

**ATTIVITÀ DEL CONSIGLIO DI STATO
E DEL CGARS 2021**

(a cura di Giulia Ferrari, Consigliere di Stato)

ATTIVITA' CONSULTIVA

SOMMARIO: **1. Questioni di rilevante impatto sociale.** **1.1.** Emergenza Covid-19. **1.2.** Contrasto alla ludopatia. **1.3.** Regolamento sulla attribuzione e utilizzo della Carta elettronica. **1.4.** Disciplina del Comitato e della sperimentazione *FinTech*. **1.5.** Spese per il funzionamento degli organi di rilievo costituzionale sottoposta dalla Corte dei Conti. **1.6.** Richiesta di cambio di cognome. **2. Pubblica amministrazione.** **2.1.** Sportello unico doganale e dei controlli. **3. Organismo indipendente di valutazione.** **4. Religione.** **5. *Jus sepulchri*.** **6. Pubblica amministrazione.** **6.1.** Vincolatività delle *Frequently Asked Questions* (c.d. *Faq*). **7. Accesso ai documenti.** **8. Enti locali.** **8.1.** Statuto comunale. **8.2.** Scioglimento del Consiglio comunale. **8.3.** Fondo di solidarietà comunale. **9. Elezioni.** **9.1.** Rimborso delle spese elettorali sostenute anticipatamente dal Comune. **10. Sicurezza pubblica.** **10.1.** Informativa antimafia. **11. Straniero.** **11.1.** Accesso in Italia dei minori stranieri non accompagnati. **12. Contratti della Pubblica amministrazione.** **12.1.** Linee guida Anac per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali. **13. Società *in house* e partecipate.** **13.1. Costituzione di società *in house* per lo svolgimento dei servizi di competenza istituzionale della Agenzia delle accise, dogane e monopolio.** **13.2.** Assunzione obbligatorie delle categorie protette presso le società partecipate della Regione Sicilia. **14. Ambiente.** **14.1.** Piano regionale cave e tutela dell'ambiente. **15. Pesca.** **16. Rifiuti.** **16.1.** Piano regionale di gestione dei rifiuti urbani. **17. Urbanistica.** **17.1.** Destinazione d'uso. **17.2.** Chiusura di verande e balconi di superficie inferiore a 50 mq. in Sicilia. **18. Agricoltura.** **18.1.** Quote latte. **19. Commercio.** **20. Contributi e finanziamenti.** **21. Sanità.** **22. Pubblico impiego.** **22.1.** Corresponsione dell'indennità di amministrazione ai dipendenti in posizione di distacco, comando o altri istituti simili presso la Corte dei Conti. **22.2.** Riconoscimento della dipendenza delle infermità da causa di servizio. **23. Pensione.** **24. Pubblica istruzione.** **24.1.** Concorso straordinario per abilitazione. **24.2.** Concorso straordinario per immissione in ruolo. **24.3.** Incarichi di insegnamento presso Istituzioni statali di alta formazione artistica, musicale e coreutica Afam. **24.4.** Servizio di trasporto dello studente disabile. **25. Forze armate.** **25.1.** Infermità del militare da uranio impoverito. **26. Professioni e mestieri.** **26.1. Avvocati - funzioni giurisdizionali del Consiglio Nazionale Forense.** **26.2.** Intermediari finanziari. **26.3.** Revisori legali. **26.4.** Massofisioterapisti. **26.5.** Addetto ai servizi di controllo delle attività di intrattenimento e spettacolo. **26.6.** Dottori agronomi e forestali. **26.7.** Guardia giurata zoofila. **27. Telecomunicazioni.** **27.1.** Testo unico dei servizi media audiovisivi e radiofonici. **28. Energia.** **28.1.** Programma energetico ambientale regionale (Pear) della Lombardia. **28. Ordine giudiziario.** **28.1.** Partecipazione dei componenti c.d. laici del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana all'Adunanza generale. **29. Attività consultiva del Consiglio di Stato.** **30. Ricorso straordinario al Capo dello Stato e al Presidente della Regione siciliana.**

1. Questioni di rilevante impatto sociale.

Molti i pareri resi dalla Sezione consultiva per gli atti normativi e dalla prima Sezione consultiva del Consiglio di Stato in materie di rilevante impatto sociale.

1.1. Emergenza Covid-19.

- Disciplina di contenimento dell'epidemia Covid.19.

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso il parere (favorevole) 13 maggio 2021, n. 850 sui decreti del Presidente del Consiglio dei ministri del 24 ottobre 2020 e del 3 novembre 2020 che danno attuazione alle disposizioni introdotte dai decreti-legge disciplinanti l'emergenza epidemiologica Covid-19, e ciò in quanto il ricorso ai decreti attuativi, operato dai precedenti decreti-legge, è coerente con il sistema delle fonti, per due ordini di ragioni: in primo luogo perché in linea generale non è riservata alla norma primaria (ancorché contenuta nell'atto-fonte di necessità e urgenza) la disciplina di dettaglio e analitica delle fattispecie regolate (soccorrendo a tal fine, nella fisiologia della normazione, secondo uno schema gradualista delle fonti, la disciplina secondaria dell'esecutivo); in secondo luogo perché il decreto-legge, per quanto agile e di rapida approvazione parlamentare, non avrebbe consentito, nel sopra descritto contesto storico, la duttilità, l'adattabilità e la flessibilità necessarie ad aderire plasticamente alla continua mutevolezza delle condizioni oggettive di sviluppo e andamento della pandemia, notoriamente variabili e scarsamente prevedibili, con significative diversificazioni territoriali, tali da richiedere la capacità di provvedere – di mutare le disposizioni – anche nel breve arco di un mese (o, addirittura, di settimane), duttilità, adattabilità e flessibilità certamente assicurate in misura maggiore dallo strumento esecutivo del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

Ha chiarito il parere che la questione fondamentale è la conformità al nostro sistema ordinamentale dell'introduzione di tale, per certi versi innovativa, tipologia di atti, adottati sulla base di una reiterata decretazione d'urgenza, essa stessa investita, nella prospettiva di parte ricorrente, da dubbi e censure di radicale incostituzionalità per la sua asserita esorbitanza dal sistema, in quanto in contrasto con le previsioni della Legge fondamentale (o, quantomeno, per l'assenza di una base giuridica certa nella Carta costituzionale).

Ad avviso della Sezione il meccanismo di produzione normativa costruito dal Governo e approvato dal Parlamento nella sede della conversione in legge dei decreti-legge di volta in volta susseguirsi (e in primo luogo quelli qui contestati) nel corso dell'emergenza da pandemia da Covid-19, sia conforme al dettato costituzionale e si inquadri coerentemente nel sistema delle fonti, rinvenendo in esso un'adeguata base giuridica.

Fatta eccezione per il primo dei decreti-legge, che ha iniziato la sequenza sviluppatasi a partire dal mese di marzo del 2020 (ossia il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, la cui struttura logico-giuridica appare diversa rispetto ai successivi interventi normativi), a partire dal successivo decreto-legge (n. 19 del 2020), il governo ha impostato correttamente la sequenza logico-giuridica degli atti-fonte preordinati a fronteggiare la pandemia, secondo il fondamentale schema generale della decretazione d'urgenza, introduttiva di norme

primarie, poi approvate dal Parlamento in sede di legge di conversione, attributive, a valle, all'esecutivo, di un potere normativo di livello secondario e di provvedimento generale, modellato sull'esempio delle ordinanze emergenziali di protezione civile sotto il profilo della temporaneità, della eccezionalità e del presupposto dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, ai sensi dell'art. 24 del codice della protezione civile di cui al d.lgs. n. 1 del 2018.

Certamente sarebbe stata altrettanto percorribile in astratto e del tutto conforme alla Costituzione l'opzione per il modello parallelo (e sostanzialmente equivalente) del ricorso alle ordinanze contingibili e urgenti già previste dalla norme vigenti: la decretazione d'urgenza, con norma primaria, ben avrebbe potuto richiamare e attivare i poteri di ordinanza già previsti in capo al Presidente del consiglio dei ministri e al Capo del Dipartimento della protezione civile (art. 5, d.lgs. n. 1 del 2018), o in capo al Ministro della salute (art. 32, l. n. 833 del 1978 istitutiva del sistema sanitario nazionale), anziché introdurre la figura dei decreti del Presidente del consiglio dei ministri. Ma la questione della configurazione di tali atti attuativi a contenuto generale di rango secondario, *ad tempus*, con causa rinvenibile nello stato emergenziale creatosi a seguito della pandemia, riveste a ben vedere un rilievo più formale e nominalistico che sostanziale, essendo pacifico che, in ogni caso, la nuova legge ordinaria speciale ben può derogare alle competenze e alle procedure previste dalle norme pari-ordinate recate dal codice della protezione civile (d.lgs. n. 1 del 2018) e dalla l. n. 833 del 1978, senz'altro derogabili con atto successivo avente pari forza e valore di legge.

Più nello specifico, rileva al riguardo la Sezione che non sussiste alcuna violazione della l. n. 833 del 1978 (art. 32, che attribuisce al Ministro della sanità il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni), né della legislazione sulla protezione civile (d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, "Codice della protezione civile", il cui art. 5 attribuisce peraltro i poteri di ordinanza in materia di protezione civile proprio al Presidente del consiglio dei ministri, prevedendo che questi possa esercitarli "per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile"): la nuova decretazione d'urgenza, ritualmente convertita in legge, ha infatti prodotto norme di rango primario in tutto e per tutto equiordinate, quanto a forza e valore di legge, rispetto a quelle la cui violazione viene dedotta come motivo di censura. Né la legge sul sistema sanitario nazionale del 1978, né quella sulla protezione civile sono leggi (così dette) "rinforzate", sicché nulla vieta, a Costituzione vigente, che una successiva norma primaria (non importa se introdotta direttamente dal Parlamento con una legge ordinaria o, in prima battuta, dal Governo, con lo strumento del decreto-legge, poi validamente convertito in legge dal Parlamento) possa derogare alle previsioni di tali, anteriori, leggi ordinarie. Non si comprende, peraltro, in che cosa si sostanzierebbe il ritenuto *vulnus* di valori costituzionali nell'attribuzione in favore del Presidente del consiglio dei ministri, operata dai decreti-legge qui censurati, della competenza a introdurre atti equivalenti nella sostanza alle ordinanze contingibili e urgenti, compe-

tenza assegnata, invece, dalla precedente legislazione ordinaria di settore, rispettivamente al Ministro della salute e al Capo del Dipartimento della Protezione civile. Si tratta, in entrambi i casi, di un'elevazione del livello di responsabilità amministrativa, compiuta dalla normazione del 2020, che attribuisce la competenza al vertice dell'esecutivo, ossia al massimo livello di responsabilità politico-amministrativa del governo. Né può condividersi la censura con la quale parte ricorrente ha contestato l'imputazione in capo all'organo monocratico, anziché in capo al governo nella sua collegialità (Consiglio dei ministri), di siffatto potere. Risulta in definitiva logico e ragionevole, esclusa ogni valutazione di merito politico, attribuire, per evidenti ragioni di speditezza e di semplificazione connesse alla specifica emergenza da pandemia, le funzioni di intervento urgente all'organo monocratico che, peraltro, quale capo del Governo, riassume e sintetizza in sé il ruolo e la responsabilità dell'intero esecutivo, ai sensi dell'art. 92 Cost., primo comma, secondo periodo (Il Presidente del Consiglio dei ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene la unità di indirizzo politico ed amministrativo, promovendo e coordinando l'attività dei Ministri).

Sotto un diverso angolo di visuale, pur essendo in astratto possibile (come peraltro sta avvenendo con il nuovo governo insediatosi il 13 febbraio 2021, a partire dal d.l. 1 aprile 2021, n. 44 e, da ultimo, con il d.l. 22 aprile 2021, n. 52) definire direttamente nell'atto-fonte di rango primario (nel decreto-legge) anche tutti i dettagli applicativi delle chiusure e delle altre misure limitative finalizzate ad assicurare il così detto distanziamento sociale in funzione di contenimento dell'espandersi della pandemia, ciò nondimeno il modello innovativo adottato con il sistema imperniato sul rinvio ai decreti attuativi non presenta i denunciati profili di incostituzionalità e di dissonanza rispetto al sistema delle fonti (avendo riferimento precipuo, in questa sede, deve ripetersi, all'incidenza, qui denunciata, sui diritti al lavoro e alla libera iniziativa economica privata, e non anche ad altre libertà individuali presidiate da riserva assoluta di legge).

Contestualizzando realisticamente la valutazione giuridica degli impugnati decreti nel loro effettivo e proprio contesto cronologico di riferimento, non può non considerarsi che nel primo anno della pandemia, nel 2020, la assoluta novità e l'inusitata gravità di questa emergenza globale, nonché la ancora scarsa conoscenza di questo fenomeno pandemico, hanno comprensibilmente richiesto l'adozione di misure ordinarie emergenziali particolarmente rapide e duttili, apparendo, in quel contesto, difficilmente praticabile il ricorso alla sola decretazione d'urgenza, con la definizione, all'interno del decreto-legge stesso, dell'intero quadro di dettaglio applicativo delle misure necessarie. Viceversa oggi, a distanza di oltre un anno dall'esplosione di questa epocale calamità naturale, anche sulla base dell'esperienza sinora accumulata, della maggiore conoscenza acquisita e della stessa produzione normativa per l'innanzi sedimentatasi, appare ragionevolmente possibile concentrare direttamente nel decreto-legge l'articolazione di tutte le misure restrittive da mettere in campo (fermo restando che anche i citati d.l. n. 44 e n. 52 del 2021 non mancano di operare ampi rinvii ai "provvedimenti adottati in attuazione dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020", ossia ai precedenti dd.P.C.M.).

Ciò doverosamente premesso, la Sezione ha affermato che il ricorso ai decreti attuativi, operato dai precedenti decreti-legge, qui contestati, sia in sé coerente con il sistema delle fonti, e ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo perché in linea generale non è riservata alla norma primaria (ancorché contenuta nell'atto-fonte di necessità e urgenza) la disciplina di dettaglio e analitica delle fattispecie regolate (soccorrendo a tal fine, nella fisiologia della normazione, secondo uno schema gradualista delle fonti, la disciplina secondaria dell'esecutivo); in secondo luogo perché il decreto-legge, per quanto agile e di rapida approvazione parlamentare, non avrebbe consentito, nel sopra descritto contesto storico, la duttilità, l'adattabilità e la flessibilità necessarie ad aderire plasticamente alla continua mutevolezza delle condizioni oggettive di sviluppo e andamento della pandemia, notoriamente variabili e scarsamente prevedibili, con significative diversificazioni territoriali, tali da richiedere la capacità di provvedere – di mutare le disposizioni – anche nel breve arco di un mese (o, addirittura, di settimane), duttilità, adattabilità e flessibilità certamente assicurate in misura maggiore dallo strumento esecutivo del d.P.C.M.

Il parere ha dichiarato legittimi i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri del 24 ottobre 2020 e del 3 novembre 2020 nella parte in cui hanno introdotto, senza motivazione, il divieto di svolgere attività di ristorazione tra le ore 18,00 e le ore 5,00 e ciò in quanto la chiusura, peraltro parziale in quanto limitata alla fascia serale, delle attività di ristorazione risponde a principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente, si è resa necessaria per la nota situazione pandemica al fine di evitare possibili forme di assembramento, ed è stata adottata tenendo conto delle cognizioni e valutazioni acquisite dal Comitato tecnico-scientifico, sulla base di una scelta, ampiamente discrezionale, di accordare prevalenza, nel temperamento di tutti gli interessi coinvolti, alla necessità di tutelare il diritto alla salute quale primario interesse generale della collettività, anche a scapito di altri diritti costituzionalmente tutelati, di cui il ricorrente lamenta la violazione con il presente ricorso.

Ha chiarito la Sezione che stante la natura di atti generali, introduttivi di disposizioni di rango secondario, ancorché temporanee ed emergenziali, sfuggono all'applicabilità delle norme in tema di motivazione degli atti amministrativi contenute nella l. 7 agosto 1990, n. 241; inoltre, trattandosi indubbiamente di atti di alta amministrazione, espressione di ampia discrezionalità, attraverso i quali il Governo ha attuato le fondamentali scelte politiche e amministrative di gestione della gravissima crisi pandemica verificatasi a partire del mese di gennaio del 2020, essi, da un lato, anche da questo angolo di visuale, non richiedono corredi motivazionali raffrontabili a quelli necessari per gli ordinari provvedimenti amministrativi, dall'altro lato sono sindacabili in questa sede di esame di legittimità solo per carenze e/o errori gravi e manifesti e per evidente illogicità, irrazionalità, sproporzione o irragionevolezza, restando precluso ogni sindacato che possa riguardare il merito e la condivisibilità delle decisioni adottate, né la loro opportunità e convenienza.

Precisata la natura e i limiti del sindacato di legittimità in questa sede ammissibile, la Sezione ha rilevato che le misure censurate risultano non illogiche, né irrazionali, sono adeguatamente fondate su una sufficiente istruttoria tecnico-scientifica, non appaiono

inattendibili nel metodo, né nelle conclusioni raggiunte, e risultano nel complesso proporzionate e ragionevoli, alla stregua del principio di precauzione, in funzione della migliore tutela della salute pubblica. Se è vero, come ribadito dalla recente giurisprudenza formata in materia di misure restrittive per contrasto alla pandemia da Covid-19, che il principio di precauzione non può essere invocato oltre ogni limite, ma deve essere contemperato con quello di proporzionalità, come ricordato tanto dall'insegnamento, nelle materie di competenza dell'Unione europea, dalla Corte di Giustizia (sez. I, 9 giugno 2016, in causa C-78/2016, Pesce), quanto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nel caso "Ilva di Taranto" (Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, sul bilanciamento tra valori dell'ambiente e della salute da un lato e della libertà di iniziativa economica e del diritto al lavoro dall'altro), è altrettanto vero che il test di proporzionalità e di stretta necessità delle misure limitative deve raggugiarsi al livello di rischio - e quindi al proporzionale livello di protezione ritenuto necessario - causato dalla straordinaria virulenza e diffusività della pandemia. La prevalenza del principio di precauzione (Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655) è dunque ragionevolmente motivata in relazione al presente contesto di emergenza sanitaria, caratterizzato dalla circolazione di un *virus* sul cui comportamento non esistono certezze nella stessa comunità scientifica, con la logica conseguenza che, non essendo conosciuti, né prevedibili con certezza i rischi indotti da attività lavorative e commerciali potenzialmente pericolose, l'azione dei pubblici poteri ben può e deve tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche, a tutela del valore primario della salute.

1.2. Contrasto alla ludopatia.

La Sezione atti normativi ha reso parere favorevole (4 febbraio 2021, n. 161) sullo schema delle linee di azione del Ministero della salute, per garantire le prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione rivolte alle persone affette dal gioco d'azzardo patologico.

Ha chiarito la Sezione che lo schema di regolamento sulle linee di azione per garantire le prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione rivolte alle persone affette dal gioco d'azzardo patologico (GAP) in epigrafe si fonda sull'art. 1, comma 133, terzo periodo, l. 23 dicembre 2014, n. 190, in base a cui il Ministro della salute, con decreto di natura regolamentare, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, adotta linee di azione per garantire le prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione rivolte alle persone affette dal gioco d'azzardo patologico.

Il quarto periodo del medesimo comma ha inoltre stabilito il trasferimento al Ministero della salute dell'Osservatorio per il contrasto della diffusione del gioco d'azzardo e il fenomeno della dipendenza grave, precedentemente allocato presso l'Agenzia delle dogane e dei monopoli. Successivamente, con decreto del Ministro della salute, adottato di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, del 24 giugno 2015 è stato istituito presso il Ministero della salute l'Osservatorio, tra i cui compiti, elencati nell'art.

1, comma 2, è compresa anche la “definizione delle linee di azione per garantire le prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione rivolte alle persone affette dal gioco d’azzardo patologico, ai fini della predisposizione del decreto regolamentare di adozione delle linee guida”.

Con ulteriore decreto del Ministro della salute, adottato di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, del 12 agosto 2019, è stato ricostituito l’Osservatorio e tra le relative funzioni è stato ricompreso l’aggiornamento, sulla base delle evidenze scientifiche, delle linee di azione in questione.

Con parere interlocutorio n. 1540 del 7 giugno 2018 la Sezione - soffermandosi sulla natura propria dell’atto normativo in questione (regolamento adottato ai sensi dell’art. 17, comma 3, l. n. 400 del 1988), di pertinenza del Ministero della salute, in quanto espressione della competenza propria di questi - ha rilevato che alcune parti dell’allegato non parevano rientrare nella competenza esclusiva del Ministero della salute, ad esempio con riferimento ai “Programmi di formazione nelle scuole” o all’ultimo capitolo dedicato all’inquadramento legislativo/normativo e alla disciplina del gioco pubblico, in cui, sotto forma di raccomandazioni, venivano prospettate modifiche al sistema sanzionatorio e cautelare. E ancora, la Sezione ha rilevato che la parte delle linee di azione riguardanti il percorso diagnostico terapeutico assistenziale (PDTA) per il paziente con disturbo da gioco d’azzardo conteneva ampi riferimenti alla letteratura nazionale sull’argomento e, nella parte finale, un elenco dei riferimenti bibliografici, da espungere in ragione del valore normativo del regolamento, a meno che non intendesse recedere dall’idea che l’allegato debba costituire parte integrante dello schema regolamentare. Ulteriormente, la Sezione aveva rilevato che nel documento allegato erano, poi, indicate le diverse categorie dei destinatari dello stesso e che appariva opportuno che, alla luce delle specifiche competenze del dicastero proponente, venissero indicate le concrete modalità di attivazione delle linee di azione.

1.3. Regolamento sulla attribuzione e utilizzo della Carta elettronica.

La Sezione atti normativi ha reso il parere (16 novembre 2021, n. 1745) sullo schema di Regolamento contenente modifiche al decreto del Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo 24 dicembre 2019, n. 177, “Regolamento recante i criteri e le modalità di attribuzione e di utilizzo della Carta elettronica, prevista dall’articolo 1, comma 604, della legge 30 dicembre 2018, n. 145”.

Al fine di promuovere lo sviluppo della cultura e la conoscenza del patrimonio culturale, il legislatore ha previsto sin dal 2016 una carta elettronica per i neomaggiorenni, spendibile per l’acquisto di beni determinati. E’ intervenuto con le leggi di bilancio, attribuendo ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo e con il Ministro dell’economia e delle finanze, la definizione dei criteri, delle modalità di attribuzione e di utilizzo della Carta, nonché l’importo da assegnare nell’ambito delle risorse disponibili (l. n. 208 del 2015, art. 1, comma 979 e comma 980; l. n. 232 del 2016, art. 1, comma 626; l. n. 205 del 2017, tabella 13).

Per gli anni 2016, 2017 e 2018, le disposizioni di attuazione emanate con d.P.C.M. n. 187 del 2016 (e modificate con la tecnica della novella dai successivi d.P.C.M. n. 136 del 2017 e n. 138 del 2018) hanno, oltre che regolato la procedura, determinato l'importo del bonus in euro 500,00, nei limiti del tetto di spesa prevista. Inoltre, hanno affidato l'attività di comunicazione istituzionale relativa all'attuazione alla Presidenza del Consiglio dei ministri, dipartimento per l'informazione e l'editoria.

2. Per gli anni successivi dal 2019 al 2020 - nell'ambito della uniformità della disciplina legislativa e con l'implementazione dei beni e servizi culturali acquistabili con la carta elettronica, mediante l'introduzione dei prodotti di editoria audiovisiva e degli abbonamenti a quotidiani, anche digitali – il legislatore ha innovato lo strumento del potere regolamentare, prevedendo un decreto ministeriale (l. n. 145 del 2018, art. 1, comma 604, come modificato dall'art. 3, comma 4-*bis*, d.l. n. 59 del 2019, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 81 del 2019; l. n. 160 del 2019, art. 1, comma 358 e comma 357, come modificato dall'art. 183, comma 11-*ter*, d.l. n. 34 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 77 del 2020). Per gli anni 2019 e 2020, le disposizioni di attuazione, emanate con il d.m. n. 177 del 2019 e modificate con la tecnica della novella dal successivo d.m. n. 192 del 2000, hanno confermato l'importo del bonus in euro 500,00, nei limiti del tetto di spesa prevista, e la procedura individuata negli anni precedenti. I pareri conclusivi resi da questa Sezione (n. 3177 del 2019 e n. 2053 del 2020) sono stati favorevoli con osservazioni, sostanzialmente recepite dai decreti ministeriali. Nel prosieguo, nei limiti utili alle osservazioni dell'attuale schema di decreto, si darà conto di due profili ancora di interesse, in riferimento alla comunicazione istituzionale ed ai rischi di utilizzo abusivo della carta elettronica.

Lo schema di decreto in esame si inserisce nel secondo periodo temporale della disciplina e concerne il bonus cultura per i giovani che compiono diciotto anni nell'anno 2021. Il beneficio è stato finanziato dalla legge di bilancio per l'anno 2021, n. 178 del 2020, con l'art. 1, comma 576 (che ha novellato il comma 357 della legge n. 160 del 2019). La stessa legge (art. 1, comma 611) ha aggiunto i periodici tra i beni acquistabili con la carta elettronica. Successivamente, il finanziamento è stato aumentato da 150 a 220 milioni (art. 65, comma 9, d.l. 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 luglio 2021, n. 106).

La fonte del potere regolamentare è l'art. 1, comma 358 della legge n. 160 del 2019, secondo il quale, con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo (ora Ministro della cultura), di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono definiti gli importi nominali da assegnare, nel rispetto del limite di spesa previsto nel comma 357, i criteri e le modalità di attribuzione e di utilizzo della carta elettronica. Le norme di attuazione dello schema in esame hanno un ambito circoscritto: - la previsione dei termini per la richiesta e per la fruizione del bonus da parte dei nuovi beneficiari; - la previsione dei tempi per l'accesso di nuovi operatori commerciali; - l'aggiornamento delle modalità di registrazione alla "18App" e di implementazione dell'elenco degli operatori commerciali, aggiungendo la carta di identità elettronica (Cie) al sistema

pubblico di identità digitale (Spid); - l'inserimento dei periodici, anche digitali tra i beni acquistabili con la carta elettronica.

La tecnica della novella delle norme di attuazione per estendere il bonus cultura ai beneficiari degli anni successivi, è stata costantemente seguita dall'Amministrazione sin dal 2016.

La Sezione ha rilevato che tale tecnica può ingenerare incertezze nella esatta individuazione della disposizione applicabile da parte degli operatori del diritto e dei beneficiari quando, come nella fattispecie, le novelle si susseguono con cadenza annuale, dovendosi ricollegare l'ultima in ordine di tempo alla prima, come annualmente novellata, ed essendo ancora applicabile la parte precedentemente novellata per coloro che sono divenuti diciottenni l'anno immediatamente precedente.

Tale problematica può verificarsi soprattutto quando, come nella fattispecie, la successione annuale delle novelle per sei anni è caratterizzata da due elementi peculiari: da un lato, una "frattura" temporale, costituita dal mutamento dello strumento cui dalla legge è attribuito il potere regolamentare, dal d.P.C.M. dei primi anni al d.m. degli ultimi anni; dall'altro, una continuità temporale nella disciplina legislativa e regolamentare, in cui la prima è mutata solo per l'importo dei finanziamenti annualmente stanziati e per l'implementazione (negli ultimi tre anni) dei beni e servizi culturali acquistabili con la carta elettronica, la seconda è rimasta invariata: per l'importo del bonus, per lo strumento della carta elettronica, per l'utilizzo dell'apposita piattaforma informatica e per le procedure, estese di anno in anno ai nuovi beneficiari e ai nuovi operatori economici, con l'individuazione di precisi termini in applicazione dello stesso criterio inizialmente scelto.

Con l'obiettivo di superare tale criticità e nell'ottica di una proficua collaborazione, si sottopone all'attenzione dell'Amministrazione la seguente opzione di intervento. Essa consiste nel procedere – con valenza anche di *best practice*, visto lo scarso ricorso all'istituto – a un vero e proprio "testo unico regolamentare". Ipotizzando ragionevolmente la conferma del *bonus* cultura nei prossimi anni (pur se con possibili riconsiderazioni e riperimetrazioni de iure condendo), la Sezione reputa opportuno operare un riordino organico delle disposizioni regolamentari che si sono succedute nel 2016, nel 2017 e nel 2018, rispetto a quelle sopravvenute per gli anni 2019, 2020, 2021, consolidando quelle ancora vigenti, individuando quelle transitorie e sopprimendo quelle ormai prive di efficacia.

Si è discusso molto di codificazione, ovvero di riordino innovativo, in relazione alla fonte legislativa e non sono mancati i pareri di questo Consiglio di Stato (si vedano, in particolare: le considerazioni espresse nei due pareri sul codice appalti e sul suo correttivo - comm. spec. 1 aprile 2016, n. 855, comm. spec. 30 marzo 2017, n. 782; i principi espressi nei pareri sul codice delle società partecipate – comm. spec. 21 aprile 2016, n. 968; id. 14 marzo 2017, n. 638 – e soprattutto in quello sul codice della nautica da diporto: comm. spec. 18 ottobre 2017, n. 2162; ma già prima vanno richiamate le importanti pronunce sui c.d. codici di settore: in primis, il parere n. 2 del 2004, sul codice della

proprietà industriale, reso dall'Adunanza generale del 25 ottobre 2004). Invece, di codificazione si è dibattuto relativamente poco in relazione alla fonte regolamentare, per riordinare il non meno importante livello della disciplina secondaria. Eppure, il modello del “periodico riordino regolamentare” trova cittadinanza nell’ordinamento ormai già da vari anni, a partire quantomeno dall’art. 5, comma 1, lett. b), l. n. 69 del 2009, che ha novellato la *Grundnorm* dell’art. 17, l. n. 400 del 1988, introducendovi il comma 4-ter, il quale recita: “con regolamenti da emanare ai sensi del comma 1 del presente articolo, si provvede al periodico riordino delle disposizioni regolamentari vigenti, alla ricognizione di quelle che sono state oggetto di abrogazione implicita e all’espressa abrogazione di quelle che hanno esaurito la loro funzione o sono prive di effettivo contenuto normativo o sono comunque obsolete”.

Il Consiglio di Stato ha già avuto modo più volte di raccomandare (ad es., pareri Comm. spec. 15 aprile 2016, n. 929, su semplificazione e accelerazione dei procedimenti amministrativi; Comm. spec. 18 ottobre 2017, n. 2162 sul codice della nautica da diporto, già citato) il riordino delle fonti secondarie, considerandolo un importante strumento di qualità della regolamentazione che, attraverso il riassetto e la codificazione, migliora la chiarezza e la qualità della disciplina regolamentare in un determinato settore. Tale strumento risulta invece poco (quando non per nulla) utilizzato, poiché nella pratica non constano testi unici di livello regolamentare redatti ai sensi della l. n. 400 del 1988; invece, esso andrebbe debitamente valorizzato, per evitare il proliferare di quelli che sono stati definiti “regolamenti monade”. Peraltro, come è noto e come viene ribadito anche nei suddetti pareri, il potere regolamentare – a differenza di quello di legislazione delegata – è un potere “proprio”, “immanente” del Governo, e come tale è esercitabile in qualsiasi momento, con indubbi effetti positivi, anche con poteri “innovativi” e non solo compilativi della disciplina. E ciò senza la necessità di ulteriori previsioni legislative ad hoc, a tal fine essendo sufficienti in via permanente (ovviamente come norme di “autorizzazione” all’esercizio del potere regolamentare, non certo di “delega”, come pure talvolta impropriamente si afferma) quelle già contenute nell’ordinamento: nel merito, dalla legge che prevede l’esercizio del potere regolamentare; nel metodo, in via generale, dalla l. n. 400 del 1988. Pertanto, grazie al descritto meccanismo – come afferma questo Consiglio nei citati pareri – per il Governo il “principio di qualità della regolazione” è “più agevolmente perseguibile per le disposizioni regolamentari vigenti” rispetto al riordino legislativo.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che se la legge demanda “attualmente” alla fonte del d.m. l’attuazione di un certo intervento, e se tale intervento richiede a regime, pro futuro, una pluralità di regolamenti esecutivi, tutti nella veste di d.m., ben può il Governo esercitare il proprio (permanente) potere di disciplina regolamentare ministeriale intervenendo con un successivo d.m. che riordini quelli precedenti, consolidandone le norme in un testo unico e individuando le disposizioni ancora vigenti e quelle ormai superate, anche rispetto alla disciplina contenuta in precedenti d.P.C.m., secondo il modello già previsto (ma non in via esclusiva, né tantomeno escludente) dal comma 4-ter dell’art. 17, l. n. 400.

Per entrambe le modalità attuative declinate, il risultato sarebbe costituito da una evidente semplificazione normativa, a tutto vantaggio della qualità della normazione e della fruibilità per gli operatori del diritto e per gli utenti: la concentrazione, in un solo decreto omnicomprensivo, di tanti decreti validi ciascuno solo per un anno e difficilmente leggibili ex se perché spesso consistenti solo in norme di novella, e richiedenti “testi coordinati” diversi di anno in anno.

In più, la seconda modalità avrebbe anche il pregio di perseguire lo stesso obiettivo con una procedura meno complessa, in applicazione del principio dell'economia dei mezzi, e soprattutto evitando la cristallizzazione della disciplina in una fonte normativa più elevata.

Inoltre si tratterebbe di una modalità di riordino semplificata e “calibrata” sulla materia da riordinare, che richiederebbe quindi uno sforzo minimale da parte dell'Amministrazione proponente.

1.4. Disciplina del Comitato e della sperimentazione *FinTech*.

La Sezione atti normativi ha reso parere favorevole (29 gennaio 2021, n. 109) sullo schema di decreto relativo alla disciplina del Comitato e della sperimentazione *FinTech*. Ha chiarito la Sezione che lo schema di decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, recante attuazione dell'art. 36, commi 2-*bis* e seguenti, d.l. 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 giugno 2019, n. 58, dispone in ordine alla disciplina del Comitato e della sperimentazione *FinTech*.

Ha ricordato il parere che predetto comma 2-*bis* all'art. 36 testualmente stabilisce che “Al fine di promuovere e sostenere l'imprenditoria, di stimolare la competizione nel mercato e di assicurare la protezione adeguata dei consumatori, degli investitori e del mercato dei capitali, nonché di favorire il raccordo tra le istituzioni, le autorità e gli operatori del settore, il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti la Banca d'Italia, la Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) e l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (Ivass), adotta, entro il 31 gennaio 2021, uno o più regolamenti per definire le condizioni e le modalità di svolgimento di una sperimentazione relativa alle attività di tecno-finanza (*FinTech*) volte al perseguimento, mediante nuove tecnologie quali l'intelligenza artificiale e i registri distribuiti, dell'innovazione di servizi e di prodotti nei settori finanziario, creditizio, assicurativo e dei mercati regolamentati”. Ha ancora ricordato la Sezione che in materia di finanza digitale occorre anche richiamare la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni relativa a una Strategia in materia di finanza digitale per l'Unione europea (24 settembre 2020 COM(2020) 591 final), nella quale sono indicate le priorità e le relative azioni che la Commissione intende intraprendere per permettere ai consumatori e alle imprese di trarre vantaggio dalla finanza digitale mitigandone al contempo i rischi, anche attraverso opportune modifiche ed integrazioni alla normativa vigente; a tal fine viene incentivato lo scambio delle conoscenze tra le autorità e gli operatori dei diversi Stati membri.

La sperimentazione *FinTech* risponde all'esigenza di promuovere l'innovazione tecnologica nei settori bancario, finanziario e assicurativo, attraverso l'introduzione di nuovi modelli di *business*, nuovi processi, prodotti e applicazioni che possono determinare significativi mutamenti nella struttura del mercato e nelle modalità di prestazione e fruizione dei servizi. Pertanto, occorre adottare un approccio regolamentare e di vigilanza coordinato e condiviso tra le autorità a livello nazionale, europeo e globale, per promuovere l'innovazione e rimuovere ostacoli al suo sviluppo, al contempo assicurando l'integrità dei mercati e la tutela di utenti e risparmiatori.

Il regolamento in esame si inserisce in tale contesto di promozione del *FinTech* e, sulla scorta anche dell'esperienza di altri Paesi (ad esempio la Gran Bretagna) delinea le condizioni e le modalità di svolgimento della sperimentazione di attività *FinTech* volta a 'testare' i prodotti, servizi e business innovativi nei settori bancario, finanziario e assicurativo tramite una stretta collaborazione tra operatori e Autorità vigilanti. Il regolamento consente ai soggetti che svolgono o intendono svolgere attività *FinTech* di godere di deroghe transitorie con riferimento ai profili di cui all'art. 36, comma 2-*quater*, d.l. n. 34 del 2019, sperimentando, entro un 'perimetro monitorato' dalle autorità di vigilanza, i servizi, i prodotti e i processi di business innovativi in campo bancario, finanziario e assicurativo". Ciò consentirebbe, da un lato agli operatori *FinTech* di testare determinate attività di tecno-finanza usufruendo eventualmente, per un periodo transitorio, di un regime semplificato, dall'altro al regolatore e alle autorità di vigilanza di osservare e monitorare il fenomeno, anche al fine di individuare le eventuali modifiche da apportare al quadro regolatorio per renderlo adeguato alle attività di tecno-finanza.

1.5. Spese per il funzionamento degli organi di rilievo costituzionale sottoposta dalla Corte dei Conti.

La sez. I, con parere 20 gennaio 2021, n. 65 ha affermato che la Corte dei conti è da ricomprendere tra gli organi di rilevanza costituzionale e la natura magistratuale della Corte dei conti costituisce un elemento che ne rafforzerebbe il peculiare rilievo all'interno della categoria degli organi di rilevanza costituzionale, anche e soprattutto per quanto riguarda l'indipendenza dal Governo. È pacifica la specifica cautela che deve adottare il legislatore ogni qual volta disciplini profili funzionali e organizzativi di tali organi, proprio perché (aspetto negativo) non sia pregiudicata e (aspetto positivo) possa essere garantita la funzione di indipendenza e neutralità dell'organo interessato. Ciò vale ancor più per un organo per il quale la Costituzione configura espresse forme di tutela con riferimento sia alla funzione di controllo sia alla funzione giurisdizionale.

