice deontologico", il che collega il diritto di accesso ad un generico diritto all'informazione dipendente dal mero status di appartenente ad una categoria. Quantomeno il diritto di accesso collegato al mero status di magistrato non trova nell'art. 22 L. n. 241/1990 il suo fondamento, pur potendo esserne auspicabile la previsione con diversa disposizione (e prevedendo l'art. 24 del DPR n. 686/57 – ove*



*ritenuto applicabile alla magistratura amministrativa - solo che dei provvedimenti disciplinari concernenti i dipendenti pubblici “va data notizia” nel Bollettino Ufficiale di ciascuna amministrazione, non che gli stessi devono essere pubblicati per esteso). Al contrario, tale diritto di accesso può giustamente fondarsi sul diritto alla tutela delle proprie posizioni giuridiche in sede giudiziaria o disciplinare, e ciò a maggior ragione laddove si riscontra che non vi è allo stato, una specifica tipizzazione legislativa degli illeciti disciplinari dei giudici amministrativi (1).*

*Non sussiste un fondamento del diritto di accedere a determinati documenti, rinvenibile nell’“interesse scientifico” dell’istante, il che peraltro postulerebbe una verifica da parte del giudice (e, a fortiori, ammettendo la rilevanza di tale interesse, in primis da parte dell’amministrazione) sulla “pregressa e documentata attività scientifica” dell’istante stesso. A fronte della strumentalità del cd. diritto di accesso alla tutela, latamente intesa, di posizioni giuridiche soggettive, deve osservarsi: - per un verso, che l’interesse scientifico dello studioso e/o del ricercatore non assurge ad autonoma posizione sostanziale, come tale considerabile ai fini dell’applicazione dell’art. 22 ss. L. n. 241/90; - per altro verso, che nel nostro ordinamento, tale “interesse” di tipo squisitamente scientifico, subisce evidenti limitazioni, proprio con riferimento ai documenti amministrativi, da parte di disciplina di diritto speciale (2).*

*Non essendo possibile riconoscere il fondamento del diritto di accesso né nel mero status di magistrato, né nell’interesse scientifico dell’istante, bensì solo nelle esigenze di tutela di posizioni giuridiche sostanziali in sede giudiziaria e/o disciplinare, consegue che deve essere consentito l’accesso, anche mediante estrazione di copia dei documenti (depurati dei nomi degli interessati e di altri riferimenti di tempo o di luogo che possono renderne possibile l’identificazione) rappresentativi di provvedimenti disciplinari emessi nei confronti di magistrati amministrativi e comportanti l’applicazione di una sanzione. E ciò anche in considerazione del fatto che non vi è allo stato “una specifica tipizzazione legislativa degli illeciti disciplinari dei giudici amministrativi”, di modo che la conoscenza dei provvedimenti disciplinari applicativi di una sanzione contribuisce in concreto alla tipizzazione degli illeciti, e, quindi, alle esigenze di tutela dell’interessato in sede disciplinare, con riferimento al fatto o alla condotta in concreto contestatigli come illecito. Viceversa, l’accesso ai provvedimenti di archiviazione, in considerazione del fatto che, in questi casi, non vi è stato esercizio di potere disciplinare, e quindi sussistendo solo una loro indiretta utilità (in quanto volti a contrario a circoscrivere l’ambito dell’illecito), deve avvenire per il tramite di mera visione degli stessi, tanto più non essendo possibile stabilire ex ante, innanzi tutto dall’interessato, quelli che sono funzionali alle proprie esigenze di tutela (3).*

[Link al testo sentenza](#)

1. In particolare, l’assenza di una previa tipizzazione normativa dell’illecito disciplinare rende maggiormente individuabile il fondamento del diritto di accesso del magistrato amministrativo ai provvedimenti sanzionatori emessi dall’organo di autogoverno, in funzione di tutela di proprie specifiche posizioni sostanziali, in sede giudiziaria e/o disciplinare. In questo senso, il difetto di tipizzazione legittima l’accesso ad una pluralità di documenti che consentono al magistrato – che di ciò necessita in funzione di tutela – di ricavare, dai concreti esercizi di potere disciplinare attuati dall’amministrazione, il paradigma dell’azione lecita (e quindi dell’illecito), nonché il criterio valutativo dell’amministrazione e, di conseguenza, la legittimità dello stesso.
2. Si cita, all’uopo, la disciplina degli archivi e degli obblighi di conservazione e protezione del patrimonio culturale archivistico, dal cui esame si evince una generalizzata non consultabilità dei documenti amministrativi, anche per scopi scientifici e di ricerca, prima di quaranta anni dall’esaurimento dell’affare, salvo termini più lunghi. Da ciò consegue che, mentre chi è titolare di una posizione soggettiva, ed in funzione della sua tutela, può accedere ai documenti amministrativi senza particolari limiti temporali, ai sensi e nei limiti della L. n. 241/90, al contrario il soggetto che è portatore di un mero “interesse scientifico”, non può che soggiacere alle limitazioni previste dalle

disposizioni in tema di consultabilità dei documenti di archivio. Del resto, fondare il diritto di accesso sul mero interesse scientifico determinerebbe la sostanziale disapplicazione della disciplina recata dal Codice dei beni culturali, in quanto ne costituirebbe un evidente e sostanziale aggiramento.

3. A quest'ultimo riguardo, occorre, secondo il Consiglio di Stato, temperare le esigenze di tutela dell'interessato (in quanto può affermarsi che anche l'archiviazione, nella misura in cui esclude la sussumibilità di un fatto o di una condotta nella categoria degli illeciti disciplinari contribuisce, sia pure indirettamente, alla tipizzazione di questi ultimi), con la circostanza che l'interessato stesso non conosce né può indicare provvedimenti di archiviazioni utili alle sue predette esigenze di tutela. Anche tale accesso, attuato attraverso la modalità della mera visione, deve essere disposto salvaguardando la riservatezza sull'identità del magistrato oggetto dell'archiviazione.