Infatti, quanto alla prima, la Corte esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo e sulla gestione del bilancio dello Stato e, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, il controllo sulla gestione finanziaria degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, riferendo al Parlamento sul risultato del riscontro eseguito (art. 100, secondo comma, Cost.) e la legge è chiamata ad assicurare l'indipendenza dell'istituto e dei suoi componenti di fronte al Governo (art. 100, terzo comma, Cost.). La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla

legge (art. 103, secondo comma, Cost.). L'indipendenza è, dunque, nell'impianto costituzionale, un requisito per lo svolgimento della funzione giurisdizionale e di controllo e, insieme, per l'esercizio della funzione referente a beneficio delle Camere. Spetta alla legge assicurare l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali (art. 108, secondo comma, Cost.), cui senza dubbio è riconducibile la Corte, come si desume anche dalla VI disposizione transitoria e finale della Costituzione.

Quanto alla distinzione tra organi costituzionali e organi a rilevanza costituzionale, questa può essere riassunta nei seguenti termini: il solo carattere dell'indipendenza non è sufficiente per individuare gli organi costituzionali, che, secondo un autorevole insegnamento dottrinale, si possono distinguere da quelli a mera rilevanza costituzionale per il fatto di operare ad un livello di potere immediatamente subordinato alla Costituzione formale. Diverso il caso di quegli organi le cui attribuzioni sono delineate dalla Costituzione, con connotazioni di indipendenza e autonomia, ma titolari di funzioni diverse da quelle proprie dei c.d. "organi supremi".

Ha infine affermato la Sezione che l'intermediazione ministeriale per la sottoposizione di "quesiti" al parere del Consiglio di Stato non è necessaria quando la richiesta di parere promani da un organo che ha una posizione di autonomia e indipendenza, e che è pertanto espressione dello Stato ordinamento e non dello Stato apparato. In particolare è stata ammessa la legittimazione a chiedere in via diretta il parere del Consiglio di Stato in capo alle Autorità amministrative indipendenti relativamente a quesiti. A maggior ragione deve essere ammessa la legittimazione della Corte dei conti a sottoporre quesiti al Consiglio di Stato in via diretta, senza la mediazione del Governo, atteso che la Corte dei conti è organo previsto dalla Costituzione, quale espressione dello Stato ordinamento, e non solo dalle leggi ordinarie (come è per le Autorità amministrative indipendenti).

4. La Corte dei conti ha sottoposto al Consiglio di Stato un quesito relativo ad alcune tipologie di spese sostenute dalla medesima Corte, in relazione alla recente abrogazione di alcuni vincoli all'autonomia e flessibilità gestionale e amministrativa. Dal combinato disposto della disposizione di rango primario con il regolamento "di organizzazione" (*rectius*: "regolamento autonomo di amministrazione e di contabilità"), si ricava che, senza pregiudizio alcuno delle prerogative della Corte dei conti, ad essa risulta nondimeno applicabile, e non derogata, la specifica norma di contenimento della spesa di cui all'art. 6, comma 14, d.l. n. 78 del 2010; ciò coerentemente con il principio secondo cui, pro parte ed entro certi limiti (da cui il citato comma 14 non pare esulare), anche gli organi costituzionali e di rilevanza costituzionale concorrono alla spesa pubblica e al relativo necessario contenimento. La norma primaria qui considerata risulta riferita espressamente alla Corte dei conti, per tali ragioni l'art. 6, comma 14, d.l. n. 78 del 2010 continua a produrre effetti anche nei confronti della stessa, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 1, comma 590, l. 30 dicembre 2019, n. 160.

1.6. Richiesta di cambio di cognome.

La sez. I, con parere 5 luglio 2021, n. 1165 ha affermato che per bilanciare gli opposti interessi, pubblicistico alla tendenziale stabilità del cognome e privatistico in termini di diritto all'identità personale, è fondamentale il giudizio di ponderazione del Prefetto, accompagnato da una motivazione che dia conto del processo argomentativo alla base di ciascuna decisione, valutati anche gli interessi di eventuali controinteressati. Si tratta di valutare la serietà e rilevanza sotto un duplice profilo, soggettivo e oggettivo. Vale a dire, i motivi dovranno essere effettivamente seri ed importanti per la vita del richiedente, tali da influire negativamente, se non condivisi dalla autorità, sullo sviluppo della sua serena esistenza psicologica, affettiva o giuridica, ma dovranno, altresì, essere oggettivamente talmente rilevanti da apparire, anche dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, non futili, secondari o pretestuosi.

2. Pubblica amministrazione.

2.1. Sportello unico doganale e dei controlli.

La Sezione atti normativi ha reso il parere (17 dicembre 2021, n. 1883) sullo schema di Regolamento recante la disciplina dello Sportello unico doganale e dei controlli.

Ha ricordato la Sezione che in ragione dei risultati conseguiti dallo Sportello unico doganale, sviluppato dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli sulla base di quanto stabilito dalla citata legge n. 350 del 2003, l'art. 20, d.lgs. 4 agosto 2016, n. 169 (Riforma della portualità) ha previsto l'attuazione dello "Sportello Unico Doganale e dei Controlli" – Sudoco; la norma in questione ha esteso la competenza dello Sportello unico doganale a tutti i controlli connessi all'entrata e uscita delle merci, al fine di favorire un ulteriore recupero della competitività dei nodi della rete logistica nazionale; lo schema disciplina il funzionamento del Sudoco e consente al sistema nazionale di proseguire nell'attività di adeguamento alle principali raccomandazioni emanate a livello internazionale in materia di facilitazione del commercio, con riferimento particolare alla trasmissione delle informazioni da parte degli operatori economici una sola volta (*once only*), attraverso un'unica interfaccia (*single window*), e alla necessità di eseguire i controlli contemporaneamente e nello stesso luogo (*one stop shop*); il presente regolamento, mediante la regolamentazione dello Sportello unico doganale e dei controlli, consente al Paese di proseguire nella direzione dello sviluppo della competitività del modello nazionale interpretando il ruolo di innovatore e stimolatore del processo di modernizzazione e implementazione della dogana elettronica paneuropea.

Prima di addentrarsi nell'esame del Regolamento la Sezione ha sottolineato che esso costituisce il primo atto normativo sottoposto al parere del Consiglio di Stato nel quadro dell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR). Si tratta di un processo complesso, che impegna tutte le Pubbliche amministrazioni ed è contrassegnato da una serie di obiettivi e dal rilievo preminente che assume il loro effettivo e tempestivo raggiungimento. Ciò presuppone un cambiamento rilevante dell'esercizio delle funzioni

pubbliche e del generale *modus operandi* dell'Amministrazione, chiamata a operare secondo tempi dati per potere conseguire gli obiettivi e i connessi benefici di carattere finanziario.

Ad avviso della Sezione, oltre agli obiettivi prioritari del disegno generale di riforma che il PNRR postula, vanno evidenziate e valorizzate le specifiche ricadute in termini positivi sul modo di agire della Pubblica amministrazione, che il Consiglio di Stato non può che sostenere e incoraggiare e che dovranno costituire un criterio ispiratore nella predisposizione dei singoli interventi normativi e attuativi. Ciò per far sì che il PNRR possa costituire (anche) un'occasione preziosa per riformare “in concreto” il modo di lavorare delle Amministrazioni pubbliche. In questa ottica, non può che ribadirsi che, nelle sue funzioni consultive sugli schemi di atti normativi, il coinvolgimento del Consiglio di Stato non si limita solo alla verifica di legittimità in senso stretto degli atti sottoposti al parere, ma si deve estendere anche alla evidenziazione delle attività, condotte, *best practices* ritenute più idonee a conseguire gli obiettivi prefissati e a orientare di conseguenza l'azione delle amministrazioni. In altri termini, in presenza di un intervento così rilevante è necessario fornire un

supporto adeguato, non formale, sia con l'intento di ulteriormente migliorare, se possibile, la qualità dei testi normativi sia con l'obiettivo di favorire l'effettività nell'attuazione delle diverse disposizioni. È utile ricordare che il compito istituzionale del Consiglio di Stato in questo contesto è quello di esprimere la funzione di garanzia neutrale che gli è propria, anche indicando, ove sia necessario, aspetti normativi da integrare o rafforzare o da rendere più propriamente in linea con le indicazioni e finalità delle azioni richieste dal PNRR.

Come è noto, le funzioni consultive sono connotate dalla natura neutrale di garanzia svolta, come quella giurisdizionale, secondo canoni di assoluta indipendenza e risultano complementari a quelle giurisdizionali, atteso che le funzioni consultive svolte “nell'interesse pubblico” (e non “nell'interesse della pubblica amministrazione”) perseguono, in via preventiva, il medesimo scopo di garanzia della legittimità dell'agire dell'amministrazione che poi il giudice persegue *ex post*, su istanza del cittadino che si dichiara leso da provvedimenti o comportamenti illegittimi.

Una funzione di prevenzione del contenzioso, quindi, che giova anche alla funzione giurisdizionale ed è ad essa strettamente connessa.

Le considerazioni appena svolte si attagliano a maggior ragione al complesso di attività, normative e non, connesse al conseguimento degli obiettivi qualitativi (*milestones*) e quantitativi (*targets*) posti dal PNRR. Il rilievo dei risultati nel PNRR – in cui la verifica positiva dell'adempimento del Piano costituisce condizione per potere accedere ai fondi dalla Commissione – affianca al più tradizionale canone dell'efficienza il preminente parametro dell'efficacia dell'azione amministrativa.

L'attenzione del Piano verso i risultati è uno degli aspetti cruciali. La stessa redazione del PNRR, infatti, segue l'enunciazione di azioni amministrative e di obiettivi spesso puntuali. La Sezione ha fermato che il parametro dell'efficacia (effettivo conseguimento degli obiettivi) debba costituire un elemento primario di valutazione, anche nella fase di

predisposizione degli atti normativi, tramite l'utilizzazione della articolata strumentazione che l'ordinamento già da tempo mette a disposizione dell'amministrazione pubblica (ad es. l'AIR) oltre che degli organismi istituiti proprio in considerazione delle specificità del PNRR (quali, ad esempio, la Cabina di regia e relativa segreteria tecnica, l'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento dell'efficacia della regolazione, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Servizio centrale per il PNRR, istituito presso la Ragioneria generale dello Stato).

L'efficacia, e quindi l'effettività del conseguimento degli obiettivi, richiederà un attento monitoraggio a valle, sulla fase attuativa delle disposizioni via via introdotte.

La proiezione verso i risultati resa evidente dal PNRR trova ormai un esplicito riferimento, sul piano del diritto interno, nell'art. 1, comma 2, d.l. n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 108 del 2021: la sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nel PNRR assume preminente valore per l'interesse nazionale. È quindi un principio che, in ragione dei vincoli sottostanti al PNRR, assume una incidenza diretta e specifica e non può che aiutare e orientare l'interprete o, in questo caso, l'attività consultiva sugli schemi di atti normativi del Consiglio di Stato.

La Sezione ha fatto un'ultima considerazione di carattere generale appare opportuna in relazione alla esigenza di una visione *crosscutting* degli interventi, che metta al centro, appunto, il risultato e non i soggetti che concorrono a perseguirlo, con ciò superando – nella fase attuativa – l'attitudine, propria di non poche amministrazioni, alla separazione, quando non alla contrapposizione o alla competizione con le altre. Si perde, così, il dovere per la parte pubblica di considerare le istanze, gli interessi e i diritti dei cittadini in modo unitario. Tale considerazione è tanto più rilevante anche con riferimento all'attuazione del PNRR, se si tiene conto di quanto essa sia destinata a incidere, a vasto spettro e in molteplici campi, sul rapporto tra cittadino e Pubblica amministrazione e a soddisfare una visione olistica che metta al centro il destinatario del servizio pubblico e non l'apparato che fornisce il servizio medesimo.

La Sezione ha poi esaminato i presupposti per l'esercizio del potere regolamentare in questione. Come si legge nell'analisi tecnico-normativa, lo schema di regolamento in itinere intende aggiornare il contenuto del d.P.C.M. n. 242 del 2010, istitutivo dello Sportello unico doganale, al fine di adeguarlo ai compiti previsti dal più recente art. 20, d.lgs. 4 agosto 2016, n. 169, in tema di controlli. La relazione AIR chiarisce poi che si tratta di un regolamento di esecuzione. In effetti, nelle premesse dello schema in esame, qualificato come D.P.R., viene fatto espresso riferimento all'art. 17, comma 1, l. n. 400 del 1988, in base a cui, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il parere del Consiglio di Stato che deve pronunciarsi entro novanta giorni dalla richiesta, possono essere emanati regolamenti per disciplinare, tra l'altro, l'esecuzione delle leggi e dei decreti legislative (lettera a)).

Va considerato tuttavia che, a monte, si pongono due distinte disposizioni di rango primario, cui viene fatto espresso riferimento anche nelle premesse dello schema.

La prima è costituita dall'art. 4, l. n. 350 del 2003, che ha istituito presso gli uffici dell'Agenzia delle dogane, lo "Sportello unico doganale", per semplificare le operazioni di

importazione ed esportazione e per concentrare i termini delle attività istruttorie, anche di competenza di amministrazioni diverse, connesse alle predette operazioni (comma 57). In particolare, il comma 59 dell'art. 4 ha affidato a un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con i Ministri interessati e con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, la definizione dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi che concorrono per l'assolvimento delle operazioni doganali di importazione ed esportazione, validi fino a quando le amministrazioni interessate non provvedono a stabilirli, in una durata comunque non superiore, con i regolamenti di cui all'art. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241. È stato poi adottato il d.P.C.M. n. 242 del 2010, che ha indicato nelle Tabelle A e B a esso allegate i termini di conclusione dei procedimenti e ha disciplinato ulteriormente lo sportello unico telematico e l'attività di coordinamento dell'Agenzia.

La seconda disposizione di rango primario è poi contenuta nel d.lgs. n. 169 del 2016, il cui art. 20, comma 1, ha stabilito che allo Sportello unico doganale sono attribuiti anche la competenza nonché i controlli relativi a tutti gli adempimenti connessi all'entrata e uscita delle merci nel o dal territorio nazionale. Ha inoltre chiarito l'estensione del coordinamento da parte dell'Agenzia anche sui controlli disposti da altre Amministrazioni o organi dello Stato. Ha stabilito inoltre che i controlli, ad esclusione di quelli disposti dall'Autorità giudiziaria e di quelli svolti dagli organi competenti per la sicurezza dello Stato e dalle forze di polizia, sono coordinati dall'ufficio doganale e si eseguono contemporaneamente e nello stesso luogo. Conseguentemente, il predetto sportello unico doganale ha assunto la denominazione di "Sportello unico doganale e dei controlli". Il comma 2 dell'art. 20 ha poi previsto che, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri interessati, sono individuate le risorse umane, strumentali e finanziarie per lo svolgimento dei compiti di cui al comma 1, di cui l'Ufficio doganale può avvalersi, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. L'oggetto proprio del d.P.C.M. previsto dal citato art. 20, comma 2, d.lgs. n. 169 del 2016 è dunque circoscritto puntualmente. Si potrebbe intendere che il presente schema costituisca esercizio del potere regolamentare attribuito dal citato art. 20, comma 2, e, insieme, riesercizio del potere attribuito dall'art. 4, comma 59, l. n. 350 del 2003.

Tale risulta essere la scelta dell'amministrazione che, correttamente, ha sottoposto lo schema al procedimento aggravato, comprensivo dell'intesa in Conferenza Stato-Regioni. È quindi necessario che l'amministrazione richiedente dia maggiore e più netta evidenza a tale profilo fin dalle premesse dello schema. Tuttavia, tutto ciò non spiega perché l'amministrazione abbia poi scelto di percorrere la strada del regolamento di esecuzione da adottare con d.P.R. ai sensi dell'art. 17, comma 1, l. n. 400 del 1988. In presenza di disposizioni espresse contenute in articoli di atti con forza di legge, volte a precisare puntualmente i contenuti del regolamento e ad attribuire a un atto del Presidente del Consiglio dei ministri l'esercizio del relativo potere, non viene senz'altro meno

- anche in assenza di ulteriore previsione legislativa specifica - il generale potere regolamentare di dare esecuzione alla legge, secondo il procedimento e l'esercizio dei poteri delineato dall'art. 17, comma 1, lettera a), l. n. 400 del 1988, ma ci si può chiedere se ciò possa avvenire anche per quegli ambiti che, con disposizioni di legge ad hoc, sono stati riservati a distinta tipologia di atti (in questo caso d.P.C.M.). E d'altronde, la stessa amministrazione ha seguito, come si è visto, lo specifico procedimento previsto dalle disposizioni di legge (art. 4, comma 59, l. n. 350 del 2003 e art. 20, comma 2, d.lgs. n. 169 del 2016) per l'adozione dei dd.P.C.M.. L'amministrazione sembra essersi affidata allo strumento più "capiente", il regolamento di esecuzione, in presenza di disposizioni autorizzatrici dei dd.P.C.M. così specifiche (sui termini di conclusione dei procedimenti e sulle risorse umane, strumentali e finanziarie per lo svolgimento dei compiti), da non consentire una compiuta e organica nuova regolamentazione dell'organizzazione e attività amministrativa conseguenti alle scelte del legislatore. La scelta è stata pertanto quella di adottare un regolamento di esecuzione, secondo il modello dell'art. 17, comma 1, l. n. 400 del 1988, e con le garanzie procedurali delle specifiche disposizioni di rango primario più volte citate. Si tratta di un'ibridazione connotata da ragionevolezza ed economia dei mezzi procedurali. Altrimenti l'amministrazione avrebbe dovuto adottare due distinti regolamenti (un nuovo d.P.C.M. e un d.P.R.), senza beneficio alcuno e, al contrario, con pregiudizio della leggibilità e organicità delle modifiche introdotte. Tuttavia, tale obiettivo non è stato del tutto colto, laddove permangono in vita parti dei predetti d.P.C.M., a seguito delle abrogazioni parziali disposte con lo schema in esame.

3. Organismo indipendente di valutazione.

La sez. I, con parere 11 ottobre 2021, n. 15755 ha giudicato legittimo l'art. 2 del decreto del 2 dicembre 2016 della Presidenza del Consiglio, Dipartimento della Funzione Pubblica, che ha istituito l'Elenco nazionale dei componenti degli Organismi indipendenti di valutazione della performance, che esclude la partecipazione di soggetti che abbiano riportato condanne penali per reati ormai estinti; ed invero, nell'Elenco nazionale dei componenti degli Organismi indipendenti di valutazione non possono essere iscritti (o, se già iscritti, debbono esserne cancellati) i soggetti che hanno riportato sentenze penali definitive di condanna, anche in base all'istituto del patteggiamento, ossia della applicazione della pena su richiesta della parte; il generale riferimento al "non aver riportato condanne penali" evidenzia l'irrilevanza della natura del reato commesso (delitto o contravvenzione) nonché dell'epoca, anche risalente, della condanna.

Ha aggiunto la Sezione che il dettato normativo non attribuisce rilevanza ai reati estinti, non essendovi alcun riferimento, ai fini della sussistenza comunque del requisito di iscrizione, a tali reati.

Ha ancora chiarito che in considerazione dell'attribuzione agli Oiv di molteplici e delicate funzioni di controllo che attengono al funzionamento delle pubbliche amministrazioni, al corretto utilizzo delle risorse pubbliche ed alla prevenzione ed al contrasto dei fenomeni di corruzione, che le previsioni del decreto ministeriale impugnato risultino legittime e proporzionate, anche con riferimento agli obblighi dichiarativi imposti, i

quali devono essere adempiuti da soggetti aspiranti “controllori” in maniera puntuale, completa e veridica, derivandone altrimenti l’esclusione o la cancellazione dall’Elenco. Non può, invero, predicarsi l’applicabilità al procedimento di iscrizione nell’Elenco Nazionale dei componenti degli Organismi di valutazione delle disposizioni dettate dal Codice dei contratti pubblici, laddove prevede che non può costituire motivo di esclusione la condanna penale “quando il reato è stato dichiarato estinto” dopo la condanna.

Ed, invero, non si tratta nella specie di valutare la moralità e l’affidabilità di un soggetto mero esecutore di opera pubblica, ma bensì di un “controllore” nell’ambito di funzioni che attengono al funzionamento ed all’attività complessiva delle pubbliche amministrazioni, per il cui esercizio è ragionevole imporre requisiti più stringenti rispetto a quanto avviene in materia di partecipazione a procedure di appalto o concessioni

Rileva, peraltro, la Sezione che, anche a voler accedere alla tesi sostanzialistica propugnata dal ricorrente e ritenere sussistente il requisito di partecipazione in presenza di condanna per reato estinto, il predetto requisito può ritenersi presente solo quando l’estinzione sia stata dichiarata dal giudice penale.

Va in proposito in primo luogo evidenziato che la disposizione del Codice dei contratti pubblici invocata dal ricorrente espressamente richiede, ai fini dell’insussistenza del motivo di esclusione dalla procedura a cagione della condanna penale, l’avvenuta dichiarazione di estinzione del reato.

4. Religione.

Con parere 29 ottobre 2021, n. 1685 la sez. I ha affermato che va riconosciuta personalità giuridica all’associazione denominata “*Sikh Gurdwara Parbandhak Committee Italy*”, quale ente di culto diverso dal cattolico, ai sensi degli artt. 2, l. 24 giugno 1929, n. 1159 e 10, r.d. 28 febbraio 1930, n. 289.

La Sezione ha ricordato di essersi già espressa negativamente sulla istanza di riconoscimento di personalità giuridica, condividendo le perplessità dell’amministrazione che, in aggiunta alla esiguità dei mezzi economici e finanziari e all’ambiguità relativa alla sede dell’ente, si appuntavano su alcuni aspetti propri della religione Sikh che confliggono in maniera evidente con principi fondamentali del nostro ordinamento pubblico interno, quali l’uso (*rectius* il ‘porto’) del *kirpan* (pugnale rituale ricurvo) e il divieto di divorzio per le sole donne.

Ha chiarito il parere che l’ente istante, espressione di una diversa componente del Sikhismo presente in Italia, ha opportunamente preso in considerazione quei rilievi e, a seguito di ripetute interlocuzioni con l’Amministrazione e grazie al coinvolgimento del Banco Nazionale di Prova, quale autorità tecnica nazionale competente in materia di armi, ha predisposto un prototipo di pugnale rituale *kirpan* che ha sottoposto alle valutazioni della anzidetta autorità. Il Banco Nazionale di Prova per le armi da fuoco portatili e per le munizioni commerciali ha infine attestato che il prototipo, in ragione delle sue caratteristiche tecniche e delle sue dimensioni, "non è idoneo a recare offesa alla persona" e, pertanto, non è da considerarsi tra le armi proprie di cui è vietato il porto,

rappresentando nello specifico un mero simulacro. La certificazione del Banco Nazionale di prova è espressamente citata dall'art. 7, lettera a, numero 4), dello statuto. Per quanto concerne il divieto di divorzio per le sole donne, il Ministero conferma che non solo l'ultimo statuto ma anche il precedente del 27 giugno 2017 esplicitano il principio di uguaglianza; similmente, la relazione sui principi religiosi prodotta dall'ente si diffonde sulle pari opportunità per le donne. I principi religiosi sopra enunciati sono ribaditi con maggiore evidenza dall'ente richiedente che, a seguito di un percorso di confronto e di dialogo con il Ministero dell'interno, ha novellato, come ricordato, lo statuto con atto pubblico in data 15 maggio 2020. L'associazione ha assunto la denominazione "*Sikh Gurdwara Parbandhak Committee Italy*" (*Sikh Gurdwara Parbandhak Comitato Italia*)".

5. *Jus sepulchri*.

La sez. I, con parere 15 febbraio 2021, n. 194, ha affermato che nel sepolcro ereditario lo *ius sepulchri* si trasmette, nei modi ordinari, per atto *inter vivos* o *mortis causa*, dall'originario titolare anche a persone non facenti parte della famiglia, nel sepolcro c.d. gentilizio o familiare (la distinzione, risalente al diritto romano, tra sepolcro ereditario e sepolcro familiare o gentilizio è tuttora accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza), lo *ius sepulchri* è attribuito, in base alla volontà del fondatore, in stretto riferimento alla cerchia dei familiari destinatari del sepolcro stesso, acquistandosi dal singolo *iure proprio* sin dalla nascita, per il solo fatto di trovarsi col fondatore nel rapporto previsto dall'atto di fondazione o dalle regole consuetudinarie, *iure sanguinis* e non *iure successionis*, e determinando una particolare forma di comunione fra contitolari caratterizzata da intrasmissibilità del diritto, per atto tra vivi o *mortis causa*, imprescrittibilità e irrinunciabilità. Tale diritto di sepolcro si trasforma da familiare in ereditario con la morte dell'ultimo superstite della cerchia dei familiari designati dal fondatore, rimanendo soggetto, per l'ulteriore trasferimento, alle ordinarie regole della successione *mortis causa*.

Ha chiarito la Sezione che nel nostro ordinamento il diritto al sepolcro rappresenta un complesso di situazioni giuridiche corrispondenti a distinti ed autonomi diritti. Il c.d. diritto primario di sepolcro sorge in capo al privato per effetto della concessione da parte dell'autorità amministrativa di un'area di terreno o di porzione di edificio in un cimitero pubblico di carattere demaniale (art. 824 cod. civ.); è tale concessione, di natura traslativa, che crea a sua volta nel privato concessionario un diritto soggettivo perfetto di natura reale, suscettibile di trasmissione *inter vivos* o successione *mortis causa*, che consiste nel diritto di essere seppellito (*ius sepulchri* propriamente detto) o di seppellire altri in un dato sepolcro (*ius inferendi mortuum in sepulchro*). Tale diritto è opponibile *iure privatorum* ai terzi ed è assimilabile al diritto di superficie; allo stesso tempo, però, il titolare ha una posizione di interesse legittimo in caso di emanazione di atti autoritativi della pubblica amministrazione, quando esigenze di pubblico interesse per la tutela dell'ordine e del buon governo del cimitero impongono o consigliano alla pubblica amministrazione di revocare la concessione. Il diritto di sepolcro, in altri termini, non preclude l'esercizio dei poteri autoritativi spettanti all'Amministrazione concedente che, con

provvedimento autoritativo, può riacquistare la disponibilità del bene pubblico dato in concessione se, in ipotesi, oggetto di abusi o di illeciti da parte del concessionario o se necessario per un miglior assetto degli interessi pubblici. Detto potere discende dai principi generali di diritto pubblico, oltre che dalle disposizioni che codice civile che richiamano tali principi generali; per i beni demaniali e per quelli patrimoniali indisponibili, l'Amministrazione concedente è sempre titolare del potere di imporne una gestione conforme alle regole del diritto amministrativo e all'interesse pubblico (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5296).

Ha ancora chiarito la Sezione che accanto al diritto primario al sepolcro (id est diritto alla tumulazione) vi è poi un diritto secondario al sepolcro che consiste nella facoltà di accedere al luogo di sepoltura in occasione delle ricorrenze e di opporsi agli atti di violazione del sepolcro o alla lesione della memoria delle persone ivi seppellite. La dottrina ritiene che in questo caso sia applicabile la normativa codicistica a tutela del nome o dell'immagine altrui. La dottrina ha anche individuato il diritto alla intestazione del sepolcro (c.d. *ius nomini sepulchri*), rappresentato dal diritto di apporre il proprio nome sul sepolcro da parte del fondatore e di tutti gli aventi diritto tumulati nel sepolcro stesso. Notevole importanza giuridica riveste inoltre il diritto di scelta del luogo di sepoltura (*ius eligendi sepulchrum*) individuabile nella facoltà di scelta spettante ad ogni persona fisica circa le modalità ed il luogo della propria sepoltura. Come è noto, la legge consente espressamente che tra le disposizioni testamentarie rientrino anche quelle a carattere non patrimoniale (art. 587, comma 2, cod. civ.). Costituisce affermazione da tempo consolidata nella giurisprudenza della Corte di Cassazione quella secondo cui lo *ius eligendi sepulchrum* rientra nella categoria dei diritti della personalità e, come tale, non può formare oggetto di trasferimento *mortis causa*, ma può formare oggetto di un mandato *post mortem exequendum* ovvero può essere inserito nel testamento (art. 587, comma 2, cod. civ.). Nel caso in cui la *electio* non sia stata esercitata dal defunto durante la sua vita, la scelta del luogo di sepoltura può essere fatta dai prossimi congiunti, senza alcun rigore di forme, con prevalenza dello *ius coniugii* sullo *ius sanguinis* e di questo *sullo ius successionis*. Con specifico riferimento al caso in cui, una volta attuata la scelta da parte del soggetto al quale l'ordinamento attribuisce una posizione poziore tra i congiunti del defunto, si dibatta circa la necessità o meno del trasferimento del luogo di sepoltura, la Corte di Cassazione, anche di recente, ha precisato che nel giudicare dell'opposizione dei parenti del defunto alla traslazione della salma di questo, ad iniziativa degli attuali aventi diritto alla scelta del sepolcro (a seguito della verificatasi necessità di modificare l'originario luogo di sepoltura), il giudice, una volta accertato che il luogo di sepoltura era stato originariamente determinato dal titolare del relativo diritto, deve valutare con oculata prudenza le giustificazioni addotte per pretendere di operare un trasferimento che comporta esumazione e ritumulazione del cadavere, posto che è avvertita dalla sensibilità degli uomini l'esigenza che le salme dei defunti non vengano, senza adeguate e gravi ragioni, trasferite da un luogo ad un altro. Da un lato, occorre dunque considerare la salvaguardia della scelta iniziale e, dall'altro, le ragioni della traslazione della salma addotte da chi è divenuto parente più prossimo del defunto. Ad esempio, anche se non di

recente, è stato affermato che il diritto del coniuge superstite di scegliere e di trasferire il luogo di sepoltura del coniuge defunto, che trova limite soltanto nella diversa volontà già espressa dal defunto, non si pone in contrasto con la pietà verso i defunti perché la coscienza collettiva cui tale sentimento si riferisce non disapprova né percepisce negativamente la *translatio* dei resti mortali per una tumulazione ritenuta ragionevolmente più conveniente (e, quindi, non dovuta a impulsi futili in contrasto con l'etica familiare) dal coniuge superstite e da altri aventi diritto (Cass. civ., sez. VI, 14 novembre 2019, n. 29548; id., sez. I, 11 dicembre 1987, n. 9168).

6. Pubblica amministrazione.

6.1. Vincolatività delle *Frequently Asked Questions* (c.d. *Faq*).

La sez. I, con parere 20 luglio 2021, n. 1275 ha affermato che criteri di affidamento del cittadino nella Pubblica amministrazione richiedono di tenere conto dell'attività svolta dall'amministrazione stessa con la pubblicazione delle *Faq* sul proprio sito istituzionale; ed infatti, una volta suggerita, attraverso le *Faq*, una questione, all'amministrazione è consentito discostarsi dalle indicazioni già fornite esclusivamente se è in grado di addurre, in un momento successivo, elementi sostanzialmente decisivi e necessariamente soggetti a uno scrutinio particolarmente severo, anche da parte del giudice, affinché sia evitato il rischio che la discrezionalità amministrativa si converta, con il diverso orientamento amministrativo sopravvenuto, in arbitrio o comunque leda l'affidamento creato nei destinatari delle disposizioni.

Ha chiarito il parere che le *Frequently Asked Questions* (*Faq*) costituiscono una serie di risposte alle domande che sono state poste (o potrebbero essere poste) più frequentemente dagli utilizzatori di un certo servizio. In tal modo viene data risposta pubblica, su un sito web, a interrogativi ricorrenti, sì da chiarire *erga omnes* e pubblicamente le questioni poste con maggiore frequenza. Il ricorso alle *Faq*, evidentemente, è normalmente da ricondurre a esigenze di trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione e di economicità della medesima. Sotto questo secondo aspetto, il carattere ricorrente di taluni temi o interrogativi induce il titolare del sito (in questo caso: l'amministrazione) a soddisfare in via preventiva le esigenze di chiarimento dei destinatari principali dell'attività. Nello stesso periodo contrassegnato dalle limitazioni dovute alla diffusione del Covid-19, le risposte alle *Faq* da parte della pubblica amministrazione hanno conosciuto un rilievo e una notorietà in precedenza sconosciute, con l'obiettivo di offrire elementi di chiarezza ai fini interpretativi e applicativi di disposizioni che si potevano, in astratto, prestare a diversi esiti finali.

Tuttavia, non si può neppure dimenticare che le *Faq* sono sconosciute all'ordinamento giuridico, in particolare all'art. 1 delle preleggi al codice civile. Esse svolgono una funzione eminentemente pratica né, in genere, indicano elementi utili circa la loro elaborazione, la procedura o i soggetti che ne sono i curatori o i responsabili. Non sono pubblicate a conclusione di un procedimento predefinito dalla legge. E' quindi da escludere che le risposte alle *Faq* possano essere assimilate a una fonte del diritto, né primaria, né

secondaria. Neppure possono essere considerate affini alle circolari, dal momento che non costituiscono un obbligo interno per gli organi amministrativi.

In difetto dei necessari presupposti legali, esse non possono costituire neppure atti di interpretazione autentica.

Non può essere sottovalutato l'effetto che le risposte alle Faq producono sui destinatari, a partire dall'affidamento nei confronti di chi (l'amministrazione) fornisce le risposte.

In definitiva, le risposte alle Faq, pur nella loro atipicità, si pongono a metà strada tra le disposizioni di carattere normativo, per loro natura (almeno di regola) generali e astratte e inidonee quindi a prevedere ogni loro possibile applicazione concreta, e il singolo esercizio della funzione amministrativa da parte di una pubblica amministrazione.

Essenziali criteri di affidamento del cittadino nella pubblica amministrazione richiedono tuttavia di tenere conto dell'attività svolta dall'amministrazione stessa con la pubblicazione delle FAQ sul proprio sito istituzionale.

Fatta questa premessa, si può agevolmente riconoscere che vale per le risposte alle Faq quanto enucleato dal Consiglio di Stato con riferimento alle gare di appalto: "chiarimenti in ordine alla valenza di alcune clausole della *lex* di gara dal significato poco chiaro, essendo forniti dalla stazione appaltante anteriormente alla presentazione delle offerte, non costituiscono un'indebita, e perciò illegittima, modifica delle regole di gara, ma una sorta d'interpretazione autentica, con cui l'Amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della *lex specialis* (Cons. Stato, sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 341; id., sez. III, n. 290 del 2014).

Per quanto non vincolanti, le FAQ orientano i comportamenti degli interessati e non possono essere considerate *tamquam non essent*.

La sez. I, nel parere n. 971 del 2020, ha evidenziato che il riferimento operato dalla parte ricorrente a una determinata Faq non risultava conferente, siccome tale Faq riguardava un caso diverso. Se ne trae, al contrario, il principio – condiviso nel parere – che, ove conferenti, avrebbe dovuto essere riconosciuto rilievo alla Faq in questione.

In definitiva, pur non avendo carattere vincolante, le risposte date dall'amministrazione contribuiscono senz'altro a fornire un'utile indicazione di carattere applicativo in ordine alla ratio sottesa alle procedure e agli atti in corso di esame (sez. I, n. 6812 del 2020).

Una volta suggerita, attraverso le Faq, la *ratio* propria dell'avviso pubblico, all'amministrazione è consentito discostarsi dalle indicazioni già fornite esclusivamente se è in grado di addurre, in un momento successivo, elementi sostanzialmente decisivi e necessariamente soggetti a uno scrutinio particolarmente severo, anche da parte del giudice, affinché sia evitato il rischio che la discrezionalità amministrativa si converta, con il diverso orientamento amministrativo sopravvenuto, in arbitrio o comunque leda l'affidamento creato nei destinatari delle disposizioni.

7. Accesso di documenti.

La sez. I, con parere 30 marzo 2021, n. 545 ha pronunciato sulla ostensibilità degli atti prodromici all'adozione del provvedimento di scioglimento dei Consigli comunali per infiltrazioni della criminalità organizzata

Ha affermato che nel caso di un'istanza di accesso agli atti prodromici allo scioglimento di un Comune che involga documentazione classificata, l'Amministrazione è chiamata a distinguere se gli atti oggetto dell'istanza sono coperti dal segreto di Stato, se essi sono riservati ai sensi dell'art. 42, l. 3 agosto 2007, n. 124, oppure se si tratta di atti esclusi dall'accesso sulla base di una regolamento adottato ai sensi dell'art. 24, l. 7 agosto 1990, n. 241: nel primo caso, l'Amministrazione dovrà applicare quanto stabilito dagli artt. 39, 40, e 41, l. n. 124 del 2007, cioè porre le informazioni, i documenti, gli atti, le attività, le cose e i luoghi coperti da segreto di Stato a conoscenza esclusivamente dei soggetti e delle autorità chiamati a svolgere rispetto ad essi funzioni essenziali, nei limiti e nelle parti indispensabili per l'assolvimento dei rispettivi compiti e il raggiungimento dei fini rispettivamente fissati; nel secondo caso, l'Amministrazione dovrà mettere gli atti a disposizione dell'autorità giudiziaria che ne abbia fatto richiesta, spettando a quest'ultima la conservazione con modalità idonee a tutelare la riservatezza e la salvaguardia del diritto delle parti nel procedimento a prenderne visione senza estrarne copia; infine, nel terzo caso, l'Amministrazione dovrà distinguere tra accesso partecipativo, da escludersi, e accesso difensivo, da ritenersi, invece, ammissibile.

La questione sottoposta alla Sezione è se i principi formulati dal Consiglio di Stato con il parere 1 luglio 2014, n. 2226 “possa[no] valere per le istanze di accesso rivolte all'Amministrazione, riguardanti la documentazione istruttoria “classificata” formata nella fase procedimentale, a prescindere dall'esercizio del diritto di azione giurisdizionale”. Con tale parere era stato affermato che l'accesso alla documentazione classificata non può essere escluso dall'Amministrazione, laddove la conoscenza dell'atto richiesto si renda necessaria per la difesa in sede giurisdizionale degli interessi giuridici del soggetto istante. Ha preliminarmente chiarito la Sezione che il procedimento di scioglimento contemplato dall'art. 143 del testo unico degli enti locali rientra nella classe degli strumenti preordinati alla prevenzione e alla repressione in via amministrativa dei fenomeni criminali di stampo mafioso.

I poteri di accertamento circa l'emersione di tali forme di collegamento o condizionamento sono conferiti, dal comma 2, all'autorità prefettizia competente per territorio, la quale, ove intenda promuovere l'accesso presso l'ente locale interessato dalla procedura di scioglimento, si avvale del supporto ispettivo di un'apposita commissione d'indagine. Ai sensi del comma 3, la sequenza procedimentale prosegue con la trasmissione al Ministero dell'Interno di una relazione redatta dal Prefetto, ove si dà atto dell'accertata sussistenza degli indici fattuali enucleati dal comma 1.

Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali è conclusivamente disposto con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'Interno, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri (comma 4, primo periodo). La proposta formulata

dal Ministero dell'Interno deve indicare analiticamente le anomalie riscontrate, i provvedimenti necessari a rimuovere gli effetti pregiudizievoli cagionati dal fenomeno di infiltrazione criminale, gli amministratori responsabili delle condotte che hanno dato causa alla dissoluzione dei consigli comunali e provinciali (comma 4, secondo periodo). Gli effetti dello scioglimento sono individuati nella "cessazione dalla carica di consigliere, di sindaco, di presidente della provincia, di componente delle rispettive giunte e di ogni altro incarico comunque connesso alle cariche ricoperte, anche se diversamente disposto dalle leggi vigenti in materia di ordinamento e funzionamento degli organi predetti" (comma 4, ultimo periodo).

Il comma 9 dell'art. 143, nella formulazione introdotta dalla l. 15 luglio 2009, n. 94, prevede che "[i]l decreto di scioglimento è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale. Al decreto sono allegate la proposta del Ministro dell'Interno e la relazione del Prefetto, salvo che il Consiglio dei Ministri disponga di mantenere la riservatezza su parti della proposta o della relazione nei casi in cui lo ritenga strettamente necessario". Innovando rispetto al regime originariamente previsto dall'art. 15-*bis*, l. 19 marzo 1990, n. 55, la norma sancisce, dunque, il principio di necessaria pubblicità non del solo decreto di scioglimento ma anche della proposta ministeriale e della relazione prefettizia.

Resta in ogni caso ferma la facoltà del Consiglio dei Ministri di escludere parzialmente la divulgazione della proposta e della relazione per ragioni di stretta necessità.

Soffermandosi poi sulla disciplina del diritto di accesso, il parere ha ricordato che tale riconoscimento costituisce lo storico esito di un complesso processo di riforma organizzativa e procedimentale della Pubblica amministrazione, all'esito del quale si è pervenuti alla costruzione di un innovativo modello di partecipazione democratica del cittadino alle funzioni amministrative. A seguito dell'entrata in vigore della l. n. 241 del 1990, l'ordinamento ha infatti individuato nel diritto all'ostensione dei documenti detenuti dalle Amministrazioni un essenziale presidio di trasparenza e imparzialità dell'attività di cura dell'interesse pubblico.

Il percorso di conformazione dell'azione amministrativa al moderno sistema di ostensione documentale trova oggi uno stabile consolidamento normativo nelle disposizioni di cui all'art. 22, comma 2, l. n. 241 del 1990, secondo cui "[l]'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza". L'osservanza degli obblighi posti a carico dell'Amministrazione dal regime di cui al Capo V della legge citata attiene inoltre ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 29, comma 2-*bis*, l. n. 241 del 1990).

È innegabile sotto altro aspetto la relazione esistente tra il diritto di accesso e la tutela in giudizio delle situazioni giuridiche soggettive. Si consideri, al riguardo, che l'Adunanza plenaria, con decisione 18 aprile 2006, n. 6, ha affermato che, al di là della (controversa) natura giuridica del diritto di accesso, quest'ultimo costituisce una situazione giuridica che, più che fornire utilità finali, risulta caratterizzata per il fatto di offrire al

titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale volti in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante. Tale relazione risulta spesso confermata dalla giurisprudenza che, in più occasioni, ha stabilito regole di coordinamento tra l'accesso e i tempi di proposizione della domanda giudiziale (si veda, da ultimo, nella specifica materia degli appalti, Cons. Stato, Ad. Pl., 2 luglio 2020, n. 12) ferma restando l'autonomia della legittimazione all'accesso rispetto alla difesa in giudizio (Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2018, n. 3953). L'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi, invero, è di suo un bene della vita autonomo, meritevole di tutela separatamente dalle posizioni sulle quali abbia poi ad incidere l'attività amministrativa (Cons. Stato, sez. V, 5 agosto 2020, n. 4930).

Sin dall'originaria formulazione dell'art. 22, la disciplina del diritto di accesso documentale ha mostrato di congiungere, da un lato, l'ampliamento degli spazi di trasparenza dell'azione amministrativa, dall'altro, i limiti soggettivi derivanti dalla necessaria dimostrazione di un inscindibile vincolo sostanziale tra l'interesse conoscitivo del richiedente e la titolarità di una situazione giuridicamente rilevante. Tale impostazione normativa è giunta ad un ulteriore grado di specificazione legislativa con l'entrata in vigore della l. 11 febbraio 2005, n. 15, la quale, nel modificare la struttura fondamentale della legge generale sul procedimento, ha delineato il contenuto dei presupposti di qualificazione soggettiva richiesti per l'esercizio del diritto di accesso. Nella vigente formulazione dell'art. 22, comma 1, lett. b), l'accoglimento delle istanze di ostensione presentate dal privato è infatti subordinato alla dimostrazione di un "interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso".

In ragione del potenziale conflitto tra le esigenze di tutela delle pretese conoscitive e la necessaria protezione di contrastanti interessi di rilevanza pubblicistica o individuale, l'art. 24, l. n. 241 del 1990 contempla un complesso di limiti all'esercizio del diritto di accesso, la cui determinazione - come si avrà modo di osservare nel prosieguo del presente parere - è affidata non soltanto alla fonte legale (comma 1), ma anche alla potestà regolamentare del Governo (comma 6) e delle singole Amministrazioni (comma 2).

In vista della realizzazione delle condizioni di effettivo godimento delle posizioni giuridiche sostanziali tutelate dall'ordinamento, l'art. 24, comma 7, tuttavia riconosce, con una clausola di chiusura del delineato sistema di conoscibilità documentale, un'ulteriore facoltà di accesso, la quale dimostra una potenziale prevalenza sulle fattispecie ordinariamente preclusive della pretesa ostensiva. Tanto si desume dallo stesso tenore letterale del citato art. 24, comma 7, secondo cui "[d]eve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'art. 60, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale".

Ha ancora ricordato la Sezione che il sistema di conoscibilità documentale disciplinato dalla l. n. 241 del 1990, è stato progressivamente integrato da ulteriori rimedi ostensivi

(sulla complementarietà, e non alternatività, si veda la sentenza Cons. Stato, Ad. Pl., 2 aprile 2020, n. 10 che verrà successivamente esaminata), i quali, all'esito di un complesso processo di evoluzione legislativa, hanno contribuito alla definitiva affermazione del principio di trasparenza amministrativa. In attuazione dei principi di partecipazione democratica allo svolgimento delle funzioni istituzionali, il graduale consolidamento normativo del canone di "accessibilità totale" dei documenti amministrativi, oltre ad aver ampliato la sfera dei rimedi funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali (art. 2 Cost.), ha conferito effettività al generale parametro di buon andamento dell'attività di cura dell'interesse pubblico (art. 97 Cost.). Nel determinare le funzioni tipiche della trasparenza amministrativa, lo stesso legislatore ha espressamente riconosciuto che le tecniche di divulgazione generalizzata degli atti amministrativi, "nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali", concorrono ad attuare i fondamentali principi democratici sui quali si fonda l'ordinamento costituzionale (art. 1, comma 2, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33).

A seguito della riforma di cui al d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, il sistema di trasparenza organizzativa e procedimentale della pubblica Amministrazione opera sulla base di due distinti istituti.

L'accesso civico "semplice" attribuisce ad ogni cittadino, indipendentemente dalla dimostrazione della titolarità di un interesse conoscitivo qualificato, il diritto di esigere l'ostensione dei documenti la cui pubblicazione sia stata omessa dalla pubblica Amministrazione in violazione di un obbligo di divulgazione previsto dalla legge (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 33 del 2013).

L'accesso civico "generalizzato", invece, consente a "chiunque" di visionare ed estrarre copia cartacea o informatica di atti "ulteriori" rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria (art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013).

Per effetto dell'adesione dell'ordinamento al modello di conoscibilità generalizzata delle informazioni amministrative proprio dei cosiddetti sistemi Foia (*Freedom of information act*), l'interesse conoscitivo del richiedente è elevato al rango di un diritto fondamentale (cosiddetto "*right to know*"), non altrimenti limitabile se non in ragione di contrastanti esigenze di riservatezza espressamente individuate dalla legge.

La disciplina delle preclusioni all'esercizio del diritto di accesso civico "generalizzato" si ricava dall'art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33 del 2013, le cui disposizioni contemplano un duplice ordine di cause ostative all'accoglimento dell'istanza di ostensione.

In specie, l'Amministrazione può negare la divulgazione dei documenti richiesti ove tale misura limitativa risulti necessaria per evitare un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi pubblici e privati rispettivamente enumerati dai commi 1 e 2 del citato art. 5-*bis*.

L'accesso civico "generalizzato" è invece escluso in termini assoluti "nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990" (comma 3).

La disciplina delle nuove forme di trasparenza amministrativa differisce significativamente rispetto all'ordinario regime di ostensione documentale previsto dalla l. n. 241 del 1990. Ed invero, l'accesso civico "semplice" e "generalizzato", pur consentendo l'ostensione dei documenti richiesti a prescindere dalla dimostrazione di un interesse diretto, concreto e attuale, incontra un limite non superabile nelle cause ostative enunciate dall'art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33 del 2013. Viceversa, le norme sull'accesso esoprocedimentale esigono la titolarità di una situazione giuridica legittimante, ma sanciscono la prevalenza dell'interesse conoscitivo "difensivo" nel conflitto con le contrastanti esigenze di riservatezza.

La coesistenza normativa di differenti schemi di ostensione documentale previsti dalla legge generale sul procedimento amministrativo e dal d.lgs. n. 33 del 2013 non ha mancato di sollevare rilevanti dubbi interpretativi nella dottrina e nella giurisprudenza amministrativa. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 2 aprile 2020, n. 10, ha tuttavia chiarito che "il rapporto tra le due discipline generali dell'accesso documentale e dell'accesso civico generalizzato (...) non può essere letto unicamente e astrattamente, secondo un criterio di specialità e, dunque, di esclusione reciproca, ma secondo un canone ermeneutico di completamento/inclusione, in quanto la logica di fondo sottesa alla reazione tra le discipline non è quella della separazione, ma quella dell'integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze, in vista della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo che rifugge in sé da una segregazione assoluta "per materia" delle singole discipline".

Ha ancora ricordato la Sezione che l'art. 24, l. n. 241 del 1990 disciplina le fattispecie in cui il diritto di accesso è escluso in ragione dell'esistenza di contrastanti interessi potenzialmente lesi dall'ostensione del documento amministrativo.

Ha aggiunto che le preclusioni generali previste dalla norma in esame possono essere variamente classificate.

Una prima categoria di limiti all'ostensione documentale comprende i vincoli previsti dalle norme sul segreto di Stato di cui alla l. 3 agosto 2007, n. 124 (sopravvenuta alla l. 24 ottobre 1977, n. 801 menzionata dal vigente testo dell'art. 24, comma 1, lettera a). A tale riguardo è bene ricordare che, ai sensi dell'art. 39, l. 3 agosto 2007, n. 124, sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato. Le informazioni, i documenti, gli atti, le attività, le cose e i luoghi coperti da segreto di Stato sono posti a conoscenza esclusivamente dei soggetti e delle autorità chiamati a svolgere rispetto ad essi funzioni essenziali, nei limiti e nelle parti indispensabili per l'assolvimento dei rispettivi compiti e il raggiungimento dei fini rispettivamente fissati. Tutti gli atti riguardanti il segreto di Stato devono essere conservati con accorgimenti atti ad impedirne la manipolazione, la sottrazione o la distruzione. L'art. 40, l. 3 agosto 2007, n. 124, nel modificare alcuni articoli

del codice di procedura penale, stabilisce le regole da utilizzare quando, iniziato un processo penale, vengano in rilievo fatti coperti dal segreto di Stato. Il successivo art. 41 detta ulteriori disposizioni integrative, stabilendo, tra l'altro, che “[a]i pubblici ufficiali, ai pubblici impiegati e agli incaricati di pubblico servizio è fatto divieto di riferire riguardo a fatti coperti dal segreto di Stato” (comma 1).

Sempre nella l. n. 124 del 2007, è contenuta la disciplina degli atti “classificati”. Per l'art. 42, comma 1, legge cit., le classifiche di segretezza sono attribuite per circoscrivere la conoscenza di informazioni, documenti, atti, attività o cose ai soli soggetti che abbiano necessità di accedervi in ragione delle proprie funzioni istituzionali. Le classifiche sono quelle di segretissimo, segreto, riservatissimo, riservato (comma 3).

Giova in questa sede ricordare che la classifica di segretezza è apposta, e può essere elevata, dall'autorità che forma il documento, l'atto o acquisisce per prima la notizia, ovvero è responsabile della cosa, o acquisisce dall'estero documenti, atti, notizie o cose (art. 42, comma 2), mentre il vincolo derivante dal segreto di Stato è apposto e, ove possibile, annotato, su espressa disposizione del Presidente del Consiglio dei ministri, sugli atti, documenti o cose che ne sono oggetto, anche se acquisiti all'estero (art. 39, comma 4).

Diverso è anche il regime di conoscibilità perché per gli atti coperti da segreto di Stato vale quanto stabilito dagli artt. 39, 40 e 41, legge cit., mentre per i documenti classificati viene in rilievo la regola sancita dall'art. 42, comma 8, a tenore del quale, qualora l'autorità giudiziaria ordini l'esibizione di documenti classificati per i quali non sia opposto il segreto di Stato, gli atti sono consegnati all'autorità giudiziaria richiedente, che ne cura la conservazione con modalità che ne tutelino la riservatezza, garantendo il diritto delle parti nel procedimento a prenderne visione senza estrarne copia.

Una seconda categoria di preclusioni all'esercizio del diritto di accesso è individuata dal medesimo art. 24, comma 1, lett. a), in ogni altra ipotesi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente prevista dalla legge.

Le ipotesi sono numerose. Solo in via esemplificativa si ricordi che, qualora il pubblico dipendente, nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione, segnali al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza di cui all'art. 1, comma 7, l. 6 novembre 2012, n. 190, ovvero all'Autorità nazionale anticorruzione, condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro, le predette segnalazioni sono sottratte all'accesso (Cons. Stato, sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 28). Altra ipotesi da ricordare è quella stabilita in materia di appalti dall'art. 53, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (si veda sul punto, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 1 luglio 2020, n. 4220). L'art. 24 citato affida poi al potere regolamentare del Governo l'individuazione di ulteriori tipologie documentali non ostensibili. Tale potestà normativa secondaria deve peraltro essere esercitata entro i limiti previsti dal comma 6 del già citato art. 24, il quale enumera gli interessi pubblici e privati idonei a giustificare un rigetto delle istanze conoscitive formulate dal privato. Per quanto d'interesse in questa sede, giova ricordare che, ai sensi della lett. c) del comma 6, il Governo può escludere l'esercizio del diritto di accesso “quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale

e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini”.

Alle esclusioni di matrice governativa si aggiungono altresì le cause ostative selezionabili dalle singole pubbliche amministrazioni, le quali, ai sensi dell'art. 24, comma 2, “individuano le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del comma 1”. Nell'esercizio di tale potestà le pubbliche amministrazioni possono vietare l'accesso ai documenti la cui divulgazione possa cagionare un pregiudizio concreto agli interessi previsti dall'art. 24, l. n. 241 del 1990, ivi inclusi quelli connessi alla tutela dell'ordine pubblico e alla prevenzione e repressione dei fenomeni criminali (comma 6, lett. c). Tanto si desume dalle disposizioni di cui all'art. 8, d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352, le quali, pur contenendo riferimenti normativi non più attuali, sono rimaste in vigore nelle more dell'adozione di un nuovo regolamento governativo avente fondamento legale nella vigente formulazione dell'art. 24, comma 6, l. n. 241 del 1990 (art. 15, comma 1, d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184).

Completano il novero dei limiti al diritto di accesso le esigenze di segretezza derivanti dallo svolgimento di procedimenti tributari e selettivi ovvero dall'esercizio dell'attività amministrativa diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione (art. 24, comma 1, lett. b, c, d).

La Sezione ha quindi affermato che dal delineato quadro delle preclusioni normative all'esercizio delle facoltà conoscitive emergono le profonde differenze intercorrenti tra i limiti all'ostensione dei documenti coperti dal segreto di Stato o altrimenti vincolati dalle classifiche di segretezza e le esclusioni giustificate dalle esigenze di tutela dell'ordine pubblico.

Ed invero, l'apposizione del segreto di Stato (*ex art. 39*) e la classificazione documentale secondo i parametri previsti dall'art. 42, l. 3 agosto 2007, n. 124 producono gli effetti prima indicati e hanno essenzialmente la funzione di garantire l'integrità della Repubblica (art. 39, l. cit.).

Per converso, nei casi in cui la divulgazione sia espressamente vietata dalle disposizioni regolamentari del Governo o dagli atti adottati dalle singole pubbliche amministrazioni vengono in rilievo – per quanto di interesse in questa sede – le esigenze di tutela dell'ordine pubblico e gli scopi di prevenzione e repressione dei fenomeni criminali; conseguentemente tali interessi vengono tutelati con modalità differenti rispetto a quelle previste dalla disciplina sul segreto di Stato e sugli atti classificati.

Ha ancora aggiunto la Sezione che le esclusioni del diritto di accesso derivanti dall'apposizione del segreto di Stato o delle classifiche di segretezza e i limiti imposti dalle esigenze di mantenimento dell'ordine pubblico manifestano una differente capacità di resistenza alla portata derogatoria della clausola di chiusura prevista dall'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990.

In base allo schema normativo delineato dall'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990, ove l'istanza formulata dal privato presenti un'intrinseca preordinazione difensiva e la conoscenza del documento amministrativo risulti necessaria per la protezione di una situazione giuridicamente rilevante, l'interesse ostensivo del richiedente prevale sulle esclusioni che ordinariamente impediscono l'esercizio del diritto di accesso.

L'accesso "difensivo" si connota quindi per la combinazione tra le limitazioni derivanti dall'aggravamento degli oneri di dimostrazione posti a carico del richiedente e l'attitudine al superamento delle preclusioni generali alla divulgazione delle categorie documentali escluse. Come osservato dall'Adunanza Plenaria con la pronuncia da ultimo citata, "l'accesso difensivo è costruito come una fattispecie ostensiva autonoma, caratterizzata (dal lato attivo) da una vis espansiva capace di superare le ordinarie preclusioni che si frappongono alla conoscenza degli atti amministrativi; e connotata (sul piano degli oneri) da una stringente limitazione, ossia quella di dovere dimostrare la 'necessità' della conoscenza dell'atto o la sua 'stretta indispensabilità', nei casi in cui l'accesso riguarda dati sensibili o giudiziari" (Cons. Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2020, n. 19, § 9.2).

È evidente che la portata dell'art.24, comma 7, l. n. 241 del 1990 risulta diversa a seconda delle differenti ipotesi.

Ove l'istanza abbia ad oggetto documenti coperti dal segreto di Stato, ai sensi dell'art. 39, l. n. 124 del 2007, si applicherà quanto stabilito dalla legge da ultimo citata, con sostanziale sterilizzazione della portata dell'art. 24, comma 7, l. cit., e conseguentemente gli atti "sono posti a conoscenza esclusivamente dei soggetti e delle autorità chiamati a svolgere rispetto ad essi funzioni essenziali, nei limiti e nelle parti indispensabili per l'assolvimento dei rispettivi compiti e il raggiungimento dei fini rispettivamente fissati" (art. 39, comma 2, l. cit.) e nel giudizio potrà essere opposto il segreto di Stato con le modalità e i limiti previsti agli artt. 40 e 41, l. n. 124 del 2007.

Se invece gli atti sono vincolati dalle cosiddette classifiche di segretezza, il diritto di accesso "difensivo" può essere esercitato esclusivamente nelle sole forme prescritte dall'art. 42, comma 8, l. n. 124 del 2007, il quale, circoscrivendo l'ambito di conoscibilità delle informazioni classificate, presuppone e integra (trattandosi peraltro di norma successiva) la disciplina del meccanismo ostensivo previsto dall'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990. Valgono, al riguardo, i principi formulati da questa Sezione con il citato parere 1 luglio 2014, n. 2226, secondo cui, ai sensi dell'art. 42, comma 8, cit., l'interesse difensivo alla conoscenza degli atti classificati deve essere fatto valere dinnanzi all'autorità giudiziaria, la quale è tenuta a valutare se, nel caso concreto, le esigenze di tutela del diritto di difesa possano giustificare l'esibizione processuale del documento vincolato.

Viceversa, ove vengano in rilievo atti sottratti all'accesso in forza di disposizioni regolamentari adottate dal Governo o dalle singole amministrazioni, il controlimito disciplinato dall'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990 torna ad esprimere la propria ordinaria intensità derogatoria, assicurando l'ostensione dei documenti la cui conoscenza sia necessaria per la difesa degli interessi giuridici del richiedente, secondo i principi richiamati dall'Adunanza Plenaria prima citata.

Sul punto la Sezione rileva altresì che il c.d. accesso difensivo, stabilito dal più volte richiamato comma 7 dell'art. 24, nell'attuale formulazione della legge ha un oggetto più ampio di quello che aveva nel testo originario, riferibile anche alle fattispecie che vengono in discussione col presente parere, e, in secondo luogo, non risulta limitato alla semplice visione.

Tutto ciò chiarito, con riferimento al quesito sottoposto la Sezione ha osservato preliminarmente che il d.m. 10 maggio 1994, n. 415 contiene riferimenti normativi ormai superati e che pertanto sarebbe opportuno un suo aggiornamento.

La Sezione ha suggerito, altresì, di rivedere il d.m. citato anche alla luce del differente quadro di principi oggi vigente, sostanzialmente riconducibile ad una disciplina successiva a quella esistente al momento dell'emanazione del d.m. in questione.

Con specifico riferimento poi alle fattispecie interessate dai quesiti posti, la disposizione regolamentare di cui al citato art. 3, comma 1, lett. m), dovrebbe essere adeguata al mutato contesto legislativo generale, nonché, in specie, alla disciplina di cui al vigente art. 143, comma 9, TUEL, il quale, a seguito delle modifiche introdotte dalla l. 15 luglio 2009, n. 94, dispone oggi, tra l'altro, che la proposta ministeriale e la relazione prefettizia devono essere pubblicate nella Gazzetta ufficiale congiuntamente al decreto di scioglimento, fatta salva la facoltà del Consiglio dei Ministri di precluderne parzialmente la divulgazione per ragioni di stretta necessità.

Tutto ciò premesso, passando alla risposta ai quesiti, alla luce delle considerazioni prima svolte, emerge innanzitutto che per legge la proposta del Ministro dell'interno e la relazione del prefetto devono essere pubblicate, unitamente al d.P.R. che decreta lo scioglimento, salvo che il Consiglio dei ministri disponga di mantenere la riservatezza su parti della proposta o della relazione nei casi in cui lo ritenga strettamente necessario (art. 143, comma 9, Tuel).

Il Ministero, inoltre, nell'individuare gli eventuali limiti all'accesso, dovrà distinguere tra le diverse categorie di atti e le differenti ipotesi di esclusione dall'accesso.

Ed invero, una ben precisa disciplina deve essere rispettata in relazione agli atti coperti da segreto di Stato (art. 39, l. n. 124 del 2007), altra disciplina va riservata agli "atti classificati", magari con la classifica "riservato" (art. 42, l. n. 124 del 2007), e altra disciplina ancora deve essere applicata agli atti esclusi dall'accesso in ragione di una specifica previsione regolamentare (art. 24, commi 2 e 6, l. n. 241 del 1990) o di legge (art. 24, comma 1, lett. a), l. n. 241 del 1990).

Esemplificando, se nella fase istruttoria la commissione d'indagine dovesse acquisire un atto coperto da segreto di Stato – circostanza questa che la Sezione, attesa la peculiarità degli interessi tutelati dalla disciplina sul segreto di Stato ("integrità della Repubblica"), reputa di non probabile verificaione – dovrà applicarsi quanto stabilito dagli artt. 39, 40 e 41, l. n. 124 del 2007.

Se invece l'amministrazione venisse a conoscenza, e utilizzasse, documenti classificati come "riservati", sempre dalla l. n. 124 del 2007 (art. 42), allora spetterà all'autorità giudiziaria procedente, se ritiene, ordinarne l'esibizione e, sempre che non sia opposto il segreto di Stato, curarne "la conservazione con modalità che ne tutelino la riservatezza,

garantendo il diritto delle parti nel procedimento a prenderne visione senza estrarne copia”. Lo speciale regime di esibizione giudiziale previsto dall’art. 42, comma 8, l. n. 124 del 2007, può infatti operare unicamente nell’ambito di un sistema di segretezza informativa fondato sulle esigenze di protezione degli “interessi fondamentali della Repubblica” (art. 4, comma 2, d.P.C.M. 12 giugno 2009, n. 7).

Ha ancora ricordato la Sezione che l’autorità che ha proceduto a “classificare” il documento può, sempre con valutazione ampiamente discrezionale, decidere di “declassificarlo”; naturalmente si tratta di valutazione che non spetta al Collegio compiere ma solo all’amministrazione che ha proceduto alla classificazione.

Se la commissione utilizza, invece, atti esclusi dall’accesso in base alle previsioni regolamentari richiamate dall’art. 24 cit., occorrerà distinguere tra accesso partecipativo – escluso in ragione delle considerazioni prima effettuate nell’esame della sentenza dell’Adunanza Plenaria – e accesso difensivo, da ritenere, invece, ammissibile. Ed invero, le preclusioni individuate dalle fonti regolamentari, per quanto idonee ad impedire l’esercizio del diritto di accesso partecipativo, esauriscono la loro portata escludente ove la pretesa conoscitiva presenti un’intrinseca connotazione difensiva. Ove l’istanza di accesso espliciti le ragioni fattuali e normative idonee a rivelare la necessità della conoscenza del documento per la cura o la difesa di una situazione giuridicamente rilevante, l’interesse ostensivo del richiedente, in forza della clausola di chiusura prevista dall’art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990, prevale sulle preclusioni frapposte dalla fonte regolamentare alla divulgazione degli atti contemplati dall’art. 3, comma 1, lettera m), d.m. cit. Emerge altresì che, in applicazione dell’art. 5 *bis*, d.lgs. n. 33 del 2013, è escluso l’accesso civico di cui all’art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013 per gli atti istruttori in questione, attese le differenti finalità di questo istituto e le diverse condizioni di operatività.

8. Enti locali.

8.1. Statuto comunale.

La sez. I, con parere 1 febbraio 2021, n. 129 ha affermato che ai sensi dell’art. 6, comma 4, t.u. n. 267 del 2000, che richiede per l’approvazione dello statuto e per le modifiche statutarie in prima seduta il voto favorevole dei due terzi dei consiglieri assegnati, ai fini del quorum deve computarsi anche il sindaco, in quanto non espressamente escluso dalla disposizione normativa.

Ha chiarito la Sezione che il sindaco costituisce uno degli organi di governo del Comune (art. 36 t.u., insieme al consiglio e alla giunta); è l’organo responsabile dell’amministrazione del comune e ne ha rappresentanza (art. 50 t.u.); nei comuni con popolazione inferiore ai 15.000 abitanti presiede il consiglio comunale e lo convoca (art. 39 t.u.); nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti è prevista invece l’elezione di un presidente del consiglio comunale); ha normalmente, comunque, diritto di voto in seno al consiglio; è il capo della formazione politica di maggioranza ed è eletto a suffragio universale e diretto, contestualmente all’elezione del consiglio comunale (con il sistema elettorale maggioritario nei comuni sino a 15.000 abitanti); l’art. 37 del Tuel prevede che

“il consiglio comunale è composto dal sindaco e . . . [un numero variabile, a seconda della classe demografica, di] membri”.

La Corte costituzionale (con la sentenza 20 febbraio 1997, n. 44), ha chiarito che, pur a seguito della nuova disciplina dettata dalla l. n. 81 del 1993 sulla elezione diretta del sindaco, restano applicabili nei suoi confronti le disposizioni dell'art. 3, l. n. 154 del 1981 in tema di cause di incompatibilità con la carica di consigliere comunale, e ciò sul rilievo che il sindaco riveste comunque, pur nel nuovo sistema, la carica di consigliere comunale.

La Sezione ha affermato che la norma del Testo unico degli enti locali specificamente dedicata alla composizione del consiglio comunale (art. 37, “Composizione dei consigli”), sembra distinguere la posizione del sindaco rispetto a quella dei consiglieri assegnati (“Il consiglio comunale è composto dal sindaco e: a) da 60 [50, 46, etc.] membri nei comuni con popolazione superiore a . . .”). Ma questa circostanza non appare decisiva, né risulta valorizzata dalla giurisprudenza. Anzi, la sezione V, con sentenza 5 settembre 2012, n. 4694), ha sostenuto che il sindaco, in quanto consigliere comunale ai sensi dell'art. 39 del Tuel, deve essere computato ai fini del calcolo della maggioranza qualificata necessaria per l'elezione del presidente del consiglio comunale (in una fattispecie nella quale lo statuto e il regolamento comunali stabilivano il quorum per l'elezione del presidente del consiglio comunale nei due terzi dei consiglieri assegnati al comune, senza ulteriori precisazioni).

In base al principio per cui *ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit*, occorre attenersi rigorosamente alla lettera della legge (e degli statuti e dei regolamenti comunali, tenendo conto anche dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta dall'art. 114 Cost.). Se in alcuni articoli del Tuel è specificato che il sindaco non va computato tra i consiglieri assegnati, è da concludere che, negli altri casi, il Tuel presuppone che tra i consiglieri assegnati sia da comprendere il sindaco.

Tale soluzione si pone in linea con le pregresse circolari diramate da codesta Amministrazione nel senso che i casi in cui non deve essere computato il sindaco sono quelli espressamente previsti dalla legge mentre, all'inverso, il silenzio della legge significa che nel calcolo del *quorum* deve essere computato anche il Sindaco.

La Sezione ha aggiunto che in sede di approvazione e modifiche dello Statuto comunale, la maggioranza richiesta per la deliberazione è definita dalla norma indicando una frazione (un terzo, due terzi, etc.) del numero complessivo dei componenti (che è variabile in funzione della classe demografica di appartenenza dell'ente locale); ove il risultato della divisione del numero dei componenti l'organo collegiale (o dei consiglieri assegnati) dia un resto in decimali, ai fini del calcolo dell'arrotondamento, nel caso in cui la maggioranza richiesta per la deliberazione sia definita dalla norma indicando una frazione del numero complessivo dei componenti e il risultato della divisione del numero dei componenti l'organo collegiale dia un resto in decimali, in assenza di indicazioni normative espresse di segno diverso si deve procedere all'arrotondamento per eccesso alla cifra intera superiore.

Ha chiarito la Sezione che la legge fornisce scarse e incomplete indicazioni in merito, lasciando all'autonomia organizzativa comunale ampi margini di autorganizzazione tramite lo statuto e i regolamenti sul funzionamento degli organi. In particolare, l'art. 38, comma 2, del Tuel riserva a un apposito regolamento comunale, approvato a maggioranza assoluta, la disciplina del funzionamento dei consigli, nel quadro dei principi stabiliti dallo statuto. L'unico limite invalicabile, posto dalla legge all'autonomia statutaria e regolamentare comunale, è costituito dalle soglie minime di validità della costituzione e riunione dell'organo (quorum strutturale), come stabilito dal comma 2 dell'art. 38 (Cons. Stato, sez. III, 1 marzo 2018, n. 1482, che ha giudicato inderogabile la disciplina del calcolo del quorum costitutivo prevista dall'art. 38, comma 2, del Tuel, nonché Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2012, n. 4694).

Quanto all'interpretazione dell'art. 6, comma 4, Tuel, la Sezione ha rilevato che, in assenza di indicazioni normative puntuali di diverso segno, in base ai principi di logica immanenti al sistema, tra i quali devono senz'altro includersi le regole dell'aritmetica, dovrebbe sempre trovare applicazione prioritaria il criterio aritmetico di arrotondamento, menzionato peraltro nello stesso Testo unico, nell'art. 47, sulla composizione delle giunte, lì dove si prevede che il numero degli assessori "non deve essere superiore a un terzo, arrotondato aritmeticamente, del numero dei consiglieri comunali e provinciali". L'arrotondamento aritmetico (o "troncamento") comporta che l'arrotondamento debba essere effettuato per difetto quando la cifra decimale sia uguale o inferiore a 5 (0,50 centesimi), mentre debba essere per eccesso, ove la cifra decimale sia superiore a 5 (0,50). Con la precisazione che il criterio aritmetico dell'arrotondamento al numero intero più vicino, con troncamento delle cifre decimali inferiori allo 0,50, non deve mai condurre al raggiungimento di una cifra inferiore al quorum stabilito dalla legge (Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2012, n. 4694). Il mero criterio aritmetico non è tuttavia sufficiente a risolvere in modo soddisfacente la questione. Analogamente a quanto si è visto riguardo al primo quesito, anche per questa seconda problematica sono in astratto configurabili due possibili linee interpretative.

Una prima linea interpretativa, di tipo finalistico, è orientata verso la ricerca delle ragioni sottese alla previsione di speciali maggioranze deliberative (aggravate o semplificate), ragioni che possono essere alternativamente quella di garantire la più ampia condivisione possibile e la maggiore rappresentatività in relazione a deliberazioni di particolare rilievo e incidenza sulla vita dell'ente e sugli interessi pubblici amministrati, oppure quella di assicurare alcune garanzie partecipative e di controllo alle minoranze, con la conseguenza che, nel primo caso, si dovrebbe scegliere la soluzione interpretativa che renda più impegnativo lo sforzo di approvazione della deliberazione, allargando al massimo il numero dei voti necessari, mentre nel secondo caso si dovrebbe di converso preferire la soluzione opposta, diretta a facilitare l'approvazione ritenendo sufficiente il minimo numero possibile di voti (al fine di non vanificare l'esigenza partecipativa della minoranza).

Una seconda linea interpretativa converge, invece, su una soluzione, anche in questo caso più semplice e lineare, secondo la quale, nel silenzio del legislatore, dovrebbe applicarsi sempre l'arrotondamento all'unità superiore, in quanto l'esito con decimali dell'operazione (cui segue l'arrotondamento) deve soddisfare sempre il requisito minimo posto dalla disposizione (ad es., almeno un quarto dei componenti, la maggioranza di almeno due terzi dei componenti, e così via).

La Sezione ha ritenuto preferibile questa seconda soluzione, e ciò per un duplice.

Innanzitutto quando la divisione riguarda numeri interi non frazionabili (i membri dell'organo), l'arrotondamento alla cifra intera inferiore (se la frazione è inferiore a 0,50) finirebbe per portare il numero reale dei componenti richiesti al di sotto della soglia minima voluta dalla norma ("almeno un quarto", ad esempio: se la norma prevede che una certa procedura venga attivata da almeno un quarto dei componenti e i componenti sono 13, allora $13/4 = 3,25$, sicché per soddisfare il requisito minimo - non meno di 3,25 - e nell'impossibilità di dividere numeri interi non frazionabili, la procedura potrà ritenersi regolarmente attivata solo se promossa da 4 - e non da 3 - componenti). Sotto un secondo profilo, la linea interpretativa che si affida alla ricerca della ratio sottesa alla norma che richiede quorum speciali rischia di condurre ad esiti opinabili e incerti, come tali fortemente sconsigliabili in una materia quale quella in esame, che richiede per quanto possibile soluzioni nette e certe, che non lascino spazio a soverchi dubbi applicativi.

8.2. Scioglimento del Consiglio comunale.

- *Per mancata approvazione, nei termini di legge, del rendiconto di gestione dell'esercizio finanziario.*

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana in sede consultiva, con parere 25 ottobre 2021, n. 349 ha giudicato legittimo lo scioglimento del Consiglio comunale a fronte della mancata approvazione, nei termini di legge, del rendiconto di gestione dell'esercizio finanziario 2018.

Ha chiarito il parere che l'applicazione dell'art. 109-*bis* dell'O.r.e.l. alla mancata approvazione del rendiconto consuntivo non costituisce l'esito di una interpretazione estensiva, od analogica, del medesimo art. 109-*bis*. È invece il risultato di una previsione legislativa esplicita di rinvio dinamico per effetto della quale lo scioglimento del Consiglio comunale inadempiente può avere luogo – sempre, si intende, applicando il corpo integrato di disposizioni suindicate, vigenti al momento della adozione del decreto di scioglimento (febbraio 2020) - anche in presenza di fattispecie ulteriori, equiparate alla mancata approvazione del bilancio preventivo nei termini di legge, tra le quali vi è la mancata approvazione del rendiconto di gestione. Del resto, in tema di bilancio vi è un nesso logico e consequenziale tra previsione e rendicontazione; - il fatto che la previsione di cui all'art. 227, comma 2-*bis*, T.u.e.l., così come introdotta dall'art. 3, comma 1, d.l. n. 174 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 213 del 2012, si applichi alle regioni a statuto speciale "nelle forme stabilite dai rispettivi statuti di autonomia e dalle relative norme di attuazione" (cfr. art. 11-*bis*, d.l. n. 174 del 2012 secondo cui, appunto, "le regioni a statuto speciale... attuano le disposizioni di cui al presente decreto nelle

forme stabilite dai rispettivi statuti di autonomia e dalle relative norme di attuazione”) non esclude certo l’applicabilità dell’art. 227, comma 2-*bis*, nella Regione Siciliana, se pur con le modalità procedurali e operative previste dall’art. 109-*bis*, l. reg. Sicilia n. 16 del 1963, e ciò sulla base del ripetuto rinvio dinamico di cui all’art. 58, l. reg. n. 26 del 1993; - se la fattispecie in discussione è (stata legittimamente) disciplinata utilizzando le specifiche, e speciali, norme sopra descritte, va esclusa l’operatività, nel caso in esame, della disposizione “generale” di cui all’art. 24, l. reg. n. 44 del 1991, la cui applicazione i ricorrenti peraltro invocano, concernente l’intervento sostitutivo commissariale regionale per l’eventualità in cui gli organi comunali omettano o ritardino il compimento di atti obbligatori per legge; - l’evoluzione legislativa regionale siciliana in materia, avutasi nel febbraio – giugno 2021, attraverso la delimitazione dei casi di scioglimento consiliare alla mancata approvazione del bilancio «di previsione» nei termini di legge, è priva di rilievo nel ricorso odierno, in assenza del carattere interpretativo delle norme sopravvenute; - i riferimenti alle ripercussioni, o alla assenza di ripercussioni, su Sindaco e Giunta, derivanti dalla mancata approvazione del rendiconto di gestione nei termini di legge, e alle differenze, su questo tema, tra la disciplina nazionale e il contesto normativo regionale siciliano di settore (sul punto nel ricorso si richiama, in particolare, la disposizione abrogatrice di cui all’art. 1, comma 1, l. reg. n. 7 del 2017) sono estranei al nucleo essenziale della materia del contendere, in disparte ogni considerazione sulla particolare ampiezza della potestà legislativa primaria della Regione in materia, incontrando l’ampio spazio lasciato alla legislazione siciliana i soli limiti dell’armonia con la Costituzione e della osservanza dei principi dell’ordinamento giuridico della Repubblica e di quanto stabilito dallo Statuto speciale; - non viene in rilievo alcuna insufficienza motivazionale del decreto di scioglimento, posto che, nella situazione in esame, caratterizzata dalla mancata approvazione del rendiconto 2018, la nomina del commissario e lo scioglimento consiliare, al termine di un procedimento apposito, si ponevano *ex lege* come atti obbligatori e vincolati, indispensabili per assicurare il corretto funzionamento dell’Ente e il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato.

Ha aggiunto il parere che la omessa approvazione in termini del rendiconto si concretizza in una condotta di rilevante gravità, avente portata pluri-offensiva di interessi di rilievo costituzionale, quali rappresentanza politica ed equilibrio finanziario (conf. Corte dei conti – sezione regionale di controllo Campania, delibera n. 74 del 2020). La disposizione legislativa contestata mira a garantire che l’attività della p.a. si conformi a principi di buona amministrazione. Inoltre, e più in generale, la materia dell’ordinamento degli enti locali coinvolge aspetti di discrezionalità legislativa regionale siciliana primaria assai estesi e, nella specie, tutt’altro che irrazionalmente esercitati, fatto salvo il mutato apprezzamento legislativo sopravvenuto nel 2021, mediante la scelta di prevedere lo scioglimento consiliare in presenza dei presupposti considerati. Con riguardo alle riferite ripercussioni, o per dir meglio alla assenza di ripercussioni, su Sindaco e Giunta, con conseguente mutilazione dell’Ente nel suo organo maggiormente rappresentativo, derivanti dalla mancata approvazione del rendiconto di gestione nei termini di legge; alle differenze, su questo tema, tra la disciplina nazionale e il contesto normativo regionale

siciliano di settore (sul punto nel ricorso si richiama, in particolare, l'art. 1, comma 1, l. reg. Sicilia n. 7 del 2017 con il quale si abroga la disposizione del 2016 secondo la quale la cessazione del Consiglio comunale per cause come quella in discorso comporta(va) la decadenza di Sindaco e Giunta e la nomina di un Commissario); e alla prospettazione di illegittimità costituzionale della norma abrogatrice; è sufficiente osservare che di tale norma non si deve fare applicazione nel caso in esame, sì che la questione ipotizzata non può che essere valutata come manifestamente inammissibile, risultando evidente il difetto di rilevanza della stessa, estranea al nucleo essenziale della materia del contendere, in disparte rimanendo ogni considerazione sulla particolare ampiezza della potestà legislativa primaria della Regione in questa materia.

- Per dimissione dei componenti del Consiglio comunale.

La Commissione speciale del Consiglio di Stato, con parere 28 giugno 2021, n. 1108 ha affermato che nella fattispecie prevista dall'art. 141, comma 1, lett. b), n. 4), del T.u.o.e.l., l'impossibilità per il Consiglio comunale, in prima convocazione, di raggiungere il quorum previsto dal proprio regolamento per la validità della riunione sussistendo – almeno in astratto - il quorum strutturale per la validità della riunione in seconda convocazione, non configura un'ipotesi dissolutoria del consiglio medesimo.

Ha chiarito la Commissione speciale che la tesi in base alla quale l'immediata efficacia della ipotesi dissolutoria, nel caso in cui non sia possibile realizzare le condizioni per la valida costituzione del collegio in prima convocazione, è espressione dell'autonomia dell'ente non è condivisibile. Infatti, il Ministero, partendo dalla lettura in chiave autonomistica, giunge a conclusioni che determinerebbero lo scioglimento del consiglio comunale e che non risultano espressione, a loro volta, dell'autonomia dell'organo rappresentativo, costituendone la causa di scioglimento. Diverso sarebbe il caso (meramente ipotetico) in cui, nella propria autonomia, il regolamento consiliare – cui, come si è visto, spetta disciplinare il funzionamento dell'organo in base all'art. 38, comma 2, T.u.o.e.l. – qualificasse espressamente, in sintonia con lo Statuto comunale, quale causa impeditiva del normale funzionamento l'impossibilità di raggiungere il quorum strutturale previsto in prima convocazione. Altrimenti, non si può che convenire – in adesione a quanto sostenuto dalla Sezione III, n. 2273 del 2021 e, prima, dalla Sezione V, n. 640 del 2006 – sul fatto che la seconda convocazione di un organo collegiale ha lo scopo di ridurre il quorum strutturale necessario per la validità delle deliberazioni, per evitare, in base ad un principio di efficienza dell'organo medesimo, la paralisi di questo. Sono fondamentalmente irrilevanti le ragioni per le quali non si è potuta tenere l'adunanza in prima convocazione, qualunque ne possa essere la ragione. La tesi contraria, che ha trovato consistenti riscontri giurisprudenziali in passato e che è volta a riconoscere un favor per le riunioni in prima convocazione per ragioni di maggiore rappresentatività, indurrebbe a ritenere insita nel sistema la necessità che, affinché il Consiglio possa continuare ad operare senza essere sciolto, esso debba garantire quantomeno in astratto (con la presenza del relativo numero minimo legale) la valida costituzione dell'assemblea in prima

convocazione. Tale tesi, tuttavia, non riesce a esplicitare le ragioni per cui la rappresentatività, considerata il canone di riferimento, possa essere affievolita e l'organo possa comunque procedere con i quorum più ridotti stabiliti dai regolamenti consiliari, nel rispetto della soglia minima di un terzo prevista dall'art. 38, comma 2, T.U.O.E.L., nei casi in cui in astratto sia possibile garantire il più elevato quorum in prima convocazione. Non convince tale tesi anche (ma non solo) perché le operazioni in questione investono proprio il ripristino della composizione del consiglio nella sua consistenza stabilita dalla legge. Inoltre, occorre considerare un ulteriore profilo: la surroga del consigliere dimissionario costituisce un atto dovuto (v., sul punto, art. 38, comma 8, T.u.o.e.l. e Cons. St., sez. III, 12 giugno 2020, n. 3736) e, in quanto tale, non può essere impedita o venire a mancare per effetto di manovre dilatorie e ostruzionistiche in seno al Consiglio comunale che paralizzino il regolare svolgimento della vita democratica dell'ente locale e il funzionamento dei suoi organi elettivi, conducendo addirittura al suo scioglimento in ipotesi estreme, come quella in esame. A ben vedere, la seconda convocazione di un collegio deliberante ha lo scopo di ridurre il quorum strutturale necessario per la validità delle deliberazioni, per evitare, in base ad un principio di efficienza dell'organo collegiale, la paralisi di questo.

In definitiva, l'impossibilità di funzionamento dell'organo rappresentativo dovrebbe costituire ipotesi residuale ed eccezionale, insuscettibile di applicazioni estensive. Come ha precisato il Consiglio di Stato (sez. III, nn. 2273 del 2021 e 4545 del 2021), non si può prescindere, ai fini dell'approvazione della surroga in seconda convocazione, dalla giuridica possibilità di convocare la seduta in prima convocazione; invece sono indifferenti le ragioni per cui la prima convocazione non si sia in concreto tenuta, tanto più quando esse integrino, con il fenomeno del c.d. aggancio, un mezzo ostruzionistico per opporsi alla doverosa surroga del consigliere di maggioranza dimissionario. E' poi da considerare un elemento aggiuntivo, rispetto a quanto già ampiamente rappresentato nelle più recenti sentenze della sez. III del Consiglio di Stato nn. 2273 del 2021 e 4545 del 2021, In base alle disposizioni di rango primario, la doppia convocazione per la medesima riunione, con quorum distinti a scalare, non costituisce un obbligo ma esclusivamente una prassi consolidata prevista dai regolamenti consiliari e, in genere, dalla disciplina regolatoria di non pochi organi collegiali. La doppia convocazione è diretta a temperare, nell'ordine, la maggiore rappresentatività del quorum strutturale e l'esigenza di snellimento ed efficienza dell'attività dell'organo rappresentativo. La seconda convocazione, in assenza di una espressa previsione legislativa, non può svolgere un ruolo recessivo rispetto alla prima, non fosse altro che per la necessità di evitare esiti di segno opposto alla volontà espressa dall'elettorato al momento delle elezioni. Né, come si è visto, le eventuali manovre opportunistiche svolte in seno al consiglio dai componenti possono comportare lo scioglimento quale prodotto automatico della mancanza del numero legale in prima convocazione.

Merita soprattutto sottolineare, rispetto al silenzio del legislatore sulla necessità della doppia convocazione, che, proprio la natura non obbligatoria della doppia convoca-

zione con quorum distinti potrebbe condurre a esiti palesemente contraddittori con riguardo alla fattispecie astratta in esame. E infatti, in linea ipotetica, non è interdotta dalla legge al regolamento consiliare la possibilità di escludere la doppia convocazione e di stabilire un quorum unico di validità della seduta, senza distinzione tra prima e seconda convocazione (ad es. il *quorum* di un terzo). Ebbene, il consiglio che, in ipotesi, si fosse dato un regolamento con doppia convocazione e quorum a scalare (ad es. la metà dei consiglieri assegnati, in prima convocazione, e poi un terzo, in seconda convocazione), dovrebbe essere sciolto anche ove fosse in grado di raggiungere il secondo quorum mancando il primo; diversamente, il consiglio che si fosse dato direttamente un unico quorum strutturale di un terzo non verrebbe sciolto. Un esito del genere risulta, allo stato, intrinsecamente contraddittorio.

8.3. Fondo di solidarietà comunale.

La sez. I, con parere 5 luglio 2021, n. 1151 ha giudicato legittima la conferma, relativamente all'anno 2019, del riparto del Fondo di solidarietà comunale di cui all'art. 1, comma 380, lett. b), l. n. 228 del 2012, approvato per l'anno 2018 con d.P.C.M. del 7 marzo 2018.

Ha chiarito la Sezione che a mente dell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., la perequazione delle risorse finanziarie rientra nella potestà legislativa esclusiva dello Stato e che il successivo art. 119 Cost. prevede al comma 1 che i Comuni, le Province, le città metropolitane e le Regioni “concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea”, stabilendo ai successivi commi 3, 4 e 5 che “la legge dello Stato istituisce un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante”, che “le risorse derivanti dalle fonti di cui ai commi precedenti consentono ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite” e che “lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni”.

In applicazione di dette disposizioni costituzionali, quindi, lo Stato è chiamato a svolgere una funzione perequativa, assegnando un apposito fondo – senza vincolo di destinazione – agli enti che presentino minore capacità fiscale per abitante, così da consentire, attraverso la leva fiscale, il reperimento delle risorse necessarie allo svolgimento dei rispettivi funzioni e compiti fondamentali.

In tale quadro costituzionale, la l. n. 42 del 2009, di delega in materia di federalismo fiscale, ha previsto la revisione dei meccanismi di attribuzione delle risorse agli enti decentrati, nell'ottica di garantire il perseguimento di obiettivi di perequazione territoriale e di assicurare un utilizzo efficiente delle risorse pubbliche, prevedendo a tal fine il graduale superamento, per i vari livelli di governo diversi da quello centrale, del criterio ancorato alla spesa storica e la sua progressiva sostituzione con quello dei fabbisogni standard per il finanziamento delle funzioni cosiddette fondamentali -parametrati ai livelli essenziali delle prestazioni – e della capacità fiscale per le altre funzioni, di misura

minimale in questo caso non definita *a priori*, con l'ulteriore previsione di spese finanziate con contributi speciali e con i finanziamenti eurounitari e nazionali.

In detto quadro generale il finanziamento delle funzioni fondamentali è garantito dai tributi propri e dalla compartecipazione al gettito di tributi erariali e locali ed alle relative addizionali, tenuto conto della dimensione demografica degli enti, nonché, per l'appunto, dal fondo perequativo basato sulle capacità fiscali per abitante.

La stessa l. n. 42 del 2009 prevede, poi, che detto stanziamento debba essere in ogni caso compatibile con gli impegni assunti con il patto di stabilità e crescita e non deve determinare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica; a tali criteri devono, dunque, ispirarsi le scelte delle politiche perequative attuate a livello centrale.

Così delineato il contesto generale di riferimento, deve pure essere ricordato che il richiamato progetto di riforma è stato attuato mediante interventi normativi successivi, e ciò a partire dal 2011, con la sostituzione dei previgenti trasferimenti erariali dapprima con il Fondo sperimentale di riequilibrio (FSR), poi soppresso dall'art. 1, l. n. 228 del 2012 e sostituito con il Fondo di solidarietà comunale, il cui ammontare complessivo viene determinato in modo da tendere alla sostanziale invarianza finanziaria con alimentazione da una quota prefissata del gettito IMU e da una quota di risorse a carico del bilancio dello Stato.

L'art. 1, comma 921, l. n. 148 del 2018 è intervenuto stabilendo la diretta distribuzione del FSC – venendo così meno l'emanazione del d.P.C.M. altrimenti previsto, secondo quanto dallo stesso ente ricorrente ricordato – e formalizzando l'Accordo raggiunto il 29 novembre 2018 in sede di Conferenza Stato–città ed autonomie locali, mantenendo anche per detta annualità i medesimi criteri dell'anno precedente e, in particolare, nel 45% la percentuale di riparto applicata con riferimento al criterio delle capacità e dei fabbisogni standard; e ciò, secondo quanto riferito dal Ministero dell'economia e delle finanze, in recepimento di una specifica richiesta dell'Anci.

I seppur succintamente richiamati interventi legislativi succedutisi nel tempo testimoniano, dunque, la costante attenzione posta dal legislatore in ordine agli effetti della citata riforma (vale a dire, il passaggio dalla spesa storica ai fabbisogni *standard*) sugli equilibri finanziari dei Comuni, nella consapevolezza della inopportunità di repentini e significativi mutamenti nell'ammontare complessivo delle risorse disponibili al fine di garantire adeguati livelli dei servizi fondamentali a favore della cittadinanza pur nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica.

Ha aggiunto il parere che l'irrelevanza del *quorum* strutturale del Consiglio comunale in prima convocazione individuato dal regolamento, purché il consiglio sia in grado di deliberare in seconda convocazione, è riferita alla generalità delle deliberazioni spettanti al Consiglio stesso. Ha chiarito la Commissione speciale che le osservazioni svolte con riferimento al primo quesito prescindono dal contenuto proprio della deliberazione e dal suo carattere vincolato. Tali osservazioni, infatti, investono il rapporto tra fonti normative e l'interpretazione delle disposizioni del T.u.o.e.l. sulla validità delle sedute, indipendentemente dal loro oggetto.

9. Elezioni.

9.1. Rimborso delle spese elettorali sostenute anticipatamente dal Comune.

La sez. I, con parere 22 novembre 2021, n. 1786 ha affermato che tutte le spese elettorali sostenute dai Comuni devono essere rimborsate (art. 17, comma 1, l. n. 136 del 1976) nei limiti fissati con decreto ministeriale; l'importo massimo da rimborsare a ciascun Comune, fatta eccezione per il trattamento economico dei componenti dei seggi, è stabilito con decreto del Ministero dell'interno, nei limiti delle assegnazioni di bilancio.

Ha ricordato il parere che disciplina di riferimento è costituita dall'art. 17, l. n. 136 del 1976, come da ultimo modificata dalla l. 27 dicembre 2013, n. 147. Il primo comma dell'art. 17 stabilisce che tutte le spese per l'organizzazione tecnica e l'attuazione delle elezioni politiche e dei referendum sono a carico dello Stato nei limiti massimi fissati dal decreto previsto dall'art. 55, comma 8, l. 27 dicembre 1997, n. 449, e dal comma 9 del medesimo art. 17.

In base a quest'ultimo, l'importo massimo da rimborsare a ciascun comune, fatta eccezione per il trattamento economico dei componenti dei seggi, è stabilito con decreto del Ministero dell'interno, nei limiti delle assegnazioni di bilancio, con distinti parametri per sezione elettorale e per elettore, calcolati rispettivamente nella misura del 40 per cento e del 60 per cento del totale da ripartire. Per i comuni aventi fino a 3 sezioni elettorali, le quote sono maggiorate del 40 per cento.

Inoltre, il decimo comma dell'art. 17 prevede che gli oneri per il trattamento economico dei componenti dei seggi e per gli adempimenti di spettanza dei comuni, quando le elezioni non riguardino esclusivamente i consigli comunali e circoscrizionali, sono anticipati dai comuni e rimborsati dallo Stato, dalla ragione o dalla provincia, in base a documentato rendiconto, da presentarsi entro il termine di tre mesi dalla data delle consultazioni.

A sua volta, l'art. 55, comma 8, l. n. 449 del 1997 stabilisce che le amministrazioni preposte all'organizzazione e allo svolgimento delle consultazioni elettorali dovranno comunque razionalizzare i servizi al fine di realizzare un ulteriore contenimento delle spese rispetto a quelle scaturenti dalla normativa vigente. A tale scopo, con cadenza triennale, entro il 31 gennaio del primo anno di ciascun triennio, con decreto del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, di concerto con i Ministri dell'interno e di grazia e giustizia, deve essere determinata la misura massima del finanziamento delle spese per lo svolgimento delle consultazioni, ivi comprese le somme da rimborsare ai comuni per l'organizzazione tecnica e l'attuazione delle elezioni i cui oneri, a norma dell'art. 17, l. 23 aprile 1976, n. 136, e successive modificazioni, e dell'art. 55, l. 24 gennaio 1979, n. 18, e successive modificazioni, sono a carico dello Stato.

Le disposizioni di riferimento prevedono quindi, da un lato, che tutte le spese elettorali sostenute dai Comuni debbano essere rimborsate (art. 17, comma 1, l. n. 136 del 1976) e, dall'altro, che ciò abbia luogo nei limiti fissati con decreto ministeriale. L'importo massimo da rimborsare a ciascun comune, fatta eccezione per il trattamento economico dei componenti dei seggi, è stabilito con decreto del Ministero dell'interno, nei limiti delle assegnazioni di bilancio.

Si tratta di spese che gravano sullo Stato e che debbono essere anticipate dai Comuni. Per esigenze di contenimento degli oneri complessivi viene posto un tetto di spesa.

Il lavoro straordinario dei dipendenti comunali in occasione di consultazioni elettorali è poi regolato più in dettaglio dall'art. 15, d.l. n. 8 del 1993, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 68 del 1993, che: stabilisce un limite medio di spesa di 40 ore mensili per persona e sino ad un massimo individuale di 60 ore mensili (il limite medio di spesa si applica solo ai comuni con più di cinque dipendenti); individua la tipologia del personale per cui può essere autorizzato lo straordinario; prevede che le spese per il lavoro straordinario dei dipendenti comunali e le altre spese anticipate dai comuni per l'organizzazione tecnica e l'attuazione di consultazioni elettorali i cui oneri sono a carico dello Stato saranno rimborsate, al netto delle anticipazioni, posticipatamente in base a documentato rendiconto da presentarsi entro il termine perentorio di quattro mesi dalla data delle consultazioni, pena la decadenza dal diritto al rimborso.

Per le consultazioni elettorali politiche, il Comune, autorizzato ad anticipare le relative spese con diritto al rimborso da parte dello Stato, opera quale organo periferico dell'Amministrazione statale e non esercita le funzioni proprie di ente autonomo territoriale, con la conseguenza che nei rapporti con il Ministero dell'Interno vige un sistema di controllo, da parte del dicastero, di tipo repressivo-sostitutorio, come si evince, in particolare, dall'obbligo di rendicontazione del Comune, il quale implica la necessità di un'approvazione che sia necessariamente preceduta dalla verifica della legittimità e della congruità delle spese medesime. L'Amministrazione statale, pertanto, non può limitarsi al mero riscontro delle spese anticipate, ma deve esaminarle nel merito, anche attraverso valutazioni discrezionali sull'opportunità degli impegni di spesa assunti dall'ente delegato, verificandone la necessaria funzionalizzazione alle attività connesse all'esercizio del diritto di voto (Cass. civ., sez. I, 18 giugno 2008, n. 16595).

10. Sicurezza pubblica.

10.1. Informativa antimafia.

La sez. I, con parere 2 novembre 2021, n. 1693 ha premesso che la legislazione antimafia persegue l'obiettivo di prevenire le infiltrazioni mafiose nell'economia legale pubblica e privata, ovvero nei rapporti dei privati con le pubbliche amministrazioni e nei rapporti tra i privati, con la finalità di tutelare la sicurezza pubblica e contrastare la criminalità organizzata di stampo mafioso. In altri termini, in una prospettiva anticipatoria della difesa della legalità, l'autorità amministrativa ha come obiettivo l'eliminazione dal circuito dell'economia legale dei soggetti economici infiltrati dalle associazioni mafiose che, in quanto tali, esercitano la libertà di iniziativa economica privata assicurata dall'art. 41 Cost. in contrasto con l'utilità sociale, in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

Ha aggiunto che il sistema della documentazione antimafia, previsto dal c.d. Codice antimafia (d.lgs. n. 159 del 2011), si fonda sulla distinzione tra le comunicazioni antimafia e le informazioni antimafia (art. 84, d.lgs. n. 159 del 2011), che costituiscono le fon-

damentali misure di prevenzione amministrative. Le informazioni antimafia si caratterizzano per uno spiccato momento di autonomia valutativa da parte del Prefetto, nel soppesare il rischio di permeabilità mafiosa dell'impresa, di contenuto discrezionale, poiché ben possono prescindere dagli esiti delle indagini preliminari o dello stesso giudizio penale, che comunque la Prefettura ha il dovere di esaminare in presenza dei cc.dd. delitti spia (art. 84, comma 4, d.lgs. n. 159 del 2011), non vincolanti per l'apprezzamento che, a fini preventivi, la Prefettura è chiamata a compiere in ordine al rischio di condizionamento mafioso. La comunicazione antimafia consiste, invece, nell'attestazione della sussistenza, o meno, di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 (art. 84, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011) e descrive, quindi, il cristallizzarsi di una situazione di permeabilità mafiosa contenuta in un provvedimento giurisdizionale ormai definitivo, con il quale il Tribunale ha applicato una misura di prevenzione personale prevista dal Codice antimafia, ed ha un contenuto vincolato, di tipo accertativo, che attesta l'esistenza, o meno, di tale situazione tipizzata nel provvedimento di prevenzione. Il legislatore ha espressamente previsto che le comunicazioni antimafia hanno efficacia interdittiva rispetto a tutte le iscrizioni e ai provvedimenti autorizzatori, concessori o abilitativi per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati, nonché a tutte le attività soggette a segnalazione certificata di inizio attività (c.d. scia) e a silenzio assenso (art. 89, comma 2, lett. a) e b), d.lgs. n. 159 del 2011) e comportano, altresì, il divieto di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cottimo fiduciario e relativi subappalti e subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera (art. 84, commi 1 e 2, d.lgs. n. 159 del 2011).

La stessa sez. I ha precisato (parere 2 dicembre 2021, n. 1821) che la normativa antimafia, che persegue l'obiettivo di prevenire le infiltrazioni mafiose nell'economia legale pubblica e privata ovvero nei rapporti dei privati con le pubbliche amministrazioni e nei rapporti tra i privati, si chiede alle autorità amministrative non di colpire pratiche e comportamenti direttamente lesivi degli interessi e dei valori costituzionali, compito naturale dell'autorità giudiziaria, bensì di prevenire tali evenienze. Alla motivazione del provvedimento prefettizio, la giurisprudenza ha chiarito che occorre indicare gli elementi di fatto posti alla base della valutazione, i quali devono essere valutati non atomisticamente ma in chiave unitaria, e che vanno esplicitate le ragioni in base alle quali, secondo la logica causale del «più probabile che non», sia ragionevole dedurre il rischio di infiltrazione mafiosa nell'impresa sulla base di elementi indiziari gravi, precisi e, se plurimi, anche concordanti. La regola del «più probabile che non» conferma l'estraneità delle informazioni antimafia alla logica penalistica della certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio, altrimenti risulterebbe vanificata la finalità anticipatoria.

Ha quindi affermato la Sezione che il diniego di iscrizione nella *white list* provinciale presenta identica ratio delle misure interdittive antimafia, in quanto si tratta di misura volte alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica Amministrazione. Il diniego di iscrizione nella *white list* costituisce una determinazione conseguente e di natura vincolata rispetto

alla misura interdittiva antimafia, tanto che non occorre la previa comunicazione del preavviso di rigetto. L'iscrizione nella *white list* è ricollegata ad un'attività istruttoria della medesima tipologia e contenuto di quelle previste per le informative antimafia e, anche in questo caso, è stabilita la necessità di un aggiornamento periodico degli elementi che evidenziano tentativi di infiltrazione mafiosa.

Con parere 18 giugno 2021, n. 1060 la sez. I ha dichiarato legittima l'interdittiva antimafia che si basi, oltre che su precedenti penali del titolare della società interdetta, anche su dichiarazioni dei collaboratori di giustizia, atteso che se è vero che nel processo penale tali dichiarazioni non possono essere poste alla base del giudizio di colpevolezza se non si acquisiscono i c.d. riscontri esterni (artt. 192, 197 *bis* e 210 cod. proc. pen.), le stesse, per la diversità tra la logica del "più probabile che non" e quella dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", possono essere correttamente considerate, *ad colorandum*, unitamente a tutti gli altri elementi indiziari.

Ha chiarito il parere che il sistema della documentazione antimafia, previsto dal d.lgs. n. 159 del 2011 (c.d. Codice antimafia), si fonda sulla distinzione tra le fondamentali misure di prevenzione amministrative: le comunicazioni antimafia (artt. 87-89) - richieste per l'esercizio di qualsivoglia attività dei privati soggetta ad autorizzazione, concessione, abilitazione, iscrizione ad albi, segnalazione certificata di inizio attività (c.d. Scia) e c.d. silenzio assenso - e le informazioni antimafia (artt. 90-95), operanti nei rapporti dei privati con le pubbliche amministrazioni (es. contratti pubblici, concessioni e finanziamenti).

In particolare, la comunicazione antimafia consiste nell'attestazione, a carico di determinati soggetti individuati dall'art. 85, d.lgs. n. 159 del 2011, della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 (art. 84, comma 2).

L'informazione antimafia, invece, rispetto alla comunicazione presenta un *quid pluris* individuabile nella valutazione discrezionale da parte del Prefetto del rischio di permeabilità mafiosa capace di condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa. Infatti, l'autorità prefettizia esprime un motivato giudizio, in chiave preventiva, circa il pericolo di infiltrazione mafiosa all'interno dell'impresa, interdicendole l'inizio o la prosecuzione di qualsivoglia rapporto con l'Amministrazione o l'ottenimento di qualsiasi sussidio, beneficio economico o sovvenzione ("l'informazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67, nonché, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4", art. 84, comma 3).

In ordine alla forma, il parere ha precisato che non si richiedono all'informativa antimafia formalismi linguistici, né formule sacramentali, essendo idoneo a sorreggere la valutazione discrezionale del provvedimento prefettizio anche un apparato motivazionale asciutto, scarno, finanche poco elaborato, dal quale, però, si evincono le ragioni sostanziali che giustificano la valutazione di permeabilità mafiosa dell'impresa sulla base degli elementi raccolti dagli organi competenti.

11. Straniero.

11.1. Accesso in Italia dei minori stranieri non accompagnati.

Con parere 29 marzo 2021, n. 533 la Sezione atti normativi ha reso il parere sullo schema di regolamento in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati.

Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali può farsi proponente della emanazione di un regolamento governativo avente ad oggetto l'attuazione della normativa primaria in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati.

Ha premesso la Sezione che l'art. 12, comma 20, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135 ha soppresso il Comitato per i minori stranieri, operante presso la Presidenza del Consiglio. Il Ministero ha radicato la propria competenza ad adottare il lo schema di regolamento oggetto del richiesto parere negli artt. 33, comma 2, del Testo Unico Immigrazione e 22, l. n. 47 del 7 aprile 2017 su ricordati.

L'art. 33 richiamato, al comma 1, istituiva “presso la Presidenza del Consiglio dei ministri” il Comitato per i minori stranieri. Al comma 2, specificamente richiamato dal Ministero a fondamento dello schema in esame (e, per la parte che qui interessa, non alterato dalle modifiche successivamente intervenute), stabiliva che: “Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro da lui delegato, sentiti i Ministri degli affari esteri, dell'interno e di grazia e giustizia, sono definiti i compiti del Comitato, concernenti la tutela dei diritti dei minori stranieri in conformità alle previsioni della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della l. 27 maggio 1991, n. 176, [...]”. Al comma 3 prevedeva che: “Il Comitato si avvale, per l'espletamento delle attività di competenza, del personale e dei mezzi in dotazione al Dipartimento degli affari sociali della Presidenza del Consiglio dei Ministri ed ha sede presso il Dipartimento medesimo”.

La Sezione ha ricordato che sullo schema di regolamento si era già pronunciata dapprima con parere interlocutorio n. 822 del 2020 e poi con parere (negativo) n. 1535 del 28 settembre 2020 affermando, entrambe le volte, che - stante la non dimostrata sussistenza di una esplicita norma primaria che, prima della soppressione, abbia trasferito il Comitato e le relative competenze al Ministero del lavoro e delle politiche sociali - all'atto della soppressione il Comitato fosse tuttora incardinato presso la Presidenza del Consiglio; che, in conseguenza di quanto previsto dalla norma soppressiva, tali competenze siano state definitivamente trasferite ai competenti uffici dell'amministrazione nell'ambito della quale l'organo collegiale al momento operava, e cioè la Presidenza del Consiglio; che pertanto il Ministero non risulti avere titolo a disciplinare con regolamento competenze che non risultano essergli state attribuite da una fonte primaria.

Il Ministero del lavoro ha chiesto alla Sezione atti normativi alla luce di nuovi argomenti forniti.

La Sezione ha ritenuto persuasivi tali ulteriori elementi ed ha quindi concluso che la norma primaria attributiva al Ministero stesso della competenza sul Comitato - della quale i primi pareri della Sezione lamentavano la mancata indicazione - vada identificata

nei decreti-legge n. 217 del 2001, n. 181 del 2006 e n. 85 del 2008, i quali presuppongono, ai fini della determinazione del loro contenuto, la individuazione delle competenze ministeriali.

La Sezione si è posta quindi il quesito se la norma attributiva del potere di disciplinare con d.P.C.M. le competenze del Comitato, oggi collocate come detto presso il Ministero (l'art. 33, comma 2, del Testo Unico sull'Immigrazione) sia tuttora vigente o non debba piuttosto essere considerata incompatibile con l'evoluzione normativa successiva (e specificamente con l'avvenuto trasferimento delle suddette competenze al Ministero) e quindi tacitamente abrogata.

Al riguardo, un elemento testuale è offerto dal preambolo al d.P.C.M. recante il regolamento di attuazione del Comitato, laddove viene richiamato l'art. 17, comma 3, l. n. 400 del 1988, cioè la norma fondante la legittimazione ad adottare regolamenti ministeriali. Questo dato testuale conferma ciò che comunque può essere desunto implicitamente, e cioè che il potere di dare attuazione a quanto previsto dall'articolo 33 del Testo Unico sui compiti del Comitato istituito dal comma 1 è conferito dal comma 2 dello stesso articolo alla fonte "d.P.C.M." nel presupposto dell'incardinamento di tale Comitato in seno alla Presidenza del Consiglio, come del resto chiaramente statuito dal comma 3 nella sua versione originaria.

Venuto meno tale presupposto con il trasferimento del Comitato e delle sue competenze al Ministero, deve trarsene, come necessaria conseguenza, la avvenuta abrogazione tacita dell'art. 33, comma 2, del Testo Unico sull'Immigrazione, laddove demanda a un d.P.C.M. la disciplina dei compiti del Comitato, giacché tali compiti non spettano più alla Presidenza del Consiglio; ne consegue altresì la non applicabilità dell'art. 22, l. n. 47 del 2017, nella parte in cui autorizza il Governo ad apportare, al d.P.C.M. n. 535 del 1999, le modifiche conseguenti all'entrata in vigore della legge stessa. D'altra parte, appare incongruo che venga disciplinata con d.P.C.M. una materia rientrante in toto nella competenza di un Ministero.

Venuta meno nei termini su esposti la facoltà di disciplinare la materia con d.P.C.M., e nella mancanza di una specifica disposizione attributiva al Ministero della facoltà di adottare un regolamento ministeriale ai sensi dell'art. 17, comma 3, l. n. 400 del 1988, non può che concludersi per la riespansione, nella materia *de qua*, della regola generalissima, di cui all'art. 17, comma 1, della medesima legge, che autorizza il Governo ad emanare regolamenti per l'attuazione delle leggi. In conclusione, ritiene la Sezione che il Ministero possa farsi proponente della emanazione di un regolamento governativo ai sensi dell'art. 17, comma 1, avente ad oggetto l'attuazione della normativa primaria in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati, nelle materie attribuite dalla legge alla propria competenza sua versione originaria.

12. Contratti della Pubblica amministrazione.

12.1. Linee guida Anac per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali.

Con parere 3 agosto 2021, n. 1369 la Sezione atti normativi si è pronunciata sullo schema di Linee guida Anac per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali,

che sostituiscono le Linee guida n. 3 del 2014 in ragione delle novità normative medio tempore intervenute.

Ha chiarito la Sezione che l'aggiornamento delle Linee guida n. 3 del 2014 – che le Linee guida oggetto di parere sostituiscono integralmente – si è reso necessario, oltre che in ragione delle novità normative sopravvenute, anche per porre rimedio ad alcune criticità nella predisposizione dei bandi di gara che sono apparse di ostacolo all'effettiva apertura del mercato dei servizi postali e delle notifiche a mezzo posta di atti giudiziari e infrazioni al codice della strada, finendo per favorire il gestore del servizio universale, funzionando da barriere all'accesso (in particolare, per quanto attiene alla richiesta di requisiti di copertura sproporzionati rispetto al servizio richiesto e alla valorizzazione, ai fini della valutazione dell'offerta, dei soli punti di giacenza, senza considerare modalità alternative di consegna nel caso di esito negativo del primo tentativo).

Le nuove Linee guida, inoltre, affrontano diversi temi, fornendo soluzioni non vincolanti al fine di assicurare la corretta applicazione della normativa sulla contrattualistica pubblica e favorire la diffusione di *best practice* (riguardo, in particolare, al requisito dell'organico medio e a taluni profili relativi alla notifica degli atti giudiziari e delle violazioni al Codice della strada).

Quanto alle novità normative, vale ricordare che successivamente alla pubblicazione di quelle del 2014, oltre all'introduzione del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, è stato abrogato (dall'art. 1, comma 57, lett. b, l. 4 agosto 2017, n. 124) l'art. 4, d.lgs. n. 261 del 1999, che imponeva l'affidamento in esclusiva al fornitore del servizio universale dei servizi inerenti alle notificazioni e comunicazioni di atti a mezzo posta connesse alla notifica di atti giudiziari e i servizi inerenti alle notificazioni a mezzo posta di violazioni del Codice della strada. Inoltre, gli operatori alternativi a Poste Italiane e l'Agcom hanno segnalato alcune criticità nella predisposizione dei bandi di gara che finiscono per favorire il gestore del servizio universale, funzionando da barriere all'accesso (in particolare, per la richiesta di requisiti di copertura sproporzionati rispetto al servizio richiesto e per la valorizzazione, ai fini della valutazione dell'offerta, dei soli punti di giacenza, senza considerare modalità alternative di consegna nel caso di esito negativo del primo tentativo). Le nuove Linee guida affrontano, poi, diversi temi ulteriori, fornendo soluzioni non vincolanti al fine di assicurare la corretta applicazione della normativa sulla contrattualistica pubblica e favorire la diffusione di *best practice*.

In proposito la Sezione ritiene di dover evidenziare come – alla luce delle considerazioni sopra svolte circa l'intreccio di diverse competenze, ivi inclusa quella dell'Agcm, che caratterizza il campo di materia in questione – occorra che i diversi beni-interessi coinvolti, a volte tra loro contrastanti e non sempre convergenti, trovino una composizione ragionevole e adeguata, evitando in ogni caso che l'uno possa divenire prevalente, con ingiustificato pregiudizio degli altri.

In particolare, vertendosi in materia di appalti di servizi, nella quale una pubblica amministrazione, in quanto stazione appaltante, è chiamata ad acquistare un servizio strumentale all'espletamento delle sue funzioni istituzionali, occorre prestare la massima attenzione a che il pur rilevante interesse pubblico alla tutela e alla promozione del mercato

e della concorrenza, non si traduca in una indebita compressione o lesione del poterdovere istituzionale della stazione appaltante pubblica di obbedire ai canoni di buona amministrazione efficiente ed efficace e quindi di dover orientare le sue scelte verso i partner privati che le assicurino le migliori condizioni di fornitura e di svolgimento del servizio, nell'ottica economica del miglior rapporto qualità-prezzo del servizio, che costituisce pur sempre un dovere da osservare e un obiettivo da perseguire per l'amministrazione procedente, in ossequio ai principi desumibili dall'art. 97 Cost..

E' stato affermato nel parere che le schema di Linee guida in esame soddisfano in larga parte le suindicate esigenze, centrando per lo più un punto condivisibile di equilibrio tra i diversi interessi che concorrono *in subiecta materia*.

Ha osservato la Sezione che le Linee guida in esame presentano una base giuridica mista o composita, poggiando a un tempo sui poteri di "regolazione flessibile" attribuiti all'Anac dal Codice dei contratti pubblici (quale strumento attuativo delle sue funzioni di vigilanza e controllo e di regolazione nella materia dei contratti pubblici), e sui poteri già propri dell'Autorità nazionale di regolamentazione del settore postale, oggi attribuiti all'AGCom (e, in particolar modo, quelli, sopra richiamati, di promozione della concorrenza nei mercati postali" e di "analisi e monitoraggio dei mercati postali, con particolare riferimento ai prezzi dei servizi, anche mediante l'istituzione di un apposito osservatorio").

Quanto al profilo della qualificazione oggettiva dell'atto, si tratta di uno strumento di regolazione flessibile – *ex* art. 203, comma 2, del codice dei contratti pubblici – volto a garantire la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, dell'omogeneità dei procedimenti amministrativi e lo sviluppo delle migliori pratiche. Si tratta, pertanto, di un atto privo di efficacia normativa vincolante, per il quale il parere di questo Consiglio di Stato ha natura solo facoltativa.

13. Società *in house* e partecipate.

13.1. Costituzione di società *in house* per lo svolgimento dei servizi di competenza istituzionale della Agenzia delle accise, dogane e monopolio.

La sez. I, con parere 3 agosto 2021, n. 1374 ha affermato che l'art. 103, comma 1, d.l. 14 agosto 2020, n. 104 deve essere interpretato nel senso di prevedere la costituzione di una società *in house*, essendo i servizi di cui al comma 3 dello stesso art. 103 di competenza 'istituzionale' della Agenzia delle accise, dogane e monopolio. Ad avviso della Sezione in tale direzione militano numerosi argomenti. In primo luogo, va evidenziato che i servizi di cui all'art. 103, comma 3, d.l. 14 agosto 2020, n. 104, sono in via primaria riconosciuti come di competenza dell'Agenzia delle accise, dogane e monopolio. Sotto tale aspetto, è chiarissima la formulazione letterale della parte iniziale del comma 1 del predetto art. 103, ove si utilizza la locuzione "al fine di consentire alla Agenzia delle dogane dei monopoli di svolgere, con criteri imprenditoriali, i servizi di cui al comma 3...".

Viene affermato dunque che "i servizi di cui al comma 3" sono di competenza 'istituzionale' della Agenzia delle dogane e dei monopoli. Da ciò ne scaturisce la conseguenza

che, una volta individuati i servizi da rendere, il legislatore può optare per una delle diverse modalità di erogazione tra cui, naturalmente, anche il modello dell'*in house*. La circostanza, in secondo luogo, che il legislatore abbia parlato di costituzione di “una apposita società, di cui la predetta Agenzia è socio unico” dimostra che il legislatore ha, seppure implicitamente, fatto riferimento allo schema dell'*in house*. È vero che oggi nella società *in house* vi possono essere – a determinate condizioni previste dalla legge statale (si veda il parere della sez. I 7 maggio 2019, n. 1389) – soci privati; tuttavia, lo schema dell'*in house*, per un verso, è stato costruito dal diritto pretorio della C.G.U.E. attorno al socio unico pubblico e, per altro verso, il predetto schema, anche nell’attuale disciplina, ruota ancora attorno al socio unico pubblico (si veda l’art. 5, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 50 del 2016). Detto in altri termini, il riferimento al socio unico esprime l’intenzione del legislatore di utilizzare lo schema dell'*in house*, attraverso la costituzione di una società che, essendo a totale partecipazione pubblica, risulti indubabilmente essere la *longa manus* dell’Agenzia delle accise, dogane e monopolio. Nonostante il fatto che i lavori preparatori, sotto il profilo dell’ermeneutica normativa, non possano essere ritenuti risolutivi dei dubbi interpretativi, in terzo luogo, va rilevato che la relazione illustrativa dell’art. 103, d.l. 14 agosto 2020, n. 104, presentato al Senato della Repubblica per la conversione in legge (AS 1925), afferma che “la disposizione prevede la possibilità di costituire con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze una apposita società *in house* avente come socio unico l’Agenzia delle dogane e dei monopoli ...”. Nel dossier del servizio studi di Camera e Senato, redatto sul testo approvato dal Senato della Repubblica (AC 2700), si legge che “L’art. 103, modificato al Senato, autorizza la costituzione, con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze, di una apposita società *in house* — avente come socio unico l’Agenzia delle dogane e dei monopoli — per lo svolgimento di alcuni servizi con criteri imprenditoriali ...”. Anche l’intenzione del legislatore, quindi, spinge nella direzione dell’utilizzo del modello dell'*in house*. In quarto luogo, va evidenziato che conferme indirette, circa l’intenzione del legislatore di far riferimento ad una società *in house*, sono rinvenibili nella chiara previsione per cui “l’organo amministrativo è costituito da un amministratore unico, individuato nel direttore dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli”. Se la società non fosse la *longa manus* dell’amministrazione, difficilmente si spiegherebbe la previsione per cui è il direttore dell’Agenzia delle accise, dogane e monopolio ad essere *ope legis* amministratore unico.

In sintesi, anche se la disposizione di legge non lo dice chiaramente, la presenza del socio unico pubblico e l’attribuzione della carica di amministratore al Direttore dell’Agenzia delle accise, dogane e monopolio sono indizi inequivocabili della volontà del legislatore di ricorrere allo schema dell'*in house*.

Va esclusa la possibilità di ricondurre la società in questione allo schema delle società “di diritto singolare” perché manca nella disposizione di legge una compiuta, e dettagliata, disciplina della società, tale da poterla, si passi la ripetizione, considerare “di diritto singolare”. Peraltro, se l’art. 103, d.l. n. 2104 del 2020 citato fosse sufficiente per ritenere autorizzata la costituzione di una società “di diritto singolare”, la conseguenza sarebbe l’assenza di una disciplina completa e, sotto altro aspetto, il possibile dubbio

circa la compatibilità col principio della concorrenza di origine eurounitaria, interferendo l'attività in questione con servizi potenzialmente incidenti sul mercato

13.2. Assunzione obbligatorie delle categorie protette presso le società partecipate della Regione Sicilia.

Con parere 12 aprile 2021, n. 130 la sezione consultiva del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana ha affermato che assunzioni obbligatorie delle categorie protette di cui alla l. n. 68 del 1999 sono escluse dal blocco assunzionale previsto per le società partecipate della Regione Siciliana.

Ha affermato la Sezione che la soluzione della questione, nei termini appena citati, trovi pieno riscontro nei principi di rango costituzionale e di livello comunitario in cui la stessa si inserisce.

Il riferimento è in primo luogo all'art. 38, comma 3, Cost. in cui si legge che “Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale”.

Il costituente, nell'inserire tale principio nell'ambito del Titolo dedicato ai rapporti economici, ha evidentemente inteso porre alla base dell'ordinamento l'esigenza di tutelare e supportare le categorie deboli non solo in via assistenziale, ma anche promuovendo l'inserimento di tali soggetti nel mondo del lavoro, pur nell'ambito dell'economia di mercato. Proprio a tale logica risponde, con ogni evidenza, la l. n. 68 del 12 marzo 1999, recante “Norme per il diritto al lavoro dei disabili”, la quale, quindi, gode di un fondamento costituzionale. Ma vi è di più. Invero, se la Costituzione sancisce il diritto dei disabili all'avviamento professionale e offre copertura alla normativa di settore (l. n. 68 del 1999), tale principio trova riconoscimento anche a livello eurocomunitario. Più nello specifico, all'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, rubricato “Inserimento delle persone con disabilità” e inserito significativamente nel Titolo dedicato all'Uguaglianza, in cui si legge che “L'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità”.

Pertanto, è giusto il caso di ricordare che, con l'entrata in vigore dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, è stato espressamente attribuito alla Carta dei Diritti Fondamentali lo stesso valore giuridico dei Trattati. Sicché se è vero che a norma dell'art. 51 di tale Carta le disposizioni in essa contenute vincolano gli Stati Membri “esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”, è nondimeno evidente che la salvaguardia dei diritti di tali categorie deboli, anche sotto il profilo di promozione del loro inserimento nel mondo del lavoro, rappresenta uno dei valori posti a fondamento del progetto euro-unitario. Vincoli più stringenti quanto a politiche attive di integrazione e tutela dei disabili si riscontrano, poi, sul piano del diritto internazionale pattizio.

Il riferimento è alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e al relativo protocollo opzionale, sottoscritta dall'Italia già a marzo 2007 e la cui ratifica è stata autorizzata dal Parlamento con l. 3 marzo 2009, n. 18.

In particolare, a norma dell'art. 27 della citata Convenzione “Gli Stati Parti riconoscono il diritto al lavoro delle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri; segnatamente il diritto di potersi mantenere attraverso un lavoro liberamente scelto o accettato in un mercato del lavoro e in un ambiente lavorativo aperto, che favorisca l'inclusione e l'accessibilità alle persone con disabilità. Gli Stati Parti devono garantire e favorire l'esercizio del diritto al lavoro [...] prendendo appropriate iniziative – anche attraverso misure legislative – in particolare al fine di: [...] (g) assumere persone con disabilità nel settore pubblico; (h) favorire l'impiego di persone con disabilità nel settore privato attraverso politiche e misure adeguate che possono includere programmi di azione antidiscriminatoria, incentivi e altre misure [...]”.

La centralità che in tale ottica ricopre la l. n. 68 del 1999 è poi espressamente riconosciuta nel primo Rapporto alle Nazioni Unite trasmesso dall'Italia, in conformità a quanto previsto dall'art. 35 della convenzione, a fine novembre 2012.

Invero, in tale rapporto, in relazione all'attuazione del citato art. 27 si legge che “la principale misura legislativa”, sotto tale profilo, è rappresentata proprio dalla legge n. 68 del 1999 in quanto volta all'inserimento e all'integrazione lavorativa delle persone con disabilità. In tale documento si evidenzia, tra l'altro, proprio la circostanza che la normativa in parola impone ai datori di lavoro, sia pubblici che privati, che presentino determinati requisiti dimensionali, di avere alle loro dipendenze lavoratori con disabilità individuando a tal fine una “quota di riserva”.

Ciò posto, non è poi superfluo evidenziare che, stipulando tale Convenzione, lo Stato Italiano si è obbligato non solo ad adottare le misure adeguate a dare attuazione ai diritti da essa riconosciuti ma anche “ad astenersi dall'intraprendere ogni atto o pratica che sia in contrasto con la presente Convenzione ed a garantire che le autorità pubbliche e le istituzioni agiscano in conformità con la presente Convenzione”. Né è possibile dubitare dell'effettiva cogenza degli impegni assunti per il legislatore non solo nazionale ma anche regionale. Invero, gli obblighi internazionali assunti costituiscono, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., parametri interposti di costituzionalità. È noto, sul punto, il principio espresso dalla Corte costituzionale secondo il quale le norme convenzionali internazionali “integrano il parametro costituzionale”, pur rimanendo ad un livello sub-costituzionale ed essendo pertanto necessario verificare la loro conformità non solo rispetto ai principi supremi del nostro ordinamento (come avviene nel caso del diritto dell'Unione Europea), ma rispetto a tutte le norme costituzionali (Corte cost., sent. nn. 348-349/2007, c.d. “sentenze gemelle”).

Nel caso *de quo*, alla luce delle considerazioni svolte, in particolare con riferimento all'art. 38 Cost., è di ogni evidenza l'esito positivo di tale verifica. Dal nuovo sistema delle fonti tracciato dalla Corte costituzionale deriva, in primo luogo e per quanto di rilievo nel caso oggetto del presente procedimento, che il giudice nazionale nell'interpretare le norme interne è tenuto a privilegiare quell'interpretazione che non si ponga in contrasto con il diritto pattizio laddove in caso di irriducibili antinomie lo stesso dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale per la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.

Pertanto, è innanzitutto in tale ottica che è necessario affrontare la questione relativa all'operatività del c.d. blocco delle assunzioni per il settore pubblico previsto ai sensi dell'art. 1, comma 10, l.reg. Sicilia n. 25 del 2008, anche con riferimento ai soggetti tutelati *ex l. n. 68 del 1999*.

La questione, in particolare, è venuta in rilievo in quanto la successiva l. reg. società partecipate n. 11 del 2010, all'art. 20, comma 6, ha previsto, con specifico riferimento alle società a totale o maggioritaria partecipazione della Regione Siciliana, il divieto di procedere a nuove assunzioni di personale "ivi comprese quelle già autorizzate e quelle previste da disposizioni di carattere speciale". Tale divieto sarebbe parso poi ulteriormente rafforzato da due recenti delibere della Giunta Regionale, rispettivamente la n. 492 del 30 dicembre 2019 e la n. 619 del 31 dicembre 2020.

Assume, quindi, fondamentale importanza stabilire se tra le disposizioni a carattere speciale richiamate dalla legge regionale debba o meno considerarsi compresa altresì la l. n. 68 del 1999.

Tuttavia, avuto riguardo ai valori sanciti a livello costituzionale ed europeo, nonché alla luce degli obblighi internazionali assunti dallo Stato Italiano come ricostruiti, risulta evidente che la soluzione debba essere, e non possa non essere, quella che esclude che il blocco delle assunzioni sancito dal legislatore regionale ricomprenda altresì i lavoratori disabili sia pure limitatamente alle quote di riserva stabilite dalla legge n. 68 del 1999. In altre parole, l'obiettivo di tutela dei soggetti con disabilità, anche sotto il profilo della promozione del loro inserimento nel mondo del lavoro, ha un rilievo a livello non solo costituzionale, ma anche internazionale, tale da impedire che lo stesso venga sacrificato per ragioni di mera opportunità finanziaria.

In quest'ottica si pone, d'altra parte, anche la pronuncia della Corte dei conti, Sezioni Riunite per la Regione siciliana in sede consultiva, opportunamente richiamata dall'Ufficio legislativo e legale, in base alla quale "i rapporti tra la normativa che prevede le c.d. assunzioni obbligatorie per le categorie protette, da un lato, e le norme finalizzate al contenimento della spesa pubblica ed al risanamento dei bilanci delle amministrazioni pubbliche promulgate negli ultimi anni – tra cui chiaramente rientrano anche le disposizioni in materia di blocco delle assunzioni –, dall'altro, ancorché non debbano ritenersi incompatibili o inconciliabili, devono, comunque, risolversi nel senso della prevalenza delle disposizioni che impongono obblighi assunzionali di soggetti appartenenti alle categorie protette, nei limiti della copertura della c.d. quota d'obbligo, sulle previsioni che pongono vincoli e divieti di assunzione" (sez. riun. per la Regione siciliana in sede consultiva, n. 36/2008/SSRR/PAR del 10 dicembre 2008, n. 49/2011/SSRR/PAR dell'1 luglio 2011, n. 29/SSRR/PAR del 29 agosto 2013, n. 76/SSRR/PAR del 31 ottobre 2012).

14. Ambiente.

14.1. Piano regionale cave e tutela dell'ambiente.

Con parere 24 dicembre 2021, n. 1970 la sez. I ha giudicato legittima la delibera del consiglio regionale della Toscana n. 47 del 21 luglio 2020, di approvazione del "Piano

Regionale Cave” previsto dall’art. 6, l. reg. della Toscana n. 35 del 2015, nella parte in cui individua la percentuale inderogabile di resa e ciò perché tale piano, in quanto parte del Piano di indirizzo territoriale (PIT), legittimamente (e doverosamente) persegue anche finalità di tutela paesaggistica e ambientale, che fondano e legittimano le misure restrittive. Ha ricordato la Sezione che il PRC si colloca gradualisticamente in una scala gerarchica delle fonti nella quale costituisce parte attuativa della sovraordinata pianificazione paesaggistico-territoriale, che ne condiziona e ne conforma i contenuti e le previsioni. Le finalità di tutela dell’ambiente e del paesaggio, risorse scarse e non riproducibili per definizione, non possono non tradursi – come peraltro normalmente e tipicamente avviene nelle disposizioni, normative e amministrative, poste a salvaguardia di questi interessi – in misure restrittive (e in taluni casi impeditive) di attività economiche di esercizio della libera iniziativa economica privata e del diritto di proprietà, nella dialettica, inscritta negli artt. 41 e 42 Cost., tra tali libertà e i limiti di utilità sociale e gli altri limiti che derivano da beni-interessi-valori di pari rilievo costituzionale che li condizionano e con essi devono essere armonizzati e bilanciati (art. 9, secondo comma, art. 32 Cost.).

In quest’ottica, né gli artt. 41 e 42 Cost., né i nuovi criteri di riparto delle materie di cui al Titolo V della Costituzione, né tanto meno le diverse leggi ordinarie (art. 34, d.l. n. 201 del 2011, art. 1, d.l. n. 1 del 2012, art. 1, l. n. 180 del 2011) che ripetono i suddetti principi già espressi dagli artt. 41 e 42 Cost., precludono alla legge regionale e, al livello di funzione amministrativa, alla pianificazione regionale di settore, il potere/dovere di introdurre misure che, nel perseguire la finalità di tutela ambientale e paesaggistica, si traducano in limiti alla libera iniziativa economica privata e alla proprietà privata (e ciò, naturalmente, secondo principi di tipicità degli atti e di proporzionalità e ragionevolezza delle misure, profili, questi, che saranno esaminati, per quanto riguarda il caso qui dedotto, nella trattazione dei successivi motivi di ricorso).

È infatti noto che la giurisprudenza della Corte costituzionale, come ricordato nella relazione ministeriale, è costante nell’affermare che “la collocazione della materia ‘tutela dell’ambiente [e] dell’ecosistema’ tra quelle di esclusiva competenza statale non comporta che la disciplina statale vincoli in ogni caso l’autonomia delle Regioni”, atteso che “«Il carattere trasversale della materia, e quindi la sua potenzialità di estendersi anche nell’ambito delle competenze riconosciute alle Regioni, mantiene, infatti, salva la facoltà di queste di adottare, nell’esercizio delle loro attribuzioni legislative, norme di tutela più elevata” (sentenze nn. 7 e 147 del 2019, richiamate, da ultimo, dalla sentenza n. 21 del 2021; id. n. 178 del 2019 e n. 258 del 2020, lungo la linea già indicata dalla sentenza 28 giugno 2006, n. 246: “La giurisprudenza costituzionale è costante nel senso di ritenere che la circostanza che una determinata disciplina sia ascrivibile alla materia “tutela dell’ambiente” di cui all’art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., se certamente comporta il potere dello Stato di dettare standard di protezione uniformi validi su tutto il territorio nazionale e non derogabili in senso peggiorativo da parte delle Regioni, non esclude affatto che le leggi regionali emanate nell’esercizio della potestà concorrente di cui all’art. 117, terzo comma, Cost., o di quella “residuale” di cui all’art. 117, quarto

comma, possano assumere fra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale (si vedano, tra le molte, le sentenze numeri 336 e 232 del 2005; n. 259 del 2004 e n. 407 del 2002)”.

È dunque, è ammesso il potere regionale di introdurre misure di tutela ambientale e paesaggistica più severe rispetto agli standard nazionali minimi uniformi allorquando la Regione eserciti le sue funzioni normative e amministrative nelle materie di sua competenza, qual è sicuramente quella delle cave, oggettivamente interconnesse con la materia “trasversale” di tutela dell’ambiente.

Nel caso all’esame della Sezione, è stato concluso che la Regione, che è titolare (in compartecipazione paritaria con lo Stato) della funzione di tutela e valorizzazione del paesaggio, di cui alla Parte III del ricordato codice del 2004 (art. 5, comma 6, del codice dei beni culturali), ed ha la competenza diretta per la pianificazione paesaggistica (previo accordo con lo Stato, peraltro solo facoltativo per le aree non vincolate: artt. 135 e 143 del codice dei beni culturali), ben può (e, anzi, deve) orientare gli strumenti di pianificazione di settore (qual è il PRC) ai fini di tutela e valorizzazione del paesaggio, vieppiù in presenza di un piano paesaggistico che riconosce, enuncia e disciplina il peculiare valore e interesse paesaggistico del bacino delle Alpi Apuane inserendo in essi tutte le misure e le prescrizioni coerenti con le suddette finalità e utili al perseguimento degli obiettivi di qualità paesaggistica e ambientale e di conformazione delle attività economiche in funzione di compatibilizzazione con i predetti interessi pubblici.

Ne consegue che nel comprensorio delle Alpi Apuane il diritto di esercizio della libertà d’impresa, segnatamente dell’attività ad alto impatto paesaggistico-ambientale di cava di materiali lapidei, è fortemente condizionata e profondamente conformata dal raffronto con gli interessi pubblici di tutela paesaggistico-ambientale, espressi e perseguiti nella pertinente pianificazione paesaggistico-territoriale, di livello gerarchico sovraordinato, dalla quale la pianificazione di settore riesce a sua volta profondamente conformata e orientata. In questo contesto e all’interno del descritto quadro giuridico di riferimento, le misure e le prescrizioni di resa minima recate dal Piano regionale cave, oggetto di contestazione, rinvencono una sufficiente e adeguata base giuridica, con conseguente infondatezza delle censure sollevate nel primo mezzo di gravame, che devono essere respinte.

15. Pesca.

Con parere 4 ottobre 2021, n. 1504 la sez. I ha affermato che nel caso di arresto definitivo dell’attività di pesca, al fine di ottenere un contributo economico per la demolizione dell’imbarcazione il par. 2, lettera a), dell’art. 34 del Regolamento (Ue) n. 508/2014 e l’art. 2, sesto capoverso, d.m. 29 settembre 2016, allo scopo di definire la giornata di pesca ai fini del conteggio relativo del numero di giornate utili (90) va riconosciuta come valida “giornata di pesca” l’uscita in mare con rientro entro lo stesso giorno, salvo dimostrazione che l’uscita sia stata determinata da finalità diverse dalla pesca, mentre non è valida “giornate di pesca”, la frazione oraria del giorno successivo all’uscita che risulti

evidentemente non costituire un'autonoma giornata di pesca, ma rappresenti solo il tempo tecnico di rientro nel porto.

La tesi affermata nel parere in quanto meglio fondata sul dato testuale dei decreti ministeriali di riferimento, oltre che più coerente con la nozione comune di “giornata” e con gli ordinari criteri civilistici di computo del tempo.

Il d.m. 29 settembre 2016 (recante “Individuazione delle risorse e dei criteri per l'erogazione degli aiuti ai proprietari di unità di pesca che effettuano l'arresto definitivo delle attività di pesca di cui all'art. 34 del Regolamento (Ue) n. 508/2014 relativo al Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca”), nell'art. 2 (“Requisiti di ammissibilità”), comma 1, quinto capoverso, prevede il seguente requisito di ammissibilità stabilito dalla normativa di riferimento: “l'unità da pesca deve aver effettuato attività di pesca in mare per almeno novanta giorni all'anno nel corso degli ultimi due anni civili precedenti la data di presentazione della domanda”, senza fornire alcuna specificazione o altra indicazione interpretativa utile al fine di meglio definire la nozione di “giorno (di pesca in mare)”.

Il d.m. 25 gennaio 2016 (recante “Misure per la pesca dei piccoli pelagici nel Mare Mediterraneo e misure specifiche per il Mare Adriatico”), richiamato dall'Amministrazione quale ausilio interpretativo pertinente e utile ai fini della migliore definizione della nozione di “giorno (di pesca in mare)”, nell'art. 1, recante le Definizioni, effettivamente presenta (nel comma 3) la seguente definizione: “Giornata di pesca: periodo continuativo di 24 ore, o parte di esso, durante il quale una unità da pesca è dedicata alla ‘attività connessa alla ricerca del pesce, alla cala, alla posa, al traino e al recupero di un attrezzo da pesca, al trasferimento a bordo delle catture, al trasbordo, alla conservazione a bordo, alla trasformazione a bordo, al trasferimento, alla messa in gabbia, all'ingrasso e allo sbarco di pesci e prodotti della pesca’, come definita all'art. 4, comma 28, del Reg. (Ue) n. 1380/2013 citato in premessa”.

Questa nozione – richiamata, si ripete, dalla stessa Amministrazione a sostegno del computo operato e qui contestato – lungi dall'imporre la condizione che la giornata di pesca debba superare le 24 ore e implichi il rientro in porto almeno nel giorno successivo a quello di partenza (24 ore intere o più di 24 ore) – ammette testualmente che la giornata di pesca possa risolversi in un periodo continuativo “di 24 ore, o parte di esso”, così senz'altro consentendo il computo, tra i giorni di pesca in mare, anche delle uscite in mare con rientro entro le 24 ore, ossia nello stesso giorno solare.

16. Rifiuti.

16.1. Piano regionale di gestione dei rifiuti urbani.

La Sezione consultiva del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con parere 26 gennaio 2021, n. 58 ha affermato che il Piano regionale per la gestione dei rifiuti urbani nella Regione Sicilia si concreta in un atto complesso che, al pari della maggior parte degli strumenti analoghi, è composto da una parte essenziale che - dovendo introdurre obiettivi, criteri, modalità d'azione per il conseguimento degli obiettivi e, in buona sostanza, “regole” - è necessariamente normativa (e, nella fattispecie, siffatta

normatività sostanziale assume forza e valore di regolamento regionale), nonché da una o più parti accessorie volte a fornire dati complementari utili per la migliore comprensione della strategia da esso adottata e del contesto fattuale nel quale lo stesso è destinato ad operare.

Ha chiarito il C.g.a. che non è possibile ritenere che il Piano regionale per la gestione dei rifiuti urbani, di cui all'art. 9, l. reg. Sicilia 8 aprile 2010, n. 9 è un mero “strumento di pianificazione”, privo di contenuto sostanzialmente normativo, né che il predetto atto di pianificazione sarebbe un atto a tutti gli effetti (id est, a contenuto pienamente) “regolamentare” (suscettibile, dunque, di applicazione al pari di un testo normativo), possono essere condivise. Non è possibile ritenere che il Piano sia strumento di pianificazione privo di contenuto sostanzialmente normativo.

Innanzitutto in quanto è lo stesso decreto presidenziale ad auto-qualificarsi come “regolamento”. Ma anche a prescindere da tale notazione di carattere formale, vale rilevare che l'art. 2 del decreto presidenziale stabilisce, con formula conclusiva tipica degli atti normativi, che “è fatto obbligo a chiunque spetti, di osservarlo e di farlo osservare”.

Tale “prescrizione” si giustifica solamente se ed in quanto l'atto si connota come sostanzialmente regolamentare e se l'intenzione dell'Autorità che lo ha approvato sia quella di conferire ad esso efficacia normativa.

A tali considerazioni basate sull'interpretazione letterale del decreto se ne aggiunge una, prevalente, di carattere sostanziale, e cioè che l'art. 9, l. reg. Sicilia n. 9 del 2010 stabilisce con estrema precisione quali debbano essere i contenuti del Piano. Analogo discorso vale per gli atti allegati al Piano, sempre che costituiscano parti strutturali dello stesso; come parti - cioè - che contribuiscono a realizzare il “modello tipizzato” ideato dal Legislatore.

Infine, se il Legislatore non avesse inteso conferire al Piano alcuna efficacia regolamentare (prescrittivo-normativa) non avrebbe di certo stabilito che esso dovesse essere approvato: mediante un decreto del Presidente della Repubblica, e cioè mediante uno strumento di produzione normativa che si iscrive, a tutti gli effetti, nel sistema delle “fonti del diritto” (seppur di secondo grado) e con le forme procedurali in uso per l'approvazione dei “regolamenti”, atti che sono anch'essi espressione della potestà normativa di secondo grado dell'Amministrazione. Sarebbe stato sufficiente prescrivere l'approvazione mediante semplice atto amministrativo e la conseguente pubblicazione, in tale forma e per effetti di mera pubblicità-notizia, nella Gazzetta Ufficiale della Regione, come avviene sovente per gli atti di pianificazione (ai quali non si intenda attribuire alcuna formale efficacia normativa).

Il C.g.a. ha quindi affermato che l'approvazione in forma regolamentare e mediante un atto di produzione normativa costituente “fonte di diritto” non sembra lasciare adito a dubbi; appare infatti evidente che il Legislatore ha modulato il Piano regionale per la gestione dei rifiuti urbani come strumento di attuazione della politica di gestione dei rifiuti e, dunque, come atto normativo finalizzato e idoneo ad orientare normativamente le condotte dei consociati.

Acclarato che tanto il regolamento che il Piano - e gli atti ad esso allegati nella misura in cui ne costituiscono parti integranti o integrative - hanno (e devono avere, secondo la funzione che il Legislatore assegna loro) natura normativa (e dunque valore ed efficacia precettivi), resta da chiarire se tale natura li pervada in toto.

La risposta - che non può che basarsi sul concreto esame degli atti in questione - non può che essere negativa. È sufficiente leggere il Piano e gli altri documenti allegati, per comprendere che essi contengono (molte) parti e sezioni puramente descrittivo-ricognitive (quali quelle che descrivono la “storia” della gestione dei rifiuti in Sicilia o che ricostruiscono lo stato della normativa applicabile), nonché espressioni meramente esortative o indicative di obiettivi strategici, di direttive e finanche, talvolta, di semplici intenzioni; e cioè espressioni prive di qualsiasi contenuto prescrittivo.

Anzi, a ben guardare, sono proprio le espressioni di tal genere - id est: quelle a contenuto non normativo - che occupano la più cospicua parte dei documenti in questione, compreso il Piano.

Orbene, è oltremodo evidente che per quanto formalmente “incorporate” - in quanto anch’esse richiamate - nel testo del regolamento, tali espressioni non acquistano - né avrebbe senso ipotizzarlo - alcuna efficacia normativa.

Appare quasi superfluo osservare, al riguardo, che affinché le espressioni linguistiche acquistino contenuto normativo - e, conseguentemente, efficacia normativa - non è sufficiente che vengano formalmente inserite in un atto legislativo o regolamentare. Occorre, anche e soprattutto, che esprimano disposizioni prescrittive che innovino sostanzialmente il precedente assetto ordinamentale; che dettino, cioè, norme con valenza esterna, ossia regole capaci di orientare le condotte umane o, quantomeno, criteri che integrano o consentono di interpretare precedenti norme.

La conclusione che può essere tratta dall’analisi dell’art. 9, l. reg. n. 9 del 2010 è, pertanto, che il Piano regionale per la gestione dei rifiuti urbani si concreta in un atto complesso che, al pari della maggior parte degli strumenti analoghi, è composto da una parte essenziale che - dovendo introdurre obiettivi, criteri, modalità d’azione per il conseguimento degli obiettivi e, in buona sostanza, “regole” - è necessariamente normativa (e, nella fattispecie, siffatta normatività sostanziale assume forza e valore di regolamento regionale), nonché da una o più parti accessorie volte a fornire dati complementari utili per la migliore comprensione della strategia da esso adottata e del contesto fattuale nel quale lo stesso è destinato ad operare.

Quanto alla tecnica utilizzata per la redazione del Piano, il C.g.a. si è soffermato sul se sia legittimo - sotto i profili giuridico-costituzionale e del c.d. *drafting* normativo - introdurre nell’ordinamento norme giuridiche, mediante la tecnica del sommario rinvio (operato da un atto legislativo o regolamentare) ad atti “a contenuto misto”; ad atti che contengono, cioè, anche parti puramente descrittivo-ricognitive, disposizioni programmatiche, direttive, espressioni meramente esortative, dichiarazioni di intenti etc., prive, dunque, di contenuto prescrittivo.

La questione sorge allorché una norma operi un rinvio ad un “testo a contenuto misto”, che non abbia, cioè, contenuto esclusivamente normativo, al fine di richiamarne il contenuto normativo.

Ha affermato che la tecnica del c.d. “rinvio sommario ad un testo a contenuto misto”, utilizzata dall’art. 1 del decreto presidenziale non è conforme al “principio di chiarezza del diritto” immanente dell’Ordinamento italiano ed in ultimo sempre più affermato, mediante l’introduzione di regole specifiche, dal legislatore statale.

Che una pericope normativa che richiami per intero - mediante un “rinvio sommario” - un “testo a contenuto misto” non consente di individuare con precisione e certezza le norme da applicare, è un dato di fatto incontrovertibile; e conduce inevitabilmente ad esprimere un giudizio negativo sulla qualità della normativa e sulla efficacia della descritta tecnica di produzione giuridica.

L’incertezza che ne deriva è, infatti, direttamente proporzionale alla multiformità dei contenuti del testo richiamato ed alla vaghezza delle espressioni in esso usate. Difatti, discernere, in un “testo a contenuto misto”, contenuti specificamente normativi, distinguendoli da dichiarazioni programmatiche ed esortative o di intenti, non è assolutamente agevole; ed il risultato per nulla attendibile. Anzi, ciò che è certo è solamente che il risultato sarà comunque incerto. Il che appare sufficiente per stigmatizzare negativamente - in astratto - la tecnica del c.d. “rinvio sommario”.

Il C.g.a. ha quindi affermato che il “rinvio” concretamente operato dal decreto presidenziale in esame, non sembra poter sfuggire alla critica di “sommarietà”. generale rinvio ricettizio - operato dal decreto - al complessivo coacervo dei documenti allegati, dà la sensazione che siano stati sommariamente “approvati in blocco”, senza un chiaro intento e senza una lineare visione giuridica della vicenda, unitamente a disposizioni sparse qua e là nel voluminoso corpo dei documenti, anche testi, luoghi testuali ed espressioni letterali privi di qualsiasi effettivo contenuto prescrittivo (quali quelli che descrivono la “storia” della gestione dei rifiuti in Sicilia o della normativa).

Ciò espone il decreto ad una critica di fondo. In esso risulta, infatti, oltremodo difficile (e comunque difficoltoso) “scorgere” (e “trovare”) le norme effettivamente prescrittive (e cioè le prescrizioni immediatamente precettive nei confronti di soggetti determinati) e discernere le parti prescrittive da quelle puramente descrittive, esortative o indicative di semplici direttive o di intenzioni, con conseguente incertezza in ordine alla concreta natura ed efficacia del Piano; ed alla concreta applicabilità e cogenza delle sue “determinazioni”.

17. Urbanistica.

17.1. Destinazione d’uso.

Con parere 25 marzo 2021, n. 475 la sez. I ha affermato che ai sensi dell’art. 8, l. 17 maggio 1983, n. 217, l’Ente locale può prevedere con discrezionalità criteri e modalità per la rimozione del vincolo alberghiero, distinguendo tra le diverse zone del suo territorio e tra le differenti tipologie di strutture, ma non può del tutto trascurare il profilo

legato alla perdita di convenienza economico-produttiva dell'impresa alberghiera introducendo ulteriori presupposti non previsti dalla legge.

Ha ricordato la Sezione che il vincolo alberghiero è stato introdotto con l'articolo unico della l. 24 luglio 1936, n. 1692, di conversione, con modificazioni, del r.d.l. 2 gennaio 1936, n. 274, che vietava l'alienazione o la locazione "per uso diverso da quello alberghiero" (e "...senza la autorizzazione del Ministero per la stampa e la propaganda") degli edifici alla data d'entrata in vigore del r.d.l. "... interamente o prevalentemente destinati ad uso di albergo, pensione o locanda...". In sostanza, la rimozione del vincolo di destinazione, finalizzato a conservare l'offerta turistico-ricettiva, era consentita solo all'esito di un apposito procedimento autorizzatorio.

L'art. 1, d.lgs.lt. 19 marzo 1945, n. 117 ha prorogato l'efficacia della l. n. 1692 del 1936, e quindi il vincolo, "...fino a cinque anni dalla cessazione dello stato di guerra, fermi restando gli effetti degli atti e dei provvedimenti che siano stati presi a termini della legge stessa"; in seguito, il termine è stato ulteriormente prorogato con diversi interventi legislativi sino a quando, con sentenza 8 gennaio 1981 n. 4, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'ultima disposizione di proroga (la l. 28 luglio 1967, n. 628, che prolungava il vincolo sino al 31 dicembre 1968) giacché lasciava inalterato il vincolo alberghiero solo per i vecchi alberghi (risalenti ad epoca precedente al 1936), mentre quelli realizzati successivamente non ne erano gravati, pur essendo mutato il contesto che giustificava la differenziazione tra gli immobili soggetti alla proroga e quelli invece esonerati dal vincolo (sulla ricostruzione storica del vincolo alberghiero si veda Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio 2013, n. 416).

La Corte costituzionale, in particolare, è stata chiamata a pronunciarsi sulle censure mosse dal giudice a quo alla l. 28 luglio 1967, n. 628 (che prolungava il vincolo posto dalla precedente l. n. 358 del 1951) per violazione dell'art. 3, primo comma, Cost., dal momento che le disposizioni di proroga del vincolo hanno, sì, mantenuto in vigore il precedente regime vincolistico, ma in un ambito più ridotto rispetto a quello dell'iniziale applicazione, lasciando ad esso sottoposti solo determinati immobili e risparmiandone altri. Il criterio discrezionale adottato, osserva il giudice a quo, era giustificato nel momento in cui è stato sancito dal legislatore, ma con l'evolvere delle circostanze avrebbe perduto il suo razionale fondamento.

La Corte ha chiarito che la discriminazione fra gli immobili destinati ad uso alberghiero risale in verità al precedente art. 26, d.lgs. del Capo provvisorio dello Stato 6 dicembre 1946, n. 424 che, al primo comma, dispone "le norme del decreto legislativo luogotenenziale 19 marzo 1945, n. 117, riguardanti la disponibilità degli immobili destinati ad uso alberghiero non si applicano nei confronti degli immobili che siano destinati ad uso di albergo, pensione o locanda, successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto" e ne spiega il significato: "il legislatore vuole, fin da questo momento, fugare le remore che l'ancora urgente ricostruzione edilizia può incontrare nel nostro settore, per via del regime vincolistico, ripristinato poco prima, con le norme del 1945, in tutto il suo rigore". La norma citata pertanto "rimuove il vincolo, una volta per tutte, con riguardo agli immobili adibiti ad albergo dopo l'entrata in vigore dell'atto legislativo

che la contiene: questa statuizione abolitiva del vincolo - (per il futuro, nel senso testè chiarito) - è, allora, evidentemente presupposta dalla successiva legge di proroga del 1951, là dove, all'art. 1, si fa esplicito riferimento soltanto agli immobili destinati all'uso alberghiero prima della data di pubblicazione del decreto n. 117 del 1945”.

La Corte ha quindi spiegato che il vincolo in definitiva grava di un onere in più gli immobili che avevano in precedenza ricevuto la destinazione prescritta, in ragione del fatto che nel dopoguerra vi era la “necessità di non diminuire le ridotte ed insostituibili attrezzature turistiche allora esistenti. Ma una tale esigenza, pressante per quanto fosse a suo tempo, è venuta affievolendosi, a misura che si è accresciuto ed ammodernato il patrimonio alberghiero; mentre la discriminazione introdotta nel regime vincolistico è troppo a lungo trascorsa da una proroga all'altra, sconfinando oltre il ragionevole esercizio della discrezionalità legislativa”. Ciò posto, la Corte ha concluso nel senso che sussiste la lesione del principio costituzionale di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost..

Dalla pronuncia della Corte costituzionale, la giurisprudenza successiva ha ricavato il principio dell'intrinseca natura temporalmente limitata dei vincoli per l'uso alberghiero di un immobile e il principio che tali vincoli hanno ragione di esistere in funzione di esigenze concrete e sono destinati naturalmente ad affievolirsi.

Come osservato dalla giurisprudenza amministrativa, la posizione della Corte costituzionale è diventata in seguito canone di azione del legislatore. È infatti intervenuta la l. 17 maggio 1983, n. 217 - Legge quadro per il turismo e interventi per il potenziamento e la qualificazione dell'offerta turistica - che ha posto i principi fondamentali in materia, ai quali le Regioni avrebbero dovuto conformarsi nell'esercizio della loro competenza legislativa concorrente.

La legge del 1983 ha previsto la possibilità che le leggi regionali sottopongano a vincolo di destinazione le strutture alberghiere, ai fini della conservazione e della tutela del patrimonio ricettivo e nel perseguimento dell'interesse pubblico dell'utilità sociale, nonché la facoltà dei Comuni di individuare, nell'ambito dei propri strumenti urbanistici, le aree destinate ad attività turistiche e ricettive, determinandone la disciplina di tutela e utilizzazione, in conformità alle disposizioni regionali eventualmente dettate in materia.

In particolare, pur prevedendosi all'art. 8 la possibilità di istituire un vincolo di destinazione per le strutture ricettive, è stata disposta espressamente, al comma 5 del citato articolo, la possibilità di rimozione di detto vincolo, dando incarico alle Regioni, al successivo comma 6, di procedere all'individuazione di criteri e modalità, fermo restando che tale limitazione viene comunque meno, su richiesta del proprietario, solo se è comprovata la non convenienza economico-produttiva della struttura ricettiva e previa restituzione di contributi e agevolazioni pubbliche eventualmente percepiti e opportunamente rivalutati ove lo svincolo avvenga prima della scadenza del finanziamento agevolato.

La previsione del vincolo deriva dalla volontà del legislatore di accordare una tutela prioritaria allo sviluppo del settore turistico, ritenuto strategico per l'economia nazionale, e trova giustificazione nel fatto che occorre evitare di snaturare i tessuti turistico-ricettivi già esistenti – particolarmente importanti per un Paese a vocazione turistica qual

è il nostro – e impedire forme di speculazione derivanti dalla trasformazione delle predette strutture in immobili destinati ad usi abitativi, anche in considerazione del fatto che spesso le strutture ricettive si trovano in luoghi di particolare pregio ambientale, paesaggistico o anche solo turistico.

Tuttavia, l'Amministrazione, pur godendo di ampio potere discrezionale, deve rispettare la norma di legge che, in caso di non convenienza economico-produttiva, permette la rimozione del vincolo, seppure osservando i criteri e le modalità per la rimozione del vincolo fissati dalla legge regionale (art. 8, comma 6, l. n. 217 del 1983).

17.2. Interventi di recupero e di riqualificazione di aree.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana a sezioni riunite, con parere 15 novembre 2021, n. 380 ha affermato che ai fini della tutela essenziale del paesaggio le norme di piano non sono soltanto il metro per la valutazione e per la conformazione dei piani e programmi di governo del territorio e delle relative attività d'esecuzione, come ben evincesi, d'altro canto, proprio dagli artt. 146 e ss., d.lgs. n. 42 del 2004, sulla vigilanza ed i controlli per le vicende inerenti ai beni culturali e del paesaggio; esse costituiscono altresì, perché lo dice l'art. 143, comma 1, lett. g) e h), il metodo per l'individuazione sia degli interventi (di competenza operativa comunque altrui) di recupero e riqualificazione delle aree compromesse o degradate, sia delle misure necessarie per il corretto inserimento, nel contesto paesaggistico, degli interventi di trasformazione del territorio per lo sviluppo sostenibile delle aree coinvolte

18. Agricoltura.

18.1. Quote latte.

Con parere 7 dicembre 2021, n. 1847 la sez. I ha affermato che l'Agea, quale soggetto titolare di funzioni di agente pagatore specificamente disciplinate dal Legislatore, è in grado di far valere il proprio diritto al recupero degli importi indebitamente erogati a decorrere dalla data in cui ha ricevuto la comunicazione da parte della Guardia di Finanza in ordine all'esito dell'accertamento e controllo.

Ha ricordato la Sezione che riguardo al *dies a quo* del termine di prescrizione va prioritariamente considerato il contenuto dell'art. 2935 cod. civ., secondo cui “la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere”.

Il Tar Bari, con sentenza n. 416 del 2021 ha preso posizione sul rilievo da assegnare alla norma speciale, il par. 5 dell'art. 73 del Regolamento CE n. 796/2004, applicabile *ratione temporis*, in base all'art. 80, alle domande di aiuto presentate in riferimento alle campagne dal 1° gennaio 2005, e, ai sensi dell'art. 86 del nuovo Regolamento CE n. 1122/2009, fino a tutto il 2009. Sulla base di quanto previsto dall'art. 73, par. 5, del Regolamento CE n. 796/2004, l'obbligo di restituzione dei contributi comunitari di sostegno all'agricoltura indebitamente percepiti dal produttore non si applica se il periodo intercorso tra la data di pagamento dell'aiuto e quella in cui l'autorità competente ha notificato per la prima volta al beneficiario il carattere indebito del pagamento effettuato è superiore a dieci anni.

Va peraltro considerato un ulteriore aspetto, direttamente incidente sulla individuazione del *dies a quo* del termine di prescrizione. Parte della giurisprudenza (Tar Palermo, sez. II, n. 202 del 2021) ha ritenuto che, qualora la percezione dei contributi sia stata resa possibile da false dichiarazioni contenute nelle relative domande di pagamento, il termine di prescrizione *ex art.* 2935 cod. civ. decorre dalla data in cui il diritto poteva essere fatto valere ovvero sia dalla data in cui la non corrispondenza al vero è stata accertata inconfutabilmente dalla Guardia di Finanza. È dunque solo da tale momento che, ai sensi dell'art. 2935 cod. civ., sarebbe stato possibile fare valere il diritto alla ripetizione dell'indebitato, soggetto alla prescrizione decennale. La medesima sentenza ha condiviso quanto evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue (sez. VIII, 3 ottobre 2019, n. 378), secondo cui, al fine di assicurare l'effettiva ratio dell'obbligo di recupero degli aiuti indebitamente erogati, il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione del predetto recupero "corrisponde, per le irregolarità permanenti o ripetute, al giorno in cui è cessata l'irregolarità".

In termini analoghi, il Consiglio di Stato (sez. III, n. 7546 del 2019), pur non nascondendo alcune perplessità circa la soluzione più fedele alla corrente interpretazione dell'art. 2935 cod. civ., ha confermato il giudizio di primo grado e ha ritenuto infondato "il motivo di appello inteso a censurare la sentenza appellata laddove ha ritenuto di respingere il motivo di ricorso con il quale l'odierno appellante deduceva la prescrizione (parziale, ovvero relativamente alla restituzione dei pagamenti effettuati in epoca antecedente al 27 gennaio 2006) del diritto dell'Amministrazione di ripetere i contributi indebitamente erogati". Nel caso di specie la sentenza appellata aveva infatti osservato che il termine prescrizionale decorre da quando il fatto è stato effettivamente scoperto e l'Amministrazione è stata posta nella condizione di poter esercitare il potere di recupero ovvero sia, nella specie, dalla comunicazione del Nucleo di Polizia Tributaria all'Agea, con cui era stata segnalata all'Agenzia la sentenza penale di condanna emessa dalla Corte d'appello e passata in giudicato.

La Sezione, pur aderendo alle citate ricostruzioni in senso ampio della decorrenza dei termini prescrizionali entro cui Agea può fare valere il proprio diritto al recupero degli importi indebitamente erogati, ha rammentato che, sul tema della decorrenza del termine prescrizionale, secondo la giurisprudenza prevalente (v. *ex multis* Cass. civ., sez. lav., 8 luglio 2009, n. 15991, e da ultimo, Cass. civ., sez. II, ord., 18 ottobre 2018, n. 26269) l'impossibilità di far valere il diritto, alla quale l'art. 2935 cod. civ. attribuisce rilevanza di fatto impeditivo della decorrenza della prescrizione, è solo quella che deriva da cause giuridiche che ostacolano l'esercizio del diritto e non comprende anche gli impedimenti soggettivi o gli ostacoli di mero fatto, per i quali il successivo art. 2941 cod. civ. prevede solo specifiche e tassative ipotesi di sospensione, tra le quali, salva l'ipotesi di dolo prevista dal n. 8 del citato articolo, non rientra l'ignoranza, da parte del titolare, del fatto generatore del suo diritto.

Sussistano elementi di supporto alla decorrenza del termine prescrizionale per fare valere il diritto di Agea al recupero dell'erogazione indebitamente attribuita, dalla data di

comunicazione del rapporto della Guardia di Finanza, quale condizione giuridica condizionante la possibilità di fare valere il credito.

Sul punto merita osservare che Agea costituisce ente pagatore delle erogazioni relative alla politica agricola comune. L'art. 33 (Disposizioni per gli organismi pagatori) del d.lgs. n. 228 del 2001 prevede che i procedimenti per erogazioni da parte degli organismi pagatori riconosciuti di cui all'art. 3, d.lgs. 27 maggio 1999, n. 165, come modificato dall'art. 3, d.lgs. 15 giugno 2000, n. 188, sono sospesi riguardo ai beneficiari nei cui confronti siano pervenute da parte di organismi di accertamento e di controllo, notizie circostanziate di indebite percezioni di erogazioni a carico del bilancio comunitario o nazionale, finché i fatti non siano definitivamente accertati. La disposizione attribuisce, in particolare, uno specifico rilievo alle attività proprie degli organismi di accertamento e di controllo (quale la Guardia di finanza) che risultano costituire le fonti privilegiate da cui l'organismo pagatore (Agea) viene a conoscenza di eventuali cause di sospensione delle erogazioni e, nel caso, procede poi alla restituzione dell'indebito. La disposizione non può che essere intesa quindi – per quanto qui rileva – quale fondamento che configura la possibilità giuridica per Agea di fare valere il proprio credito, in conseguenza dell'accertamento e controllo preliminare di altri organismi, come in questo caso si è verificato con la Guardia di Finanza.

19. Commercio.

La sez. I, con parere 19 luglio 2021, n. 2075, ha dichiarato legittima l'ordinanza con la quale il Sindaco, ai sensi dell'art. 9, l. 26 ottobre 1995, n. 447 limita l'orario di esercizio di un bar per disturbo della quiete pubblica.

Ha chiarito il parere che la legge quadro sull'inquinamento acustico 26 ottobre 1995, n. 447 ha ridefinito il concetto di inquinamento acustico rispetto alla nozione individuata dal precedente d.P.C.M. del 1991. Infatti il legislatore ha voluto estendere la tutela a tutto l'ambiente esterno ed ha dato rilevanza, inoltre, per la prima volta, al disturbo arrecato al riposo e alle attività umane.

In sostanza è stato valutato ogni possibile effetto negativo del rumore, inteso come fenomeno "inquinante", tale cioè, da avere effetti negativi sull'ambiente, alterandone l'equilibrio ed incidendo non soltanto sulle persone, sulla loro salute e sulle loro condizioni di vita, facendo la norma riferimento anche agli ecosistemi, ai beni materiali ed ai monumenti (Cass. pen., sez. III, n. 56430 del 2017).

Per quanto può rilevare il concetto di inquinamento acustico è stato qualificato come "l'introduzione di rumore nell'ambiente abitativo o nell'ambiente esterno tale da provocare fastidio o disturbo al riposo ed alle attività umane", sancendo espressamente che esso concreta (in ogni caso) "un pericolo per la salute umana" (art. 2, comma 1, lettera a).

Ciò premesso, le censure sopra dette non possono essere accolte.

Il parere ha condiviso l'orientamento della prevalente giurisprudenza dei giudici amministrativi secondo cui la quiete pubblica - intesa come limite di compatibilità delle emissioni sonore, prodotte da una fonte determinata, con uno specifico ambito territoriale,

in relazioni alle caratteristiche di questo, secondo un criterio di media tollerabilità - costituisce un bene collettivo, il quale si va facendo vieppiù scarso, rispetto al passato, anche nelle ore notturne: e poiché questo è il periodo della giornata che la massima parte della popolazione dedica al riposo, è evidente che, con l'incremento dei rumori sono aumentati disagi fisici e psicologici che, non di rado, sfociano in malattie vere e proprie. La quiete costituisce, dunque, una condizione necessaria affinché sia garantita la salute, che deve essere tutelata "come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività" (art. 32 Cost.) dagli enti pubblici competenti, tra cui certamente i Comuni: e se questi ne hanno il dovere, i cittadini hanno a loro volta un interesse, variamente azionabile, a che le Amministrazioni reprimano quei comportamenti che pregiudicano la quiete pubblica e, per la conseguenza, la salute di un numero indeterminato di persone. Il diritto alla quiete, come espressione del diritto alla salute psicofisica, prevale certamente sugli interessi economici di quanti costituiscano la causa diretta od indiretta del disturbo, svolgendo un'attività economica di cui essi soli percepiscono i proventi, riversandone viceversa sulla collettività circostante i pregiudizi. In questo contesto la disposizione di cui all'art. 9, l. n. 447 del 1995 non può essere riduttivamente intesa come una mera (e, quindi, pleonastica) riproduzione, nell'ambito della normativa di settore in tema di tutela dall'inquinamento acustico, del generale potere di ordinanza contingibile ed urgente tradizionalmente riconosciuto dal nostro ordinamento giuridico al sindaco (quale ufficiale di Governo) in materia di sanità ed igiene pubblica, ma invece la stessa deve essere logicamente e sistematicamente interpretata nel particolare significato che assume all'interno di una normativa dettata - in attuazione, come detto, del principio di tutela della salute dei cittadini previsto dall'art. 32 Cost. - allo scopo primario di realizzare un efficace contrasto al fenomeno dell'inquinamento acustico. Conseguentemente l'utilizzo del particolare potere di ordinanza contingibile ed urgente delineato dall'art. 9, l. n. 447 del 1995, deve ritenersi ("normalmente") consentito allorquando gli appositi accertamenti tecnici effettuati dalle competenti agenzie regionali di protezione ambientale rivelino la presenza di un fenomeno di inquinamento acustico, tenuto conto sia che quest'ultimo - ontologicamente (per esplicita previsione dell'art. 2 della stessa l. n. 447 del 1995) - rappresenta una minaccia per la salute pubblica, sia che la legge quadro sull'inquinamento acustico non configuri alcun potere di intervento amministrativo "ordinario" che consenta di ottenere il risultato dell'immediato abbattimento delle emissioni sonore inquinanti.

Tale orientamento è stato confermato da questo Consiglio di Stato che ha ritenuto che il potere di cui all'art. 9, l. n. 447 del 1995 non va riduttivamente ricondotto al generale potere di ordinanza contingibile ed urgente in materia di sanità ed igiene pubblica, dovendo piuttosto essere qualificato quale ordinario rimedio in tema di inquinamento acustico; ciò perché, in assenza di altri strumenti a disposizione delle amministrazioni comunali, la presenza di una accertata situazione di inquinamento acustico rappresenta di per sé una minaccia per la salute pubblica. Mentre quella riconosciuta dal codice civile al privato interessato di adire l'Autorità giudiziaria ordinaria per far cessare le immissioni dannose che eccedano la normale tollerabilità è una mera facoltà, il potere del Sindaco

di emanare l'ordinanza *ex art. 9, l. n. 447 del 1995* è un dovere connesso all'esercizio delle sue pubbliche funzioni, al quale non può sottrarsi (anche se è lesa un solo soggetto) spogliandosi del potere, di valore pubblicistico, di reprimere l'inquinamento acustico e attribuendolo al privato, cui il codice civile riconosce la facoltà di esercitare il diritto a non subire le emissioni dannose e non il dovere, se eccedenti i valori massimi consentiti. Le facoltà concesse al privato dall'art. 844 cod. civ. e i doveri della Pubblica amministrazione previsti dalla normativa in materia di attività produttive, là dove fissa le modalità di rilevamento dei rumori ed i limiti massimi di tollerabilità, hanno finalità e campi di applicazione distinti, atteso che la norma civilistica tutela il diritto di proprietà ed è finalizzata a disciplinare i rapporti di natura patrimoniale tra i privati proprietari di fondi vicini, mentre l'altra normativa ha carattere pubblicistico, dal momento che persegue finalità di interesse pubblico ed è volta a regolare i rapporti tra i privati e la Pubblica amministrazione. In siffatto contesto normativo, l'accertata presenza di un fenomeno di inquinamento acustico (pur se non coinvolgente l'intera collettività) appare sufficiente a concretare l'eccezionale ed urgente necessità di intervenire a tutela della salute pubblica con l'efficace strumento previsto (soltanto) dall'art. 9, comma 1, della citata l. n. 447 del 1995.

Per quanto concerne il presupposto dell'urgenza, è necessaria e sufficiente la sussistenza e l'attualità del pericolo, non rilevando che la situazione fosse nota da tempo come asserisce la ricorrente; in sostanza la preesistenza di una situazione di urgenza non esclude l'attualità del pericolo. Ciò che rileva è l'effettiva esistenza di una situazione di pericolo imminente al momento di adozione dell'ordinanza.

Con parere n. 1438 del 13 settembre 2021 la sez. I ha pronunciato sulla disciplina dell'esercizio dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande nella Regione Veneto, con particolare riferimento al servizio di *catering*.

La Sezione è stata chiamata a valutare se il tratto distintivo del *catering* rispetto alla somministrazione ordinaria di alimenti e bevande (ristorazione) sia in alternativa: a) l'effettuazione del servizio in luogo diverso dai locali di produzione degli alimenti o da locali a essi attigui, unitamente alla individuazione di una collettività predefinita *ex ante* quale beneficiaria del servizio; b) la sola individuazione di una collettività o gruppo predefiniti *ex ante*, con svolgimento del servizio in luogo non aperto al pubblico in quanto riservato ai soli soggetti individuati dal committente. Nel secondo caso sarebbe consentita l'attività di *catering* anche qualora il committente indichi quale proprio domicilio per lo svolgimento delle attività di suo interesse un locale nella disponibilità del soggetto che fornisce il servizio di *catering*. La Sezione ha ritenuto di precisare che la delimitazione è tutt'altro che agevole o netta, nella ricerca di un punto di equilibrio che, secondo la legge, componga le esigenze sanitarie e di sicurezza con quelle della libera iniziativa economica privata.

Si consideri poi che il divieto della fornitura del *catering* presso locali nella disponibilità del soggetto fornitore del servizio, ove prescelto dal committente, non è previsto dalla legge regionale del Veneto né risulta ragionevole o imposto da un'inferenza logica conseguente alle espresse disposizioni legislative. Neppure, in fatto, l'utilizzazione di un

diverso locale scelto dal committente offre necessariamente maggiori garanzie quanto alla tutela della salute e alla qualità dei servizi. In definitiva non pare supportato da solide ragioni, testuali o logiche, la scelta di consentire al committente di scegliere liberamente il luogo in cui fruire del servizio di *catering*, con la sola eccezione dei locali nella disponibilità di chi fornisce il servizio.

L'elemento distintivo rispetto alla somministrazione di alimenti e bevande di cui all'art. 3, comma 1, lettera a), l. reg. Veneto n. 29 del 2007 è uno: l'essere tale servizio rivolto esclusivamente al consumatore stesso, ai familiari e alle persone da lui invitate, secondo la specifica e distinta definizione contenuta nel medesimo art. 3, comma 1, lettera e). Si aggiunga che in tal modo è privilegiata un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 41 Cost. e del principio della libertà dell'iniziativa economica privata. La Sezione è peraltro consapevole del fatto che, al fine di evitare che abbiano a verificarsi fenomeni elusivi tali da presentare come catering attività in realtà poste in essere con i caratteri sostanziali propri della somministrazione di alimenti e bevande tout court, ci si debba attenere scrupolosamente al precetto contenuto nella stessa legge regionale, laddove, all'art. 3, comma 1, lettera h), individua con adeguata precisione il domicilio del consumatore. Esso consiste nella privata dimora del consumatore/committente, nonché nel luogo in cui egli/ella si trova per motivi di lavoro o di studio o per lo svolgimento di cerimonie, convegni e attività similari. L'attività di *catering* deve quindi essere riconducibile a tali categorie. La corrispondenza tra la situazione di fatto e le astratte fattispecie legislative non potrà di conseguenza che essere oggetto di puntuale scrutinio.

20. Contributi e finanziamenti.

La sez. I, con parere 17 agosto 2021, n. 1408 ha affermato che i benefici erogati a carico del Fondo di solidarietà civile di cui all'art. 2-*bis*, d.l. n. 187 del 2010 in favore delle vittime di reati commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive ovvero di manifestazioni di diversa natura, non possono essere cumulabili con le provvidenze erogate in favore delle vittime del dovere di cui all'art. 3, l. n. 466 del 1980, ivi comprese quelle previste dall'art. 82, l. n. 388 del 2000.

Ha affermato che l'art. 2-*bis*, d.l. n. 187 del 2010 ha istituito presso il Ministero dell'Interno il Fondo di solidarietà civile in favore delle vittime di reati commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive ovvero di manifestazioni di diversa natura; tale strumento ha la finalità di assicurare un sicuro ristoro in favore dei soggetti che non hanno ricevuto alcuna forma di risarcimento direttamente dal responsabile del fatto illecito.

Ha ricordato la Sezione che in giurisprudenza è stata discussa l'operatività della *compensatio lucri cum damno* in presenza di un fatto illecito da cui sono scaturiti benefici cosiddetti collaterali, ossia benefici provenienti da assicurazione, previdenza sociale, ecc.

In questo caso, accanto al rapporto tra il danneggiato e chi è chiamato a rispondere civilmente dell'evento dannoso, si profila un rapporto tra lo stesso danneggiato e un soggetto diverso (a sua volta) obbligato, per legge o per contratto, a erogare al primo un beneficio collaterale. Si rende necessario stabilire se l'incremento patrimoniale realizzatosi in connessione con l'evento dannoso per effetto del beneficio collaterale, avente un

proprio titolo e una relazione causale con un diverso soggetto tenuto per legge o per contratto a erogare quella provvidenza, debba restare nel patrimonio del danneggiato, accumulandosi con il risarcimento del danno, o debba essere considerato ai fini della corrispondente diminuzione dell'ammontare del risarcimento.

Secondo un primo orientamento, alle fattispecie rientranti in questa categoria non è applicabile la regola della compensazione tra indennizzo e risarcimento, ma piuttosto quella del cumulo. Si afferma che la diversità dei titoli delle obbligazioni e dei relativi rapporti giuridici sottostanti costituisce un'ideale causa giustificativa delle differenti attribuzioni patrimoniali e, conseguentemente, la condotta illecita rappresenta non la causa dell'indennità a vario titolo corrisposta, ma la mera occasione di essa. Sul piano funzionale non vi sono sovra-compensazioni economiche, proprio perché la diversità delle ragioni giustificative delle attribuzioni patrimoniali impedisce di assegnare valenza punitiva al risarcimento del danno (cfr. Cass. civ., sez. III, n. 20548 del 2014; id. n. 4950 del 2010; Cons. Stato, Ad. Plen., n. 14 del 1985; id. n. 5 del 2009).

Un secondo orientamento ritiene, invece, che anche in questi casi debba applicarsi la regola della *compensatio*. In particolare, sul piano strutturale, si afferma che la diversità dei titoli non giustifica l'esito cui perviene l'opposto indirizzo interpretativo, in quanto ciò che rileva è che la condotta (e non il titolo) sia unica e che essa costituisca la "causa" sia del risarcimento del danno sia dell'attribuzione di somme finalizzate a reintegrare il patrimonio leso. Sul piano funzionale, ammettendo il cumulo e non la *compensatio*, si assegna una funzione sovracompensativa al risarcimento del danno.

Questi aspetti sarebbero resi ancora più complessi dal meccanismo della surrogazione prevista dall'art. 1916 cod. civ. e dalla legislazione speciale. Il danneggiante, infatti, potrebbe essere costretto a corrispondere la medesima somma, una prima volta, al danneggiato e, una seconda volta, al soggetto o ente che ha corrisposto l'indennità alla parte danneggiata, a seguito della successione dell'ente nel rapporto obbligatorio facente capo al danneggiato.

Si verrebbe così ad attribuire – sul presupposto che i benefici collaterali corrisposti non abbiano valenza autonoma giustificativa delle relative attribuzioni patrimoniali – una funzione punitiva al risarcimento del danno in mancanza di una espressa previsione di legge che lo consenta. L'unica possibilità per evitare questo risultato sarebbe quello di ritenere che non operi la surrogazione. Ma tale esito sarebbe contraddittorio in presenza di norme imperative che la contemplano e che non potrebbero essere derogate con atto di autonomia delle parti (Cass. civ., sez. III, n. 6573 del 2013; id., sez. I, n. 9978 del 2016).

La questione relativa all'applicazione del principio della compensazione in presenza di benefici collaterali è stata recentemente sottoposta all'attenzione tanto dell'Adunanza plenaria quanto delle Sezioni Unite.

L'Adunanza Plenaria ha affermato che "la presenza di un'unica condotta responsabile, che fa sorgere due obbligazioni da atto illecito in capo al medesimo soggetto derivanti da titoli diversi aventi la medesima finalità compensativa del pregiudizio subito dallo stesso bene giuridico protetto, determina la costituzione di un rapporto obbligatorio

sostanzialmente unitario che giustifica, in applicazione della regola della causalità giuridica e in coerenza con la funzione compensativa e non punitiva della responsabilità, il divieto del cumulo con conseguente necessità di detrarre dalla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno contrattuale quella corrisposta a titolo indennitario” (Cons. Stato, Ad. plen., n. 1 del 2018).

Le Sezioni Unite (n. 12564 del 2018; n. 12565 del 2018; n. 12566 del 2018; n. 12567 del 2018), dal canto loro, investite in particolare di quattro problematiche, prendono come riferimento l’orientamento emerso in seno alla dottrina civilistica europea. Infatti, sia i *Principles of European Tort Law*, all’art. 10.103, che il *Draft Common Frame of Reference*, all’art. 6.103 del Libro VI, prevedono che, nel determinare l’ammontare dei danni, i vantaggi ottenuti dal danneggiato a causa dell’evento dannoso devono essere presi in considerazione, salvo che ciò non sia inconciliabile con lo scopo dei vantaggi. In sintesi, in entrambi i testi normativi, in ossequio al c.d. principio dell’indifferenza, emerge l’invito ad accertare il danno ed il vantaggio che di volta in volta viene in rilievo, in vista di una ragionevole ed equilibrata applicazione del meccanismo compensativo.

Pur con le distinzioni delle singole questioni in concreto esaminate, quale principio di diritto, la Corte di Cassazione statuisce che, ai fini dell’individuazione del vantaggio computabile, occorre verificare che tale vantaggio sia causalmente giustificato in funzione di rimozione dell’effetto lesivo dell’illecito; deve sussistere, cioè, un collegamento funzionale tra la causa dell’attribuzione patrimoniale e l’obbligazione risarcitoria. Ne consegue che l’attribuzione patrimoniale collaterale erogata in funzione di risarcimento del pregiudizio subito in conseguenza del verificarsi dell’evento, soddisfa, neutralizzandola in tutto o in parte, la medesima perdita al cui integrale ristoro mira la disciplina della responsabilità risarcitoria del terzo autore del fatto illecito.

A supporto di detta indagine rilevano, altresì, meccanismi di surrogazione o rivalsa esistenti nell’ordinamento, in quanto consentono di stabilire l’effettiva incidenza del risarcimento, nonché di evitare che l’autore dell’illecito possa in qualche modo alleggerire la propria posizione obbligatoria, mediante il riconoscimento del ‘diffalco’ della posta erogata al soggetto leso da parte di un terzo, estraneo al fatto.

Dopo una lunga evoluzione della giurisprudenza, questi criteri siano ormai pacifici e che, ad oggi, affinché il vantaggio patrimoniale sia computabile all’atto della liquidazione del danno occorre accertare, caso per caso: a) il nesso di causalità tra il fatto illecito e il beneficio, in base al quale danno e vantaggio devono essere eziologicamente collegati all’illecito; b) che tale vantaggio sia causalmente giustificato in funzione di rimozione dell’effetto lesivo dell’illecito, cioè che abbia funzione analoga a quella risarcitoria; c) la presenza di meccanismi di surrogazione o rivalsa esistenti nell’ordinamento.

Ha aggiunto la Sezione che, coerentemente alla natura indennitaria delle predette elargizioni, la somma riconosciuta non necessariamente dovrà coprire l’intero danno patito dalla vittima. Sotto tale ultimo aspetto è sufficiente considerare che il regolamento – dopo aver introdotto la regola generale per cui “si provvede attraverso elargizioni ed interventi di solidarietà civile in misura dell’intero ammontare del danno subito e riconosciuto in sede giudiziaria” (art. 8, comma 2, d.m. cit.) – stabilisce, per un verso, un

tetto massimo dell'elargizione (pari a tre milioni di euro) e poi prevede la possibilità di ridurre la somma corrisposta qualora la capienza del fondo sia insufficiente (art. 8, comma 3, d.m. cit.).

La possibilità, dunque, di discostarsi dall'entità del pregiudizio effettivamente patito è chiaro indice della natura indennitaria del beneficio di cui si discorre.

Una volta riconosciuta la natura indennitaria della somma prevista dalla disciplina in esame, alla luce della ricostruzione prima operata, si comprende agevolmente che tale indennità non potrà essere cumulata col risarcimento dei danni corrisposto da chi ha commesso il fatto illecito.

La conclusione ora raggiunta è, in primo luogo, coerente con l'evoluzione della giurisprudenza civile che, come prima riferito, ha escluso il cumulo tra indennizzo e risarcimento.

In secondo luogo, anche sulla scia interpretativa delle sentenze da ultimo richiamate, l'esclusione del cumulo si ricava agevolmente dall'art. 16, d.m. cit., ove è prevista la surrogazione del fondo ("Il Fondo è surrogato, quanto alle somme corrisposte agli aventi titolo, nei diritti della parte civile o dell'attore verso il soggetto condannato al risarcimento del danno, anche attraverso la gestione del Fondo, ai sensi dell'art. 9, comma 2"). Poiché la legge (art. 2 *bis*, comma 5, d.l. n. 187 del 2010) e il regolamento (art. 16, d.m. n. 162 del 2013) hanno previsto la possibilità per il Fondo che ha corrisposto l'indennizzo di surrogarsi nella posizione della vittima dell'illecito verso il condannato al risarcimento del danno, emerge con chiarezza che non è possibile il cumulo tra risarcimento e indennizzo. Ed invero, ragionando diversamente, potrebbe accadere che la vittima ottenga sia il risarcimento dall'autore dell'illecito sia l'indennizzo dal Fondo e che il Fondo poi agisca nei confronti dell'autore dell'illecito in surrogazione. Si creerebbero così ben due inconvenienti: 1) in violazione del principio dell'indifferenza la vittima si arricchirebbe perché otterrebbe una somma maggiore rispetto al danno patito; 2) l'autore del reato, per contro, sarebbe costretto a pagare due volte, una prima volta alla vittima dell'illecito e una seconda volta al Fondo.

Risulta dunque perfettamente coerente con il sistema quanto stabilito dall'art. 6, comma 1, d.m. cit. ove si esclude la cumulabilità tra risarcimento e indennizzo.

Ha aggiunto la Sezione che il termine stabilito dall'art. 18, d.m. n. 162 del 2013 – che disciplina il regime transitorio relativo alle situazioni riferibili a sentenze passate in giudicato nel periodo compreso tra l'entrata in vigore della l. n. 217 del 2010, di conversione del d.l. n. 187 del 2010, e la data di entrata in vigore del d.m. n. 162 del 2013 – ha natura perentoria e, superato il predetto termine, si incorre nell'inaffidabilità della domanda. A tale conclusione si arriva per una serie di ragioni.

In primo luogo, diversamente ragionando, vi sarebbe una vistosa incoerenza del sistema che, a regime, prevede un termine perentorio mentre contempla un termine di tipo ordinario per le fattispecie più antiche, disciplinate, come testimoniato dalla rubrica dell'art. 18, in via transitoria. Detto in altro modo, sarebbe ben strana una disciplina che stabilisca pacificamente un termine di decadenza di tre mesi all'art. 10 e contemporaneamente lasci all'ordinario termine di prescrizione decennale l'istanza proposta con

riferimento a fattispecie rientranti nella disciplina transitoria e, come tali, certamente più antiche.

In secondo luogo, la differente utilizzazione del verbo essere o potere non può considerarsi decisiva, atteso il fatto che sovente il legislatore utilizza il verbo potere per esprimere una facoltà di libera scelta lasciata all'interessato, senza che però da questo ne scaturisca l'inesistenza di un termine entro il quale compiere quella attività. In altri termini, il soggetto è libero di compiere o meno quell'atto – nel caso oggetto di studio se presentare o meno l'istanza, se chiedere altri benefici o se insistere per il risarcimento del danno – ma ciò non significa che può decidere di presentarla quando meglio crede. In terzo luogo, va ricordato che per comprendere se un termine ha natura perentoria o ordinatoria è necessario fare riferimento agli scopi perseguiti dalla legge (“per attribuire il carattere perentorio ad un termine fissato dal legislatore, non è necessario rinvenire un'esplicita previsione al riguardo, potendosi attribuire tale carattere anche in considerazione degli scopi perseguiti dalla legge”, Cons. Stato, sez. VI, n. 1139 del 1999) nonché alla connessione della perentorietà a “concrete ragioni di carattere organizzativo della Pubblica amministrazione”.

È necessario tener conto dunque che, nel quesito in esame, si discute di una norma di diritto transitorio, la cui finalità è quella di garantire la certezza delle posizioni giuridiche sorte nel periodo compreso tra l'entrata in vigore della l. n. 217 del 2010 e la data di entrata in vigore del d.m. n. 162 del 2013. Tale certezza verrebbe meno laddove il termine di tre mesi fosse inteso come ordinatorio; proprio per questo motivo la norma sottende una decadenza nei casi di presentazione tardiva della domanda, con la conseguenza che il soggetto interessato non può più azionare il diritto riconosciuto dall'art. 18 cit.

21. Sanità.

La sez. I, con parere 11 agosto 2021, n. 1397 ha giudicato illegittimo il Regolamento per l'accesso ai servizi sociali del Comune di Varese che, in sede di disciplina delle prestazioni erogate a favore di persone con disabilità grave inserite presso un centro diurno disabili, introduce la previsione della compartecipazione al costo di tale servizio, fissando una quota di base pur in presenza di un Isee nullo.

Ha ricordato il parere – richiamando precedenti in termini, anche delle sezioni giurisdizionali (sez. III, 13 novembre 2018, n. 6371; id. 27 novembre 2018, n. 6708) - che tale previsione si pone in contrasto con la disciplina di riferimento sopra richiamata l'opzione di una contribuzione fissa, totalmente svincolata dal parametro vincolante dell'indicatore Isee. Inoltre, viene nuovamente assegnato un improprio e discriminante rilievo selettivo alla percezione di emolumenti (pensione di invalidità ovvero indennità di accompagnamento) che, tanto in ragione delle indicate sentenze di questo Consiglio, che per le successive modifiche normative, avrebbero dovuto essere considerati normativamente “protetti” e, dunque, con valenza neutra tanto ai fini dell'Isee che, in via consequenziale, nella definizione della capacità contributiva degli utenti disabili.

Ragionando diversamente vi sarebbe un contrasto con le previsioni degli artt. 32, 38 e 53 Cost. e dell'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti delle persone con disabilità, che assicurano la tutela assistenziale ad ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto di mezzi necessari per vivere.

Tutto ciò affermato, non va sottaciuta la necessità – in modo condivisibile evidenziata dal comune di Varese nelle sue deduzioni – di contemperare l'accesso alle prestazioni con la sostenibilità finanziaria delle stesse. La Sezione, pur condividendo tale ultimo principio, precisa tuttavia che il “giusto punto di equilibrio” debba trovarsi con soluzioni – appartenenti alla sfera della discrezionalità amministrativa – che siano rispettose del delineato quadro.

Quanto al ruolo della famiglia, reputa la Sezione che nell'azione amministrativa debbano essere rispettati i principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza 14 gennaio 2016, n. 2: “È, infatti, del tutto evidente che la garanzia costituzionale del ‘diritto al mantenimento e all'assistenza sociale’ presuppone che la persona disabile sia ‘sprovvista dei mezzi necessari per vivere’ e che l'accertamento di questa condizione di effettiva indigenza possa richiedere anche una valutazione delle condizioni economiche dei soggetti tenuti all'obbligo alimentare. Ove così non fosse, verrebbero, d'altra parte, a poter irragionevolmente godere dello stesso trattamento di assistenza e di mantenimento, con conseguente identico carico finanziario e sociale, tanto le persone con disabilità individualmente e ‘familiarmente’ non abbienti, quanto quelle prive di reddito ma concretamente assistite o anche potenzialmente assistibili da familiari con consistenti possibilità economico-patrimoniali”.

Il modo in cui ciò dovrà avvenire naturalmente non può essere stabilito in questa sede, spettando ancora una volta alla scelta discrezionale dell'amministrazione previa esauriente istruttoria. L'amministrazione, nell'individuare la disciplina da applicare, potrà/dovrà dunque valorizzare il nucleo familiare di riferimento, se esistente, ma in maniera più precisa rispetto a quanto sino ad ora fatto. Detto in altri termini, in prima battuta, innanzi ad un indicatore Isee del disabile pari a zero non può essere automaticamente prevista una contribuzione di tipo fisso.

Fermo il rispetto di tale ultimo principio, potrà essere riconosciuto un “peso” al nucleo familiare del disabile ma ogni variazione, ogni deroga e ogni scostamento andranno meglio calibrati nei futuri atti dell'amministrazione, rispetto a quanto sino ad ora avvenuto, con regole ben più calzanti, complete e oggettive, rispetto a quella, citata nella memoria del comune, che molto discrezionalmente prevede, troppo genericamente, la “possibilità di ottenere ulteriori riduzioni della contribuzione, se non addirittura l'esenzione totale”.

22. Pubblico impiego.

22.1. Corresponsione dell'indennità di amministrazione ai dipendenti in posizione di distacco, comando o altri istituti similari presso la Corte dei Conti.

La sez. I, con parere 4 agosto 2021, n. 1376 ha affermato che la corresponsione dell'indennità di amministrazione ai dipendenti pubblici, di ogni ordine e grado, ovvero ai

dipendenti di enti pubblici economici e società *in house* in posizione di distacco, comando o altri istituti simili presso la Corte dei Conti.

Nell'occasione la Sezione ha escluso la possibilità di richiedere pareri facoltativi su materie o fattispecie per le quali già siano pendenti o in corso di attivazione controversie giurisdizionali; in presenza di contrasti interpretativi già insorti, la richiesta di parere è inammissibile". In tali casi l'esercizio della funzione consultiva potrebbe dar luogo ad indebite ingerenze e sovrapposizioni, che arrecherebbero un vulnus al principio di imparzialità del giudice e di parità fra le parti, sancito a livello costituzionale dall'art. 111, comma secondo, Cost., al fine di garantire il corretto equilibrio istituzionale.

22.2. Riconoscimento della dipendenza delle infermità da causa di servizio.

La sez. I, con parere 8 febbraio 2021, n. 177, ha chiarito che in merito al riconoscimento della dipendenza delle infermità da causa di servizio patite dal dipendente pubblico e della concessione dell'equo indennizzo, ha affermato che le Commissioni mediche si pronunciano in merito alla diagnosi dell'infermità o lesione, comprensiva possibilmente anche dell'esplicazione eziopatogenica, nonché in merito al momento della conoscibilità delle patologie e delle conseguenze sull'integrità fisica, psichica e sensoriale e sull'idoneità al servizio, mentre spetta al Comitato di verifica per le cause di servizio (C.V.C.S.) accertare in via esclusiva la riconducibilità ad attività lavorativa delle cause produttrici di infermità e lesione, in relazione a fatti di servizio e al rapporto causale tra i fatti e l'infermità o lesione. Infine, l'Amministrazione si pronuncia, anche sul solo riconoscimento della dipendenza da causa di servizio, su conforme parere del Comitato, senza possibilità residua di valutazione discrezionale in ordine all'accoglimento dell'istanza.

Ha aggiunto la Sezione che il parere del Comitato è determinante quanto alla verifica della sussistenza della dipendenza della causa di servizio e può essere sindacato dal giudice amministrativo solo se ricorrono i tipici vizi di legittimità della discrezionalità tecnica, quali l'evidente travisamento di fatti, la manifesta illogicità o palese incongruità della motivazione. Il Comitato esprime un giudizio conclusivo, che rappresenta il momento di sintesi e di superiore valutazione dei giudizi espressi da altri organi precedentemente intervenuti, quale la Commissione medica ospedaliera; si tratta in sostanza di un parere di carattere più complesso, sia per la composizione dell'organo, essendo presenti nel Comitato soggetti con professionalità mediche, giuridiche ed amministrative, sia per la più completa istruttoria esperita, non limitata soltanto agli aspetti medicolegali, che assorbe quindi i diversi pareri resi dagli organi intervenuti nel procedimento. Per quanto attiene al sindacato giurisdizionale sulle decisioni dell'Amministrazione che recepiscono il parere del Comitato di verifica per le cause di servizio sulla dipendenza di un'infermità da causa di servizio, tale sindacato è ammesso esclusivamente nell'ipotesi di vizi logici desumibili dalla motivazione degli atti impugnati, dai quali si evidenzia l'innattendibilità metodologica delle conclusioni cui è pervenuta l'Amministrazione stessa, ovvero nelle ipotesi di irragionevolezza manifesta, palese travisamento dei fatti, omessa considerazione di circostanze di fatto, tali da poter incidere sulla valutazione finale, nonché di non correttezza dei criteri tecnici e del procedimento seguito.

La Sezione ha concluso nel senso che affinché possa ritenersi che una vittima del dovere abbia contratto un'infermità in qualunque tipo di servizio, non è sufficiente la semplice dipendenza da causa di servizio, occorrendo che quest'ultima sia legata a particolari condizioni ambientali o operative implicanti l'esistenza, od anche il sopravvenire, di circostanze straordinarie e fatti di servizio che hanno esposto il dipendente a maggiori rischi o fatiche, in rapporto alle ordinarie condizioni di svolgimento dei compiti di istituto, sicché è necessario identificare, caso per caso, nelle circostanze concrete alla base di quanto accaduto all'invalido per servizio, un elemento che comporti l'esistenza od il sopravvenire di un fattore di rischio maggiore rispetto alla normalità di quel particolare compito.

La stessa sez. I, con parere 17 marzo 2021, n. 435 ha affermato che in sede di riconoscimento della infermità come dipendente da causa di servizio, la mancanza di una legge scientifica universalmente valida che stabilisca un nesso diretto fra l'operatività nei contesti caratterizzati dalla presenza di uranio impoverito e l'insorgenza di specifiche patologie tumorali non impedisce il riconoscimento del rapporto causale, posto che la correlazione eziologica, ai fini amministrativi e giudiziari, può basarsi anche su una dimostrazione in termini probabilistico-statistici.

23. Pensione.

La Sezione atti normativi ha reso il parere 25 gennaio 2021, n. 91 ha reso parere favorevole sullo schema di decreto relativo alla adesione alla gestione unitaria delle prestazioni creditizie e sociali, evidenziando la necessità che siano indicate quali norme regolamentari previgenti siano ritenute applicabili e compatibili con le disposizioni dello stesso decreto, così da eludere spazi di incertezza nell'applicazione della disciplina nei riguardi soprattutto dei nuovi soggetti che aderiranno alla Gestione unitaria delle prestazioni creditizie e sociali.

Ha chiarito la Sezione che lo schema di decreto, recante "Adesione alla gestione unitaria delle prestazioni creditizie e sociali", adottato di concerto tra il Ministro del lavoro e il Ministro dell'economia e finanze, dà attuazione all'art. 1, comma 483, l. 27 dicembre 2019, n. 160.

La fonte normativa primaria stabilisce che i pensionati già dipendenti pubblici che fruiscono di trattamento a carico della Gestione speciale di previdenza dei dipendenti dell'amministrazione pubblica, già iscritti all'Inpdap, oggi alla Gestione speciale di previdenza dei dipendenti dell'amministrazione pubblica, amministrata dall'Inps, nonché i dipendenti o pensionati di enti e amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, iscritti ai fini pensionistici presso enti o gestioni previdenziali diverse dalla predetta Gestione speciale di previdenza, che alla data di entrata in vigore della predetta legge non risultano iscritti alla gestione unitaria delle prestazioni creditizie e sociali di cui all'art.1, comma 245, l. 23 dicembre 1996, n. 662, possono aderire alla stessa, previa comunicazione scritta all'Inps della volontà di adesione. La comunicazione della volontà di adesione alla gestione unitaria delle prestazioni creditizie

e sociali deve essere perentoriamente effettuata entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto ed è irrevocabile.

La gestione unitaria delle prestazioni creditizie e sociali è stata istituita, presso l'Inpdap con l'art. 1, comma 245, l. n. 662 del 1996.

La materia è stata disciplinata dapprima con decreto 28 luglio 1998, n. 463, del Ministro del Lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del Tesoro, del bilancio e della programmazione economica (Regolamento recante norme per la gestione unitaria delle prestazioni creditizie e sociali istituita presso l'Inpdap, da adottarsi ai sensi dell'articolo 1, comma 245, l. 23 dicembre 1996, n. 662). A seguito dell'entrata in vigore dell'articolo unico, comma 347, l. 23 dicembre 2005, n. 266, è stato emanato un successivo decreto del Ministro dell'economia e finanze 7 marzo 2007, n. 45, recante "Regolamento di attuazione dell'articolo unico, comma 347, l. 23 dicembre 2005, n. 266" in materia di accesso alle prestazioni creditizie agevolate erogate dall'Inpdap.

A seguito della soppressione dell'Inpdap, ad opera dell'art. 21, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, le relative funzioni sono state attribuite all'Inps.

Ha ricordato la Sezione che la Gestione Unitaria delle prestazioni creditizie e sociali è il fondo a cui sono iscritti obbligatoriamente i dipendenti pubblici afferenti alla Gestione *ex* Inpdap dell'Inps.

Detto fondo è stato definito nel 1996 con l'intento di assicurare il finanziamento delle attività con finalità sociale che non farebbero parte dell'ambito previdenziale dell'Inpdap (ente ormai confluito nell'Inps).

L'iscrizione alla Gestione unitaria delle prestazioni creditizie e sociali permette di fruire di diverse prestazioni creditizie e sociali (formule agevolate di accesso al credito, linee di credito che prevedono l'erogazione di piccolo prestiti, finanziamenti pluriennali, mutui ipotecari, vacanze studio per i giovani, borse di studio anche a livello universitario, interventi assistenziali).

L'accesso alle prestazioni sociali e creditizie è concesso esclusivamente a quanti sono iscritti al suddetto Fondo.

L'iscrizione è obbligatoria per tutti i dipendenti pubblici che appartengono alla Gestione Dipendenti Pubblici (nota anche come Gestione *ex*-Inpdap). La possibilità di iscriversi alla Gestione unitaria è stata estesa, con il d.m. n. 45 del 2007, ai dipendenti e i pensionati delle altre amministrazioni pubbliche.

La scadenza per l'iscrizione volontaria da parte di questi soggetti era fissata al 31 maggio 2008. Di conseguenza, solo i lavoratori pubblici che hanno manifestato entro tale data la volontà di iscrizione alla Gestione unitaria hanno la possibilità di richiedere le prestazioni concesse dal Fondo.

A seguito dell'entrata in vigore della l. 27 dicembre 2019, n.160 ("Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020/2022"), è diventata norma dell'ordinamento giuridico la possibilità, per i dipendenti pubblici e per i pensionati, già dipendenti pubblici, non iscritti alla Gestione unitaria delle prestazioni creditizie e sociali, di aderire alla stessa gestione, caratterizzata dal prelievo dello

0,35% della retribuzione contributiva dei dipendenti pubblici che obbligatoriamente o volontariamente vi aderiscono (così detto “Fondo dello 0,35%”).

La norma primaria ha, in pratica, riaperto i termini di iscrizione al Fondo per coloro che non avevano esercitato il diritto nei termini previsti dal d.m. n. 45 del 2007 (31 maggio 2008) ovvero, se dipendenti o pensionati assunti o cessati dopo il 31 maggio 2008, entro i termini stabiliti dalle disposizioni emanate dall'Istituto.

Essa prevede l'adozione, entro novanta giorni dall'entrata in vigore della Legge di Bilancio, quindi entro il 30 marzo 2020, di un decreto ministeriale, adottato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'economie e finanze, con il quale definire le disposizioni attuative della nuova norma.

Solo in seguito all'adozione del regolamento interministeriale, i lavoratori del pubblico impiego, nonché i pensionati ex dipendenti pubblici non iscritti alla Gestione unitaria delle prestazioni creditizie e sociali, potranno aderire alla Gestione, con adesione irrevocabile, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto, con una comunicazione scritta indirizzata all'INPS secondo le forme e le modalità sancite nello stesso provvedimento ministeriale, e quindi attivare tutte le possibilità in termini di prestazioni, prestazioni di welfare e credito, che il Fondo offre.

La Sezione, con riferimento alle scelte operate dal ministero, non ha mosso rilievi di carattere generale.

Tuttavia, con riferimento alla formulazione delle singole disposizioni, essa osserva che il decreto in esame ripropone sostanzialmente le norme contenute nella fonte normativa primaria cui dà attuazione, limitandosi per il resto, a fare rinvio “Per quanto applicabili e compatibili con le disposizioni di cui al presente decreto [...] alle disposizioni di cui al decreto 28 luglio 1998, n. 463, del Ministro del Lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del Tesoro, del bilancio e della programmazione economica e al decreto 7 marzo 2007, n. 45 del Ministro dell'Economia e delle finanze”.

Senonché, nella relazione illustrativa di accompagnamento al decreto si legge che “[...] si è provveduto a predisporre un nuovo regolamento recante “Adesione alla gestione unitaria delle prestazioni creditizie e sociali di cui all'art. 1, comma 245, l. 23 dicembre 1996, n. 662”.

La Sezione ha affermato che, sotto il profilo della tecnica legislativa, il decreto non pare perseguire lo scopo preannunciato (“predisporre un nuovo regolamento”), poiché interviene sulla materia con un terzo regolamento che si aggiunge ai decreti 28 luglio 1998, n. 463 e 7 marzo 2007, n. 45, mediante rinvii statici ai primi due utilizzando una formula (in termini: “per quanto applicabili e compatibili con le disposizioni di cui al presente decreto”) alquanto generica, possibile fonte di dubbi quanto alla disciplina in concreto applicabile, tale cioè da ingenerare incertezze nei destinatari nonché difficoltà di coordinamento sistematico e di organicità della disciplina anche per gli stessi operatori del settore, laddove la funzione precipua del regolamento dovrebbe essere quella di apportare chiarezza e semplificazione nel campo normativo.

La Sezione ha quindi ritenuto opportuno che il Ministero chiarisca nel decreto, in modo più stringente, quali norme regolamentari previgenti lo stesso reputi “applicabili e compatibili con le disposizioni di cui al presente decreto”, così da eludere spazi di incertezza nell’applicazione della disciplina nei riguardi soprattutto dei nuovi soggetti che aderiranno alla Gestione.

24. Pubblica istruzione.

24.1. Concorso straordinario per abilitazione.

Con parere 18 giugno 2021, n. 1066 la sez. I ha affermato che l’attività svolta durante i tre anni del corso di dottorato di ricerca non vale come servizio per partecipare al concorso.

Ha chiarito il parere che il d.l. 29 ottobre 2019, n. 126, come convertito dalla l. 20 dicembre 2019, n. 159, costituisce una legge provvedimento. Come è noto, la costante giurisprudenza qualifica tali le leggi che contengono disposizioni dirette a destinatari determinati o che incidono su un numero determinato e limitato di destinatari, che hanno un contenuto particolare e concreto ovvero comportano l’attrazione alla sfera legislativa della disciplina di oggetti o materie normalmente affidati all’autorità amministrativa. La Corte costituzionale (cfr. sent. n. 85 del 2013) ha chiarito che la legge provvedimento non è di per sé in contrasto con l’assetto di poteri stabilito dalla Costituzione, in quanto nessuna disposizione costituzionale comporta una riserva agli organi amministrativi o esecutivi degli atti a contenuto particolare e concreto. Peraltro, per i soggetti lesi da tali disposizioni normative, poiché la forma di tutela segue la natura giuridica dell’atto contestato, i diritti di difesa si trasferiscono dalla giurisdizione amministrativa alla giustizia costituzionale, trovando la protezione del privato riconoscimento attraverso il sindacato costituzionale di ragionevolezza della legge (cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2014, n. 5831). In relazione ai profili di incostituzionalità sollevati avverso le disposizioni normative dell’art. 1, d.l. n. 126 del 2019, per violazione degli artt. 97, 51, 34 e 3 Cost., manifestamente infondate, va rimarcata la natura straordinaria e riservata della procedura concorsuale in esame. Tale natura è chiaramente esplicitata dallo stesso testo normativo, introdotto dal d.l. n. 126 del 2019. Il suo preambolo pone, infatti, a giustificazione della misura adottata, “la straordinaria necessità ed urgenza di introdurre misure per assicurare la stabilità dell’insegnamento nelle istituzioni scolastiche, porre rimedio alla grave carenza di personale di ruolo nelle scuole statali e ridurre il ricorso a contratti a termine”. Il concorso è, poi, espressamente definito dal legislatore come “straordinario”, laddove all’articolo 1, comma 1, si legge che “Il Ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca è autorizzato a bandire, contestualmente al concorso ordinario per titoli ed esami di cui all’art. 17, comma 2, lettera d), d.lgs. 13 aprile 2017, n. 59, entro il 30 aprile 2020, una procedura straordinaria per titoli ed esami per docenti della scuola secondaria di primo e di secondo grado, finalizzata all’immissione in ruolo nei limiti di cui ai commi 2, 3 e 4 del presente articolo. La procedura è, altresì, finalizzata all’abilitazione all’insegnamento nella scuola secondaria, alle condizioni previste dal presente articolo”. Ciò posto, la Sezione ritiene che la tale procedura, pur se derogatoria

alla regola ordinaria del pubblico concorso, non violi l'art. 97 Cost. né il diritto al lavoro dei ricorrenti. Va, in proposito, ricordato che la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che, seppur la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del concorso pubblico è rigorosamente limitata, in alcuni casi determinate deroghe devono essere considerate legittime “quando siano funzionali esse stesse alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle” (Corte cost. 10 novembre 2011, n. 299). Dalla recente sentenza della Corte cost. n. 106 del 2 maggio 2019, resa in una fattispecie relativa ad un concorso straordinario per dirigenti scolastici, si desume, poi, che le norme che prevedono concorsi straordinari del tipo di quello oggetto della presente controversia sono in linea di principio conformi a Costituzione nel momento in cui sono emanate per garantire il buon andamento dell'amministrazione, sopperendo alle carenze di organico e per dare certezza ai rapporti giuridici, superando il precariato; esse, infatti, in tal caso operano una compromissione definita “non irragionevole” del diritto di accesso al pubblico impiego e del principio del pubblico concorso. Orbene, nella vicenda in esame le suddette esigenze di interesse pubblico sussistono certamente, considerandosi che il concorso tende all'assorbimento del precariato, a garantire stabilità nell'insegnamento e a ridurre il ricorso ai contratti a termine.

24.2. Concorso straordinario per immissione in ruolo.

La sez. I, con il parere 18 giugno 2021, n. 1062 ha rilevato che il servizio svolto senza specializzazione su posti di sostegno non integra l'annualità di servizio specifico per partecipare al concorso su posto comune.

Ha chiarito il parere che l'aver prestato servizio su di un posto di sostegno è situazione in termini essenziali diversa rispetto all'aver prestato servizio su di un posto comune. Il diverso trattamento riservato a tali servizi dal legislatore non configura, dunque, una discriminazione rilevante ai sensi della normativa richiamata dai ricorrenti. Si tratta, invero, di categorie per le quali, in relazione alla specifica finalità del procedimento concorsuale, volto al superamento del fenomeno del precariato individuando un precariato professionalmente “qualificato” modulato anche sulla tipologia dei posti da ricoprire, sono presenti differenze essenziali; inoltre, la ratio sottesa alla previsione legislativa rende sussistenti oggettive ragioni giustificative del diverso trattamento riservato ai servizi svolti su posti comuni e su posti di sostegno, ai fini della copertura della prima delle predette tipologie di posti. Sotto il profilo, ancora, della compatibilità della disposizione legislativa in esame alla normativa comunitaria, si osserva che la stessa non risulta violativa dei principi affermati dalla sentenza “Mascolo” e della direttiva 1999/70/Ce che impone il divieto di discriminazione dei lavoratori a tempo determinato. Non sussiste alcun contrasto con il diritto europeo così come interpretato dalla richiamata sentenza “Mascolo”, che, invero, attiene più propriamente alla disciplina (art. 4, l. n. 124 del 1999), che consente di reiterare, anche per periodi molto lunghi, i contratti a tempo determinato con il medesimo lavoratore. La Corte di Giustizia Ue, con la sentenza 26 novembre 2014 resa nelle cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13,

Mascolo ed altri, ha statuito che le esigenze di continuità didattica che inducono ad assunzioni temporanee di dipendenti del comparto scuola possono costituire una ragione obiettiva ai sensi della clausola 5, punto 1, lett. a), dell'accordo quadro, che giustifica sia la durata determinata dei contratti conclusi con il personale supplente, sia il rinnovo di tali contratti in funzione delle esigenze di continuità didattica, fatto salvo il rispetto dei requisiti fissati al riguardo dall'accordo quadro. Tuttavia, ha ritenuto che nel caso in esame il rinnovo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare queste esigenze abbia, di fatto, un carattere non provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, e non sia giustificato ai sensi della lettera a), del punto 1, della clausola citata. Conclusivamente, la Corte di Giustizia afferma che la disciplina in esame, sebbene limiti formalmente il ricorso ai contratti di lavoro a tempo determinato per provvedere a supplenze annuali per posti vacanti e disponibili nelle scuole statali solo per un periodo temporaneo fino all'espletamento delle procedure concorsuali, non consente di garantire che l'applicazione concreta di tale ragione obiettiva, in considerazione delle particolarità dell'attività di cui trattasi e delle condizioni del suo esercizio, sia conforme ai requisiti dell'accordo quadro

A seguito di tale pronuncia, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 11, l. n. 124 del 1999, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla clausola 5, comma 1, dell'accordo quadro più volte citato, nella parte in cui autorizza, in mancanza di limiti effettivi alla durata massima totale dei rapporti di lavoro successivi, il rinnovo potenzialmente illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza che ragioni obiettive lo giustifichino.

Non si è, dunque, di fronte ad una normativa che incentiva il fenomeno del precariato, quanto piuttosto a disposizioni tese alla sua (graduale) eliminazione.

Ha aggiunto il parere che la diversa disciplina dettata per i docenti di ruolo nella considerazione del servizio prestato quale requisito di accesso alla procedura abilitante è comunque giustificata da ragioni oggettive e non irragionevoli

Il requisito del servizio triennale prestato presso istituzioni scolastiche statali di cui uno di carattere specifico (cioè svolto sulla medesima classe di concorso o tipologia di posto per cui si partecipa) vale - oltre alla ragionevole delimitazione della platea degli stabilizzandi ad un precariato "qualificato", come tale meritevole di considerazione con precedenza rispetto alla posizione della generalità dei precari - anche ad introdurre un requisito meritocratico e, dunque, di qualificazione professionale minima per conseguire l'abilitazione all'insegnamento con un meccanismo semplificato rispetto a quello ordinariamente previsto. Orbene, a differenza del docente non di ruolo con contratto a tempo determinato, ove il requisito dell'annualità di servizio specifico è necessario a ritenere sussistente la predetta qualificazione professionale, il legislatore ha ragionevolmente ritenuto che lo stesso non fosse necessario per i docenti di ruolo.

La stessa sez. I, con parere 17 marzo 2021, n. 450 ha giudicato legittimo il bando di concorso straordinario per titoli ed esami per l'immissione in ruolo del personale docente della scuola secondaria di primo e di secondo grado su posto comune e di sostegno, nella parte in cui ha previsto, quale requisito di partecipazione, lo svolgimento, tra l'anno scolastico 2008/2009 e l'anno scolastico 2019/2020, di almeno tre annualità di servizio, nonostante da tempo il termine massimo dei rinnovi dei contratti di supplenza era stato ridotto a 24 mesi.

Ha affermato la Sezione che l'art. 1, comma 5, d.l. n. 126 del 2019 richiede espressamente che il candidato abbia svolto "tra l'anno scolastico 2008/2009 e l'anno scolastico 2019/2020...almeno tre annualità di servizio, anche non consecutive, valutabili come tali ai sensi dell'art. 11, comma 14, l. 3 maggio 1999, n. 124". La lettera della disposizione, richiedendo "tre annualità", esclude chiaramente, non consentendo diversa interpretazione, che il possesso di due sole annualità di servizio possa consentire l'ammissione alla procedura.

La scelta in ordine ai soggetti da ammettere alla procedura è stata dunque già effettuata a monte dal legislatore, attraverso la definizione dei requisiti di ammissione, con la conseguenza che l'amministrazione non ha esercitato in proposito alcun potere discrezionale, ma ha semplicemente dato esecuzione, nell'avviare il procedimento concorsuale, alle disposizioni contenute nella norma legislativa di rango primario.

La Sezione ha ritenuto tale decreto legge conforme ai principi costituzionali.

Deve, in proposito, in primo luogo essere rimarcata la natura straordinaria della procedura concorsuale in esame. Tale natura è chiaramente esplicitata dallo stesso testo normativo, introdotto dal d.l. n. 126 del 2019.

Il suo preambolo pone, infatti, a giustificazione della misura adottata, "la straordinaria necessità ed urgenza di introdurre misure per assicurare la stabilità dell'insegnamento nelle istituzioni scolastiche, porre rimedio alla grave carenza di personale di ruolo nelle scuole statali e ridurre il ricorso a contratti a termine".

Il concorso è, poi, espressamente definito dal legislatore come "straordinario", laddove all'articolo 1, comma 1, si legge che "Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca è autorizzato a bandire, contestualmente al concorso ordinario per titoli ed esami di cui all'art. 17, comma 2, lettera d), d.lgs. 13 aprile 2017, n. 59, entro il 30 aprile 2020, una procedura straordinaria per titoli ed esami per docenti della scuola secondaria di primo e di secondo grado, finalizzata all'immissione in ruolo nei limiti di cui ai commi 2, 3 e 4 del presente articolo".

Ciò posto, la Sezione ha ritenuto che la tale procedura, pur se derogatoria alla regola ordinaria del pubblico concorso, non violi l'art. 97 Cost. né il diritto al lavoro dei ricorrenti.

Va, in proposito, ricordato che la Corte costituzionale (10 novembre 2011, n. 299) ha avuto modo di precisare che, seppur la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del concorso pubblico è rigorosamente limitata, in alcuni casi determinate de-

roghe devono essere considerate legittime “quando siano funzionali esse stesse alle esigenze di buon andamento dell’amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle”.

Dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 106 del 2 maggio 2019, resa in una fattispecie relativa ad un concorso straordinario per dirigenti scolastici, si desume, poi, che le norme che prevedono concorsi straordinari del tipo di quello oggetto della presente controversia sono in linea di principio conformi a Costituzione nel momento in cui sono emanate per garantire il buon andamento dell’amministrazione, sopperendo alle carenze di organico e per dare certezza ai rapporti giuridici, superando il precariato; esse, infatti, in tal caso operano una compromissione definita “non irragionevole” del diritto di accesso al pubblico impiego e del principio del pubblico concorso.

Orbene, nella vicenda in esame le suddette esigenze di interesse pubblico sussistono certamente, considerandosi che il concorso tende all’assorbimento del precariato, a garantire stabilità nell’insegnamento e a ridurre il ricorso ai contratti a termine.

La deroga alla regola del pubblico concorso trova, pertanto, ragionevole giustificazione e, pertanto, sotto tale profilo, non si presta a dubbi di compatibilità con la Carta Fondamentale.

Non vi è, poi, violazione degli artt. 4 e 51 Cost., considerandosi che le contestate disposizioni non impediscono ai ricorrenti l’accesso al mondo del lavoro ed all’esercizio della funzione docente.

Vi è, invero, che l’indizione del concorso straordinario oggetto di controversia è stata prevista dall’art. 1, d.l. n. 126 del 2019 contestualmente al concorso ordinario per titoli ed esami di cui all’art. 17, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 59 del 2017; con la conseguenza che la mancata partecipazione dei ricorrenti al concorso straordinario per difetto dei requisiti previsti non preclude agli stessi la possibilità di accesso al pubblico impiego attraverso il richiamato concorso ordinario.

Può a questo punto passarsi all’esame delle disposizioni normative relative ai requisiti di partecipazione alla procedura concorsuale, oggetto di contestazione, sotto il profilo della ragionevolezza della previsione legislativa e, dunque, dell’osservanza dell’art. 3 Cost..

L’art. 1, comma 5, d.l. n. 126 del 2019 prevede, alla lettera a), quale requisito di partecipazione, lo svolgimento, tra l’anno scolastico 2008/2009 e l’anno scolastico 2019/2020, di almeno tre annualità di servizio, valutabili come tali ai sensi dell’art. 11, comma 14, l. 3 maggio 1999, n. 124.

Tale requisito di servizio, di durata triennale, si palesa non irragionevole né illogico, avuto riguardo alla finalità ed ai caratteri della procedura.

Come sopra precisato, il concorso straordinario in esame è finalizzato, tra l’altro, ad assicurare la stabilità dell’insegnamento nelle istituzioni scolastiche e a ridurre il ricorso ai contratti a termine, in tal modo mirando alla eliminazione ovvero alla riduzione del precariato.

Vi è, poi, che il concorso presenta una struttura semplificata, in quanto esso prevede unicamente lo svolgimento di una prova scritta.

In tale contesto, la durata triennale del servizio, individuata dalla norma quale requisito di partecipazione, costituisce elemento che concorre a definire le situazioni di precariato meritevoli di considerazione, nella scelta discrezionale del legislatore, ai fini della possibilità di stabilizzazione.

Trattasi, invero, di una durata che, spalmata nell'arco temporale intercorrente tra l'anno scolastico 2008/2009 e l'anno scolastico 2019/2020, qualifica una condizione di precariato maggiormente consolidato e, pertanto, suscettibile di stabilizzazione attraverso la procedura concorsuale, con preferenza rispetto a quelle connotate da una minore durata temporale.

Va, infatti, considerato che il concorso straordinario in esame non può condurre alla eliminazione totale del fenomeno del precariato, ma tende alla sua progressiva riduzione, finalità che ragionevolmente viene perseguita attribuendo rilevanza e priorità a quello più risalente nel tempo, di durata maggiore e, pertanto, in modo evidente connotato da profili patologici, per i quali è più urgente la stabilizzazione, sia per ragioni sociali che per adempiere agli obblighi nascenti dalla normativa comunitaria. Sotto tale profilo, dunque, la scelta legislativa si presenta immune da profili di illogicità o irragionevolezza e, pertanto, non può trovare favorevole considerazione la doglianza proposta dai ricorrenti in ordine alla durata eccessiva del servizio richiesto, dovendo lo stesso essere previsto nella sola durata biennale.

Con parere 17 marzo 2021, n. 451 la sez. I ha giudicato legittimo il bando di concorso straordinario per titoli ed esami per l'immissione in ruolo del personale docente della scuola secondaria di primo e di secondo grado su posto comune e di sostegno, nella parte in cui esclude dal computo del servizio valido quale requisito di ammissione l'anzianità maturata presso istituti scolastici paritari legalmente riconosciuti e disciplina le modalità di presentazione delle domande.

Ha affermato la Sezione che i servizi di insegnamento svolti nelle istituzioni scolastiche statali e quelli svolti presso istituti paritari legalmente riconosciuti non risultano assimilabili e connotati da identità, così potendosene predicare una indiscriminata equiparazione. Tale esclusione non viola il principio di ragionevolezza né quello di uguaglianza. Allo stesso modo deve escludersi la violazione dell'art. 33 Cost. che garantisce alle scuole paritarie la libertà di insegnamento ed agli alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni delle scuole statali (commi 3 e 4).

Non vi è, invece, nell'art. 33 alcun riferimento allo status giuridico del corpo docente, per il quale alcuna equipollenza viene prevista con quello appartenente alle scuole statali; evidenziandosi, altresì, che il mancato riconoscimento del servizio prestato presso gli istituti paritari ai fini dell'immissione in ruolo presso le scuole statali non appare in grado di incidere sulla "piena libertà" della scuola paritaria né sul trattamento degli alunni che la frequentano.

La norma di legge censurata non si pone, infine, in contrasto con il principio di sussidiarietà orizzontale sancito dall'art. 118 Cost. e, rilevandosi che il contestato mancato riconoscimento del servizio non incide sulla piena possibilità per la scuola paritaria di

svolgere il pubblico servizio dell'istruzione e di concorrere in tal modo con lo Stato nell'esercizio di tale attività di interesse generale.

24.3. Incarichi di insegnamento presso Istituzioni statali di alta formazione artistica, musicale e coreutica Afam.

Con parere 17 marzo 2021, n. 456 la sez. I, ha giudicato legittimo il bando di concorso per incarichi di insegnamento presso Istituzioni statali di alta formazione artistica, musicale e coreutica Afam nella parte in cui richiede in via generale che il servizio sia prestato per intero nel settore per il quale si chiede l'inserimento ma nel contempo ammette la possibilità dell'inserimento in graduatorie per le quali lo specifico servizio risulti, nell'ambito triennale, quello prevalente o almeno non minoritario.

Ha chiarito il parere che con particolare riferimento ai settori di nuova istituzione (quali quelli Comp, di cui nella presente sede si controverte), la posizione dei docenti (i quali non avrebbero potuto nello stesso oggettivamente svolgere più di un anno di servizio) risulta adeguatamente salvaguardata attraverso la possibilità di far valere, in uno alla specifica esperienza annuale, altre due periodi di insegnamento, ciascuno annuale, in settori diversi.

Ha affermato la Sezione che il comma 655 dell'art. 1, l. n. 205 del 2017 non può essere letto in maniera atomistica ed isolata, ma nel complessivo quadro normativo della prefata legge, laddove si occupa del personale delle istituzioni dell'alta formazione artistica musicale e coreutica, dovendosi pertanto operare particolare riferimento anche ai commi 653 e 654. Il primo dispone che "Al fine di superare il precariato nelle istituzioni dell'alta formazione artistica musicale e coreutica sono stanziati 1 milione di euro per l'anno 2018, 6,6 milioni di euro per l'anno 2019, 11,6 milioni di euro per l'anno 2022, 16,8 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2023 al 2025, 16, 9 milioni di euro per l'anno 2026, 17,5 milioni di euro per l'anno 2027, 18, 1 milioni di euro per l'anno 2028 e 18, 5 milioni di euro a decorrere dall'anno 2029. A decorrere dall'anno 2018 le graduatorie nazionali di cui all'articolo 19, comma 2, d.l. 12 settembre 2013, n. 104... sono trasformate in graduatorie nazionali ad esaurimento, utili per l'attribuzione degli incarichi di insegnamento con contratto a tempo indeterminato e determinato, in subordine alle vigenti graduatorie nazionali per titoli...".

Il comma 654 detta disposizioni per il turn over del personale, mentre, come visto, il comma 655, qui di interesse, prevede la formazione di ulteriori graduatorie nazionali utili per l'attribuzione degli incarichi di insegnamento a tempo indeterminato e determinato, in subordine alle vigenti graduatorie nazionali per titoli e di quelle di cui al comma 653.

Anche la disposizione di cui al comma 655 rientra nelle disposizioni normative dirette al superamento del precariato nelle istituzioni dell'alta formazione artistica e musicale. Ed, invero, il sistema a tal fine complessivamente previsto contempla in primo luogo l'utilizzazione delle vigenti graduatorie nazionali per titoli, di poi delle graduatorie nazionali di cui all'art. 19, comma 2, d.l. n. 104 del 2013 che all'uopo vengono trasformate

in graduatorie nazionali ad esaurimento ed, infine, le graduatorie di cui al comma 655, che risultano essere di nuova istituzione.

Queste, peraltro, pur essendo di nuova istituzione, concorrono alla finalità di superamento del precariato in primo luogo perché consentono la cristallizzazione di quello più antico e, attraverso la loro postergazione al fine del conferimento degli incarichi, la stabilizzazione del relativo personale, favorendo, tra l'altro, la definitiva chiusura delle previgenti graduatorie alla cui previa applicazione ne viene subordinata l'operatività (ed, invero, quelle di cui al d.l. n. 104 del 2013 sono trasformate in graduatorie ad esaurimento, con il conseguente divieto di nuovi ingressi).

Di poi, va osservato che le stesse graduatorie nazionali di cui si controverte, previste dal comma 655, sono dirette al superamento, sia pur graduale, del precariato.

Ne è dimostrazione la circostanza che nelle stesse non può essere inserito personale che sia già titolare di contratto a tempo indeterminato (dunque, già stabilmente incluso nei ruoli delle istituzioni dell'alta formazione artistica musicale e coreutica) e soprattutto il fatto che è richiesto il requisito dell'insegnamento di almeno tre anni negli ultimi otto anni accademici.

In tal modo, esse, finalizzate anche al conferimento di incarichi a tempo indeterminato (e, dunque, alla stabilizzazione del personale ivi inserito), realizzano lo scopo di consentire la regolarizzazione di soggetti che già da tempo sono "precari", in quanto hanno svolto attività di insegnamento della durata di un triennio.

Sicché, ricondotte le suddette graduatorie nel complessivo sistema normativo di superamento del precariato, l'effetto della stabilizzazione attraverso il conferimento di incarichi a tempo indeterminato può giustificarsi, in assenza di una ordinaria procedura concorsuale (non essendo all'uopo sufficiente il superamento di un concorso selettivo per la inclusione nelle diverse graduatorie di istituto), solo riconnettendo la loro formazione alla esigenza di interesse pubblico di fronteggiare il precariato e di ridurne progressivamente la consistenza.

Orbene, carattere oggettivo ed essenziale - che ne giustifica la finalità di superamento del precariato e consente, attraverso esse, il conferimento di incarichi a tempo indeterminato - è proprio il fatto che il loro accesso sia riservato a personale precario e, dunque, a soggetti che vantino già un adeguato periodo di servizio all'interno delle istituzioni; periodo la cui durata viene ragionevolmente individuata dal legislatore nel lasso temporale dei tre anni accademici di insegnamento.

La durata del suddetto requisito temporale di accesso risulta, poi, scelta ragionevole sotto altro profilo, connotando essa il possesso, in capo al docente, di una esperienza professionale considerevole e, dunque, di una qualificazione professionale idonea all'esercizio in forma stabile della funzione docente, attraverso il conferimento di incarichi a tempo indeterminato.

Dalle sopra esposte considerazioni deriva che il requisito di servizio, relativo all'aver svolto almeno tre anni accademici di insegnamento, costituisce elemento connotante finalità e natura della disposizione normativa, alla quale non può in alcun modo derogarsi senza tradire lo spirito e la finalità della norma.

Il rilievo di incostituzionalità con riferimento alla circostanza che il suddetto requisito triennale determina l'esclusione dalle procedure di formazione delle graduatorie di soggetti il cui settore di riferimento è stato creato da meno di tre anni non è, pertanto, meritevole di accoglimento, risultando il suddetto requisito triennale indispensabile per la connotazione delle stesse in termini di strumento di superamento del precariato e per giustificare, con una particolare procedura selettiva semplificata, anche il conferimento di incarichi a tempo indeterminato, effetto quest'ultimo che richiederebbe il superamento di un ordinario concorso per l'attribuzione dei posti.

D'altra parte, la norma, come sopra visto, consente comunque una interpretazione che, conforme a Costituzione, sia comunque rispettosa degli interessi delle categorie di soggetti che intendono inserirsi nella graduatoria di un settore creato da meno di tre anni. Invero, il riferimento normativo alla maturazione dei tre anni di insegnamento "in una delle predette istituzioni" ne consente una lettura che permette la partecipazione, come del resto previsto dal bando impugnato, anche a coloro i quali abbiano svolto, nel settore ove essi intendono essere inseriti in graduatoria, un periodo di insegnamento inferiore a tre anni, utilizzando per il resto il servizio svolto in altri settori, ma pur sempre all'interno delle istituzioni di alta formazione artistica musicale e coreutica.

Tale soluzione costituisce un ragionevole bilanciamento degli interessi contrapposti, in quanto, da un lato, consente l'osservanza del requisito triennale del servizio e, dall'altro, ammette comunque l'accesso a specifiche graduatorie anche quando il relativo settore sia stato istituito solo da un anno.

Sulla base di tali considerazioni, pertanto, quella sopra delineata costituisce l'unica interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione normativa.

Invero, la richiesta del solo requisito annuale avrebbe snaturato la finalità della procedura, diretta, come visto, alla soluzione del precariato e scevra da dubbi di costituzionalità (per non trattarsi di una ordinaria procedura concorsuale per la copertura di posti a tempo indeterminato) solo in presenza di un adeguato periodo di servizio in capo al docente; creando, altresì, ingiustificate disparità rispetto ai docenti degli altri settori, atteso che il requisito triennale avrebbe potuto comunque essere raggiunto utilizzando periodi di insegnamento non maggioritari svolti in altre materie.

Di poi, la invocata postergazione temporale per il settore Comp (istituito solo da un anno) fino alla maturazione oggettiva del possibile periodo triennale di insegnamento avrebbe per altro verso negativamente inciso sul buon andamento delle attività relative al settore della pubblica istruzione (anch'esso valore costituzionalmente tutelato), in quanto il settore Comp sarebbe stato privato della relativa graduatoria di riferimento e, dunque, della possibilità di attingervi docenti; il principio del buon andamento sarebbe, altresì, risultato inciso dalla conseguente mancanza di uniformità, in relazione ai settori di insegnamento delle Istituzioni musicali, del sistema di procacciamento e di utilizzazione dei docenti.

Rispetto a tale esigenza risulta recessiva la considerazione che l'unica esperienza specifica utilizzabile era comunque non superiore all'anno, considerandosi che, non essendovi rispetto ad essa soluzioni diverse, la maturazione del periodo triennale ben poteva

essere completata utilizzando attività di insegnamento svolte in altri settori, le quali comunque avrebbero avuto una durata non superiore ed avrebbero denotato l'esistenza di una qualificazione professionale nell'attività di docenza, nonché la situazione di precariato, al cui superamento la norma è pure diretta.

Sotto il profilo del principio di uguaglianza, posto che la norma di legge va interpretata nel senso che sono utilizzabili nel computo del periodo triennale anche periodi non maggioritari svolti in altri settori e che il requisito del servizio complessivo triennale è coerente ed essenziale alla specifica finalità della procedura, ne consegue che non sussiste la lamentata disparità di trattamento, risultando *ictu oculi* evidente che non sono uguali la posizione di chi vanta solo un servizio annuale nel settore Comp e alcun altro periodo di insegnamento in altri settori e quella di docenti che, invece, pur vantando il periodo annuale di insegnamento nel settore COMP, abbiano comunque svolto tre anni accademici di insegnamento nelle istituzioni dell'alta formazione musicale e coreutica.

In buona sostanza, il rispetto del principio di uguaglianza non va valutato operando riferimento in via esclusiva al servizio prestato nel settore COMP, ma alla luce della complessiva portata della disposizione normativa, la quale richiede l'aver maturato un periodo complessivo di insegnamento di almeno tre anni.

Ugualmente insussistente è la violazione dell'art. 97 Cost., sotto i profili del buon andamento dell'attività amministrativa e della concorsualità e ritenuto violato per il fatto che si prevederebbe un requisito (quello del periodo triennale di insegnamento) impossibile per alcuni settori ovvero ponendo il requisito dell'insegnamento nello specifico settore di riferimento in secondo piano rispetto ad una generica esperienza di insegnamento.

Ha osservato la Sezione, in disparte a quanto già sopra rilevato nell'esame della costituzionalità della norma di legge, che non è richiesto un requisito impossibile, potendo la norma essere interpretata in termini di possibilità, ove il requisito triennale specifico non sia oggettivamente raggiungibile, di utilizzare per la maturazione dello stesso anche altri periodi di insegnamento non maggioritari; in tal modo comunque realizzando la prevalenza dell'esperienza di insegnamento nel settore specifico in uno all'osservanza del requisito del periodo triennale di insegnamento.

Tanto consente, altresì, di salvaguardare la competenza nel settore di riferimento, esclusa solo ove si consentisse l'accesso nella relativa graduatoria a soggetti che vantino l'intero periodo triennale di insegnamento in settori che nulla hanno a che fare, direttamente o indirettamente in relazione alla materia che ne costituisce oggetto, con quello per il quale si chiede l'inserimento in graduatoria.

24.4. Servizio di trasporto dello studente disabile.

La sez. I, con parere 15 marzo 2021, n. 403 ha affermato che il servizio di trasporto dello studente rientra nell'ambito del diritto all'istruzione e non in quello dell'assistenza socio-sanitaria, con la conseguenza che sulla famiglia dello studente non incombe un onere di contribuzione mentre ricade sulla amministrazione comunale lo svolgimento del servizio di trasporto scolastico al fine di garantire l'immediato e tempestivo esercizio del diritto fondamentale all'istruzione dello studente con disabilità; tale servizio deve

essere reso a titolo gratuito in conformità con l'art. 28, comma 1, l. n. 118 del 1971 ed il principio del divieto di discriminazione di cui agli artt. 21 Carta dei diritti fondamentali Ue e dell'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Ha ricordato la Sezione che il diritto all'istruzione delle persone disabili ha rilevanza costituzionale (Cons. Stato, sez. I, n. 1331 del 2020).

A fondamento delle disposizioni della l. n. 104 del 1992, di cui si lamenta la violazione e delle altre leggi sulla tutela degli alunni disabili, si pongono i principi costituzionali di cui all'art. 2 (sulla tutela dei "diritti inviolabili dell'uomo" e sui "doveri inderogabili di solidarietà ... sociale"), all'art. 3 (secondo cui "È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese"), all'art. 34, primo comma (sulla apertura della scuola "a tutti") e all'art. 38, terzo comma (sul "diritto all'educazione" anche quando vi sia una disabilità) (Cons. Stato, sez. VI, n. 2023 del 2017).

In particolare, il diritto all'istruzione delle persone con disabilità, di cui il diritto all'integrazione scolastica costituisce parte integrante, ha il suo fondamento nell'art. 34 Cost., al pari di quello delle persone normo-dotate. Esso è intrinsecamente connesso allo sviluppo della personalità per il legame esistente tra il principio di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., ed il diritto all'istruzione, di cui all'art. 34 Cost.

L'integrazione scolastica delle persone con disabilità costituisce fattore fondamentale dello sviluppo della personalità e trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 38 Cost. (Corte cost. n. 215 del 1987, ribadito di recente nella sentenza n. 83 del 2019). Essa richiede adattamenti sia logistici che didattici alla singola persona con disabilità, attraverso la definizione di percorsi educativi individualizzati che riflettano le difficoltà specifiche di ciascuno studente con disabilità e le caratteristiche del gruppo in cui l'inserimento deve essere realizzato (Cons. Stato, sez. VI, n. 2023 del 2017; id. n. 758 del 2018; Corte Europea dei diritti dell'uomo, Cam c. Turchia, 23 febbraio 2016, in particolare paragrafi 65 e 66).

Tali diritti hanno avuto pieno riconoscimento anche sul piano europeo nell'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea, nell'art. 2 del Primo Protocollo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, primo comma, nell'art. 15 della Carta Sociale Europea (G.I. c. Italia, Corte Europea dei diritti dell'uomo, prima sezione, 10 settembre 2020).

I principi relativi all'istruzione delle persone con disabilità hanno trovato altresì riconoscimento nel Piano strategico per le disabilità 2017/2023 del Consiglio d'Europa, che ha esplicitamente indicato la necessità di un approccio basato sulle capacità piuttosto che sulle disabilità.

Sul piano internazionale il riferimento relativo ai principi esposti è alla Convenzione di New York del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone disabili, entrata in vigore il 3 maggio 2008 e resa esecutiva in Italia con la l. 3 marzo 2009, n. 18.

L'integrazione scolastica dei disabili persegue un obiettivo alto ma complesso: garantire non solo l'accesso a conoscenze ma anche alle competenze necessarie per l'acquisizione di capacità idonee all'inserimento sociale del disabile.

L'apprendimento e l'integrazione scolastica delle persone con disabilità costituiscono, infatti, una premessa fondamentale della integrazione lavorativa e di quella sociale, che sono alla base di società informate ai principi di solidarietà ed uguaglianza (principii enunciati già da Corte Costituzionale sentenza n. 215 del 1987 e ribaditi di recente nella sentenza n. 83 del 2019).

La disciplina costituzionale dell'istruzione dei soggetti portatori di handicap ha avuto la sua concretizzazione nella legislazione ordinaria che definisce il diritto all'integrazione scolastica delle persone con disabilità.

In base a quanto disposto dalla legge-quadro n. 104 del 1992 per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone disabili e dal d.lgs. n. 297 del 1994, recante disposizioni legislative in materia di istruzione, che sanciscono il diritto del disabile all'integrazione scolastica ed allo sviluppo delle sue potenzialità nell'apprendimento, nella comunicazione e nelle relazioni, per consentirgli il raggiungimento della massima autonomia possibile, gli istituti scolastici sono tenuti ad assicurare l'integrazione configurando percorsi educativi individualizzati (art. 12, l. n. 105 del 1992).

L'art. 24 della Convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità, resa esecutiva in Italia con la l.3 marzo 2009, n. 18, regola il diritto all'istruzione affermando il principio secondo cui (comma 2) "2. Nel realizzare tale diritto, gli Stati Parti dovranno assicurare che: (a) le persone con disabilità non vengano escluse dal sistema di istruzione generale sulla base della disabilità e che i bambini con disabilità non siano esclusi da una libera ed obbligatoria istruzione primaria gratuita o dall'istruzione secondaria sulla base della disabilità; (b) le persone con disabilità possano accedere ad un'istruzione primaria e secondaria integrata, di qualità e libera, sulla base di eguaglianza con gli altri, all'interno delle comunità in cui vivono; (c) un accomodamento ragionevole venga fornito per andare incontro alle esigenze individuali; (d) le persone con disabilità ricevano il sostegno necessario, all'interno del sistema educativo generale, al fine di agevolare la loro effettiva istruzione; (e) efficaci misure di supporto individualizzato siano fornite in ambienti che ottimizzino il programma scolastico e la socializzazione, conformemente all'obiettivo della piena integrazione."

Tale disposizione va coordinata con l'art. 13, l. n. 104 in materia di diritto all'integrazione scolastica, dove vengono definite le modalità attraverso cui rendere effettiva tale integrazione.

Con una recente pronuncia la Corte Europea dei diritti dell'uomo (G.I. c. Italia, Corte Europea dei diritti dell'uomo, prima sezione, 10 settembre 2020) proprio in un caso relativo all'Italia sono stati ribaditi i principi fondamentali in materia di diritto all'istruzione delle persone disabili contenuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte ha valutato se lo Stato italiano abbia adottato tutte le misure ragionevoli per assicurare il diritto all'istruzione della minore disabile

Nel caso di specie vi era stata l'interruzione del servizio di sostegno alla minore disabile. La Corte ha concluso affermando che lo Stato Italiano non ha motivato adeguatamente le ragioni dell'insufficienza di risorse necessarie ed in particolare non ha mostrato di avere ripartito le risorse tra studenti normo-dotati e studenti portatori di handicap in modo da evitare trattamenti discriminatori nei confronti di questi ultimi (par. 62 G.I. c. Italia). La Corte di Strasburgo ha pertanto ritenuto che non siano state adottate le misure necessarie condannando lo Stato Italiano sia per la violazione dell'art. 2 protocollo in combinato con l'art. 14 della Convenzione che per la violazione dell'art. 8.

Sulla base del quadro normativo nazionale ed internazionale descritto deve concludersi che il diritto all'istruzione dei disabili, ascrivito alla categoria dei diritti fondamentali, passa attraverso l'attivazione dell'Amministrazione scolastica per la sua garanzia, mediante l'adozione delle doverose misure di integrazione e sostegno, atte a rendere possibile ai disabili la frequenza delle scuole e l'insieme delle pratiche di cura e riabilitazione necessarie per il superamento ovvero il miglioramento della condizione di disabilità e per quel che qui rileva anche la coerente acquisizione di competenze - seppur ridotte - scolastiche (C.g.a. n. 482 del 2020).

Nel caso all'esame della Sezione il trasporto con le sue specifiche caratteristiche legate alla particolare disabilità motoria della minore è indispensabile a garantire la realizzazione del diritto all'istruzione. La circostanza che la minore disabile fruisca presso l'istituto anche di prestazioni sanitarie riabilitative non modifica la natura del trasporto che rimane scolastico. Così come le particolari condizioni fisiche che richiedono un trasporto assistito non modificano la finalità del trasporto che rimane scolastico. Come mostrato in atti, peraltro, l'attività riabilitativa viene svolta prevalentemente presso altra istituzione specializzata ovvero sia la fondazione.

Il diritto al trasporto scolastico dall'abitazione all'istituto scolastico più idoneo alle esigenze della persona con disabilità è un diritto soggettivo funzionale alla realizzazione di un diritto fondamentale del disabile all'istruzione (Cons. Stato, sez. V, n. 1675 del 2020). Il contenuto di tale diritto è quindi correlato ad obblighi positivi sussistenti in capo all'amministrazione. Di conseguenza non sussiste un obbligo di compartecipazione agli oneri. Giova tuttavia precisare, che anche nell'ipotesi in cui tale obbligo fosse esistito, mai potrebbe l'amministrazione procedere all'interruzione del servizio, potendo se mai impiegare gli ordinari strumenti per la riscossione del credito. Come affermato, non è questo il caso di specie, trattandosi di trasporto scolastico e dunque di servizio pubblico da erogarsi a titolo gratuito.

Sostiene l'amministrazione resistente che il diritto al trasporto scolastico debba essere garantito nella misura delle risorse disponibili e comunque nell'ambito del vincolo della parità di bilancio. La tesi non è condivisibile ed è stata rigettata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha affermato che " non costituisce ostacolo alla qualificazione di diritto soggettivo l'art. 26, l. n. 104 del 1992, laddove, al primo comma, demanda alle Regioni di disciplinare le modalità con le quali i Comuni dispongono interventi per consentire alle persone handicappate di muoversi liberamente sul territorio, usufruendo alle stesse condizioni degli altri cittadini, dei servizi di trasporto collettivo appositamente

adattati o di servizi alternativi, prevedendo, al secondo comma, che i comuni assicurano modalità di trasporto individuali per le persone handicappate non in grado di servirsi dei mezzi pubblici “nell’ambito delle proprie ordinarie risorse di bilancio” (Cons. Stato, sez. V, n. 809 del 2018). La medesima pronuncia ha chiarito che “la pretesa di trasporto gratuito scolastico vantata da un determinato alunno portatore di handicap accertato ai sensi della l. n. 104 del 1992 assume la consistenza di diritto soggettivo, rientrando in quel “nucleo indefettibile di garanzia per gli interessati” (come su individuato dalla Consulta), che non è consentito nemmeno al legislatore, ed a maggior ragione alla pubblica amministrazione, escludere del tutto in forza di vincoli derivanti dalla carenza di risorse economiche, in quanto finirebbe per essere sacrificato il diritto fondamentale allo studio e all’istruzione [...]” sicché “il servizio pubblico di trasporto acquisisce la detta (ulteriore) finalità assistenziale del diritto all’istruzione scolastica costituzionalmente garantito, e deve perciò prevalere sulle esigenze di natura finanziaria, di modo che disposizioni legislative contrarie darebbero luogo a serie questioni di legittimità costituzionale, così come d’altronde ripetutamente affermato in riferimento alla materia dell’organizzazione scolastica e degli insegnanti di sostegno” (Cons. Stato, sez. VI, n. 2320 del 2017; id., sez. V, n. 809 del 2018).

25. Forze armate.

25.1. Infermità del militare da uranio impoverito.

Il parere della sez. I 17 marzo 2021, n. 435 ha affermato che in sede di riconoscimento della infermità come dipendente da causa di servizio, la mancanza di una legge scientifica universalmente valida che stabilisca un nesso diretto fra l’operatività nei contesti caratterizzati dalla presenza di uranio impoverito e l’insorgenza di specifiche patologie tumorali non impedisce il riconoscimento del rapporto causale, posto che la correlazione eziologica, ai fini amministrativi e giudiziari, può basarsi anche su una dimostrazione in termini probabilistico-statistici.

Ha chiarito il parere che in presenza di elementi statistici rilevanti (come accade allorché il militare abbia prestato servizio in uno dei sopra indicati teatri operativi) la dipendenza da causa di servizio deve considerarsi accertata salvo che la Pubblica amministrazione non riesca a dimostrare la sussistenza di fattori esogeni, dotati di autonoma ed esclusiva portata eziologica e determinanti per l’insorgere dell’infermità.

In sostanza, è proprio per l’impossibilità di stabilire, sulla base delle attuali conoscenze scientifiche, un nesso diretto di causa-effetto e per il riconoscimento del concorso di altri fattori collegati ai contesti fortemente degradati ed inquinati dei teatri operativi che il legislatore non richiede la dimostrazione dell’esistenza del nesso causale con un grado di certezza assoluta, essendo sufficiente la dimostrazione in termini probabilistico-statistici.

In tale prospettiva è stato ritenuto che il verificarsi dell’evento costituisca di per sé elemento sufficiente (criterio di probabilità) a determinare il diritto per le vittime delle patologie e per i loro familiari al ricorso agli strumenti indennitari previsti dalla legislazione vigente (compreso il riconoscimento della causa di servizio e della speciale elargizione)

in tutti quei casi in cui l'Amministrazione militare non sia in grado di escludere un nesso di causalità.

Quindi la normativa in materia prevede un'inversione dell'onere della prova per cui una volta accertata l'esposizione del militare all'inquinante in parola è la Pubblica amministrazione che deve dimostrare che tale inquinante non abbia determinato l'insorgere della patologia e che essa dipenda invece da altri fattori (esogeni) dotati di autonoma ed esclusiva portata eziologica e determinanti per l'insorgere dell'infermità.

Ha aggiunto il parere che nell'accertare i presupposti sostanziali della dipendenza della patologia da causa di servizio, la P.A. procedente ed i suoi organi tecnici sono gravati da un onere d'istruttoria e di motivazione assai stringente, circa la sussistenza, in concreto, delle circostanze straordinarie e dei fatti di servizio che hanno esposto il militare ad un maggior rischio rispetto alle condizioni ordinarie d'attività; nei casi delicati, qual è quello in esame, all'interessato basta dimostrare l'insorgenza della malattia in termini probabilistico-statistici, non essendo sempre possibile stabilire un nesso diretto di causalità tra l'insorgenza della infermità ed i contesti operativi complessi o degradati sotto il profilo bellico o ambientale in cui questi è chiamato ad operare. Viceversa, la Pubblica amministrazione procedente, che ha disposizione dati aggiornati e più precisi e le professionalità più acconce per effettuare la verifica della concreta posizione del militare, pure in ordine alla ricostruzione dell'attività da lui svolta con riguardo alla di lui qualifica e profilo d'impiego operativo, ben più facilmente può tratteggiare, partendo da questi ultimi dati, una seria probabilità d'insorgenza, o meno, della malattia denunciata; l'efficacia del parere del Comitato di verifica (obbligatorio e vincolante in ordine ai dati così accertati) non può esser confuso con i diversi profili, per un verso, della congruità fattuale e scientifica dell'accertamento svolto e, per altro verso, dell'esatta rappresentazione di esso in forma intelligibile a qualunque terzo.

26. Professioni e mestieri.

26.1. Avvocati - funzioni giurisdizionali del Consiglio Nazionale Forense.

La sez. I, con parere 9 aprile 2021, n. 661 ha affermato che il Consiglio Nazionale Forense ha giurisdizione sulle controversie che hanno ad oggetto diritti soggettivi, la quale non comporta alcuna menomazione della tutela giurisdizionale in quanto la normativa prevede espressamente l'impugnabilità delle decisioni adottate dal Cnf dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in tal modo prefigurando un sistema di adeguata tutela dei diritti soggettivi degli interessati.

26.2. Intermediari finanziari.

La Sezione atti normativi, con il parere 7 dicembre 2021, n. 1856 ha reso il parere sullo schema di Regolamento in materia di intermediari finanziari.

Ha ricordato che con il d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, sono state adottate "Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19". Fra tali misure sono comprese, in particolare, le nuove ipotesi di

credito di imposta introdotte, in via sperimentale, dall'art. 121 per alcune tipologie di spese sostenute negli anni 2020 e 2021, fruibili in alternativa alla detrazione fiscale riconosciuta, direttamente o tramite cessione al fornitore che ha effettuato l'intervento a fronte di uno sconto sul corrispettivo. Si tratta degli interventi, elencati all'art. 121, comma 2, di recupero del patrimonio; efficienza energetica; adozione di misure antisismiche; recupero o restauro della facciata degli edifici esistenti, ivi inclusi quelli di sola pulitura o tinteggiatura esterna; installazione di impianti fotovoltaici; installazione di colonnine per la ricarica dei veicoli elettrici.

Tale credito di imposta si caratterizza per la sua libera cedibilità, consentita non soltanto al contribuente che ha originariamente maturato il credito ma anche ad altri soggetti acquirenti/cessionari dello stesso, "compresi gli istituti di credito e gli altri intermediari finanziari".

Ad avviso del Ministero, dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina molteplici operatori professionali, non appartenenti alla categoria degli istituti di credito o degli intermediari finanziari, avrebbero manifestato dubbi in ordine al rapporto tra le nuove disposizioni di rango primario e quella di cui all'art. 2, comma 2, lettera a), d.m. 2 aprile 2015, n. 53 (Regolamento recante norme in materia di intermediari finanziari in attuazione degli artt. 106, comma 3, 112, comma 3, e 114, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, nonché dell'art. 7-ter, comma 1-bis, l. 30 aprile 1999, n. 130). Non sarebbe risultato chiaro se l'attività di acquisto dei crediti di imposta fosse comunque di libera iniziativa e non soggetta pertanto a necessaria autorizzazione della Banca d'Italia e all'obbligo di iscrizione all'albo degli intermediari, in quanto detti crediti di imposta non afferiscono a "crediti di imposta sul valore aggiunto relativi a cessioni di beni e servizi" come, invece, richiesto dall'art. 2, comma 2, lettera a), del citato Regolamento n. 53 del 2015, ai fini della esclusione dalla attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma.

Stabilisce infatti l'art. 2, comma 2, lettera a), che non costituisce attività di concessione di finanziamenti, oltre ai casi di esclusione previsti dalla legge, l'acquisto dei crediti di imposta sul valore aggiunto relativi a cessioni di beni e servizi nei casi previsti dalla normativa vigente.

Il Regolamento è, dunque, diretto a fugare i dubbi interpretativi emersi in merito all'attività economica citata.

26.3. Revisori legali.

La Sezione atti normativi ha reso il parere (25 marzo 2021, n. 471) sullo schema di decreto del Ministro dell'economia e delle finanze recante regolamento, ai sensi dell'art. 25, comma 3-bis, d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, concernente le fasi e le modalità di svolgimento della procedura sanzionatoria, di competenza del Ministero dell'economia e delle finanze, nei confronti dei revisori legali.

Ha chiarito il parere che, in effetti, la Sezione si era già espressa, con il parere 31 ottobre 2019, n. 2716, su uno schema di regolamento inviato nel 2019, osservando criticamente che la norma primaria ha demandato al Ministero il compito di disciplinare con regolamento unicamente "le fasi e le modalità di svolgimento della procedura sanzionatoria,

nel rispetto, tra l'altro, delle garanzie per gli iscritti al Registro” delle revisioni legali e che pertanto “il capo IV dello schema di regolamento, nella parte in cui individua i comportamenti costituenti illecito e stabilisce le sanzioni (seppur all'interno del quadro previsto dal legislatore), non trova copertura nella norma di legge”, mentre la pur indivisibile esigenza di tipizzare gli illeciti e di predeterminare l'azione amministrativa avrebbe dovuto essere perseguita “attraverso un regolamento governativo, sempre nel rispetto del principio di legalità”. La Sezione aveva altresì appuntato l'attenzione sull'esigenza di garantire l'audizione dell'incolpato, almeno per i casi di comminatoria di sanzioni di maggiore gravità.

Nel febbraio 2021 il Ministero ha trasmesso un nuovo testo in accoglimento delle osservazioni che erano state formulate.

Le differenze maggiori e più evidenti tra il testo del 2019 e quello del 2021 consistono – oltre che nell'aggiunta di un nuovo articolo sulle Definizioni (art. 1), non presente nel testo iniziale - nella soppressione della disciplina, allora contenuta nel Capo III, della Procedura di segnalazione di cui all'art. 26-ter, d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 (già articoli da 11 a 13, concernenti le segnalazioni relative a violazioni riguardanti la disciplina della revisione legale dei conti, la presentazione delle segnalazioni e la tutela del segnalante), nonché nella soppressione, nell'ambito del Capo IV (ora Capo III), relativo al Procedimento e sanzioni per violazioni specifiche, della specificazione, innovativa rispetto alla norma primaria, di una pluralità di illeciti amministrativi sanzionabili (articoli da 14 a 18 del testo del 2019, concernenti, rispettivamente, il procedimento e le sanzioni per violazione dell'obbligo formativo, per assenza o ridotto numero di crediti formativi, l'inosservanza degli obblighi di comunicazione da parte dei revisori legali persone fisiche, l'inosservanza degli obblighi di comunicazione della casella di posta elettronica certificata, l'inosservanza degli obblighi di comunicazione da parte delle società di revisione legale, la violazione degli obblighi inerenti il tirocinio professionale e la violazione degli obblighi inerenti lo svolgimento della revisione legale).

Nel nuovo testo l'indicazione delle condotte e delle fattispecie di illecito oggetto di sanzione è più correttamente (e sinteticamente) contenuta nell'art. 2, comma 3, sotto la rubrica “ambito di applicazione”, dove si opera in sostanza un richiamo alle previsioni di legge, mentre la materia del Procedimento e sanzioni per violazioni specifiche risulta molto “asciugata” ed è ora limitata (nel Capo III, artt. da 11 a 14) alle violazioni dell'obbligo formativo e all'inosservanza degli obblighi di comunicazione da parte dei revisori legali persone fisiche e delle società di revisione, ora più genericamente indicate, con esclusione di quella loro declinazione specificativa che aveva suscitato le osservazioni critiche della Sezione, in punto di violazione del principio di legalità in materia sanzionatoria, espresse nel parere n. 2716 del 2019.

Sotto questo profilo ritiene la Sezione che il nuovo testo sia idoneo a superare il testé riferito rilievo critico formulato nel precedente parere del 2019 e che, quindi, in disparte le osservazioni specifiche che si svolgeranno qui di seguito, possa superare il presente vaglio di legittimità.

Analoghe conclusioni devono trarsi in ordine al secondo profilo osservato nel 2019, quello relativo al regime dell'audizione dell'incolpato, che qui risulta essere trattato in modo adeguato, sottraendosi, pertanto, a possibili censure in punto di legittimità.

26.4. Massofisioterapisti.

Con parere 8 luglio 2021, n. 1202 la sez. I ha giudicato legittimo il decreto 9 agosto 2019, nella parte in cui ritiene necessaria, ai fini dell'iscrizione negli elenchi speciali ad esaurimento, della maturazione di un'attività lavorativa pregressa per almeno 36 mesi al 31 dicembre 2018; il comma 537 dell'art. 1, l. n. 145 del 2018, che introduce la previsione dei 36 mesi anche per i massofisioterapisti, non è incostituzionale.

Ha ricordato la Sezione che il decreto 9 agosto 2019, in attuazione dell'art. 1, comma 538, l. n. 145 del 2018, oltre a istituire 17 elenchi speciali a esaurimento, ha previsto, con una distinta disciplina contenuta nell'art. 5, una regolazione specifica per l'elenco speciale ad esaurimento dei massofisioterapisti. E' quindi previsto che presso gli Ordini dei tecnici sanitari di radiologia medica e delle professioni sanitarie tecniche, della riabilitazione e della prevenzione sia istituito l'elenco speciale ad esaurimento dei massofisioterapisti il cui titolo è stato conseguito ai sensi della l. 19 maggio 1971, n. 403.

Ai fini dell'iscrizione all'elenco speciale in questione, si applicano le medesime disposizioni previste per gli altri elenchi speciali a esaurimento. Fa eccezione la disposizione in base a cui l'iscrizione all'elenco speciale dei massofisioterapisti non comporta di per sé l'equipollenza o l'equivalenza ai titoli necessari per l'esercizio delle professioni di cui all'art. 1, comma 1. E' da presumere che la disposizione sia stata reputata necessaria per distinguere i massofisioterapisti dalle altre professioni, in quanto solo queste ultime risultano essere professioni sanitarie.

Ha chiarito il parere che la scelta discrezionale del legislatore con l'art. 1, comma 538, l. n. 145 del 2018 è stata di assicurare un assetto stabile e di porre fine a una perdurante transizione relativa alle professioni sanitarie. Con riguardo alla figura dei massofisioterapisti, il legislatore si è limitato a stabilire l'abrogazione della disposizione istitutiva risalente al 1971.

E' da ritenere che, in considerazione di superiori esigenze di tutela della salute e a fronte di realtà, professionali e formative, molto disomogenee, il legislatore – e con esso il decreto ministeriale di attuazione - abbia inteso individuare un lasso temporale di riferimento certo per l'elenco speciale a esaurimento e, insieme, superare, anche per tali figure, l'indeterminatezza del quadro giuridico, consentendo anche a questi operatori - che possano dimostrare il possesso dei requisiti richiesti - l'iscrizione agli elenchi speciali.

26.5. Addetto ai servizi di controllo delle attività di intrattenimento e spettacolo.

La sez. I, con parere 1 marzo 2021, n. 292, ha dichiarato sensi dell'art. 1, comma 4, lett. c), d.m. 6 ottobre 2009, è legittimo il diniego di iscrizione nell'elenco del personale addetto ai servizi di controllo delle attività di intrattenimento e spettacolo opposto a soggetto segnalato per esercizio abusivo di attività di gioco o scommessa e per lesioni

personali e minaccia, nonché ripetutamente controllato in compagnia di persone gravate da numerosi precedenti di polizia per fattispecie penali di notevole gravità ed allarme sociale, ed in particolare reati in materia di detenzione di sostanze stupefacenti, ricettazione, furto, rapina, lesioni personali, violenza sessuale e minaccia.

Ha ricordato il parere che la figura dell'addetto ai servizi di controllo delle attività di intrattenimento e spettacolo in luoghi aperti al pubblico e nei pubblici esercizi è disciplinata dall'art. 3, commi 7 e ss., l. n. 94 del 2009. Detta norma prevede, tra l'altro, l'istituzione e la tenuta presso le Prefetture di un apposito elenco, presso il quale devono iscriversi le persone che svolgono questa attività, stabilendo una specifica sanzione amministrativa per chi la esercita senza esservi iscritto. Inoltre, l'art. 3, comma 9, della citata l. n. 94 del 2009 demanda ad un apposito decreto del Ministro dell'interno, tra l'altro, la fissazione dei requisiti per l'iscrizione in parola.

In attuazione di detta norma primaria è stato emanato il d.m. 6 ottobre 2009, quale modificato dal successivo d.m. 24 novembre 2016, che all'art. 1, comma 4, lett. c), richiede tra i requisiti per l'iscrizione nell'elenco che gli interessati "c) non risultino, negli ultimi cinque anni, denunciati o condannati anche con sentenza non definitiva, per uno dei reati di cui all'art. 4, primo e secondo comma, della l. 18 aprile 1975, n. 110, all'art. 5, l. 22 maggio 1975, n. 152, all'art. 2, comma 2, d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla l. 25 giugno 1993, n. 205, nonché per uno dei delitti contro l'ordine pubblico e dei delitti di comune pericolo mediante violenza, di cui al libro II, titolo V e titolo VI, capo I, e titolo XII del codice penale, nonché per i delitti di cui all'art. 380, comma 2, lettere f) ed h), del codice di procedura penale".

Detti decreti ministeriali sono stati, dunque, emanati in attuazione di una specifica previsione normativa, nel presupposto evidentemente ritenuto dal legislatore che per lo svolgimento dell'attività di addetto ai servizi di controllo delle attività di intrattenimento e spettacolo in luoghi aperti al pubblico e nei pubblici esercizi fossero necessari dei requisiti e delle garanzie di affidabilità ulteriori rispetto alle previsioni generali stabilite dall'art. 11 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza.

In proposito questo Consiglio ha, infatti, osservato che "il regolamento è stato emanato in attuazione dell'art. 3, l. n. 94 del 15 luglio 2009 e contiene, *ratione materiae*, regole speciali concernenti l'iscrizione nell'elenco e le modalità di selezione del personale addetto ai servizi di controllo, attività di per sé non disciplinata in quanto tale dal testo unico" (Cons. Stato, sez. III, n. 3820 del 2016).

Deve essere, inoltre, ricordato che la valutazione negativa ai fini dell'iscrizione nell'elenco in parola è giustificabile anche in situazioni che non hanno dato luogo a condanne penali o misure di sicurezza ma semplicemente a fatti non ascrivibili a buona condotta e che chi aspira a detta iscrizione deve avere, per l'appunto, una condotta immune da censure.

È pur vero che, per effetto della pronuncia n. 440 del 1993 della Corte costituzionale, la prova dell'assenza di tale requisito è a carico dell'Amministrazione, ma è altrettanto vero che nell'assolvimento di tale onere e nella pertinente valutazione l'autorità di pubblica sicurezza è investita di ampia discrezionalità nel valutare la complessiva personalità

del richiedente, apprezzando se lo stesso possieda la specifica attitudine e dia sicura affidabilità nell'attività autorizzata in relazione ai riflessi che tale attività viene ad assumere ai fini dell'efficace protezione dell'ordine e della sicurezza pubblica, beni giuridici di primario interesse (Cons. Stato, sez. III, n. 4278 del 2012), salvo l'obbligo di esternare le ragioni delle proprie decisioni attraverso un'adeguata motivazione (Cons. Stato, sez. I, n. 44 del 2021 e n. 2764 del 2018).

26.6. Dottori agronomi e forestali.

La sez. I, con parere 13 maggio 2021, n. 847 ha giudicato legittimo il decreto del Direttore generale settore politiche della montagna e della fauna selvatica della Regione Liguria del 21 dicembre 2018, n. 3464 secondo il quale i piani di assestamento devono essere sottoposti a collaudo tecnico-amministrativo da parte di esperto libero professionista iscritto all'Albo dei dottori agronomi e forestali.

Ha ricordato la Sezione che la giurisprudenza costituzionale ha chiaramente affermato che compete al legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, individuare competenze ed attribuzioni di ciascuna categoria professionale, essenzialmente sulla scorta del principio di professionalità specifica, il quale richiede, per l'esercizio delle attività intellettuali rivolte al pubblico, un adeguato livello di preparazione e di conoscenza delle materie inerenti alle attività stesse (Corte cost. n. 441 del 2000; n. 5 del 1999; n. 456 del 1993; n. 29 del 1990). Per intendere le ragioni della differenza di disciplina tra distinti professionisti, la Corte ha sottolineato che assume rilievo il principio di professionalità specifica e che la garanzia del diritto al lavoro non comporta una generale ed indistinta libertà di svolgere qualsiasi attività professionale, spettando pur sempre al legislatore di fissare condizioni e limiti in vista della tutela di altri interessi parimenti meritevoli di considerazione e, più in particolare, di valutare, nell'interesse della collettività e dei committenti, i requisiti di adeguata preparazione occorrenti per l'esercizio dell'attività professionale.

In particolare, ha osservato la Corte che la preparazione dell'agrotecnico, secondo il bagaglio formativo che si desume dal previsto curriculum scolastico (decreto del Ministro della pubblica istruzione 15 aprile 1994, recante i programmi e gli orari di insegnamento per i corsi post-qualifica degli istituti professionali di Stato), e che si evince, altresì, dal programma di base per l'esame di Stato di abilitazione professionale (art. 18 del decreto del Ministro della pubblica istruzione del 6 marzo 1997, n. 176, avente ad oggetto il regolamento recante norme per lo svolgimento di detti esami di Stato), è rivolta prevalentemente agli aspetti economici e gestionali dell'azienda agraria. Pertanto, per la Corte, non è irragionevole la delimitazione delle competenze professionali degli agrotecnici (nel caso specifico si trattava di compiti inerenti all'attività catastale di frazionamento dei terreni) (Corte cost. 6 ottobre 2000, n. 441).

Quanto alla giurisprudenza amministrativa, più volte è stata affrontata la questione relativa ai confini delle rispettive competenze dei dottori agronomi e forestali e degli agrotecnici e agrotecnici laureati. È stato invero osservato che l'art. 2, della legge professionale n. 3 del 1976 non contiene una clausola di riserva esclusiva alla competenza dei

dottori agronomi e forestali. Riserva che, d'altro canto, difficilmente potrebbe ipotizzarsi, attesa l'estrema latitudine e differenziazione delle competenze enucleate dalla previsione di legge, competenze che vanno dalla direzione e gestione delle imprese agrarie alla progettazione, direzione sorveglianza dei lavori relativi alle costruzioni rurali nonché alle operazioni di estimo, ai lavori ed incarichi relativi alla coltivazione delle piante, ai lavori catastali, alla valutazione e liquidazione degli usi civici, alle analisi fisico-chimico-microbiologiche del suolo, alle ricerche di mercato e alla progettazione dei lavori relativi al verde pubblico. Considerata l'ampiezza delle competenze dei dottori agronomi e forestali, si spiegano dunque le interferenze con quelle dei periti agrari nel settore della cura di boschi o foreste e con le competenze professionali di architetti ed ingegneri (art. 51, r.d. 23 ottobre 1925, n. 2537) nonché degli agrotecnici (art. 11, l. 6 giugno 1986, n. 251).

L'orientamento espresso dal Consiglio di Stato (sez. V, 1 febbraio 2017, n. 426) è stato nel senso di ritenere che le competenze professionali degli agrotecnici in materia di "opere di trasformazione e miglioramento fondiario" non comprendono interventi di sistemazione forestale, rimboschimento o difesa del suolo.

26.7. Guardia giurata zoofila.

La sez. I, con parere 2 marzo 2021, n. 309 ha dichiarato legittima la revoca della qualifica di guardia giurata zoofila, disposta dal Prefetto nei confronti di una guardia che ha esercitato poteri di vigilanza *ex* art. 6, comma 2, l. 20 luglio 2004, n. 189 in ambito protezionistico, su animali diversi da quelli di affezione - rientrando in tale categoria esclusivamente gli animali domestici o di compagnia con esclusione della fauna selvatica -, senza essere in possesso della qualifica di guardia venatoria volontaria e ciò in quanto – a tenore degli artt. 9 e 10 del Tulp – l'abuso del titolo è sufficiente per dubitare della permanenza del requisito dell'affidabilità, presupposto necessario per il conferimento di una qualifica autorizzativa di una attività di polizia.

Ha ricordato il parere che sulla portata dell'art. 6, l. n. 189 del 2004 si sono formati in giurisprudenza due diversi orientamenti.

Secondo un primo orientamento (Cass. pen., sez. VI, 18 maggio 2011, n. 28727) i poteri delle guardie particolari giurate zoofile non sarebbero limitati al controllo sugli animali da affezione, ma anzi sarebbe esteso anche ad essi.

Un secondo orientamento ha affermato che a tali guardie particolari giurate zoofile va riconosciuto il potere di vigilanza sul rispetto delle disposizioni della legge n. 189 del 2004, nonché le correlate funzioni di agente di polizia giudiziaria esclusivamente con riferimento alla tutela degli "animali da affezione", cioè gli animali domestici (Cass. pen., sez. III, 9 aprile 2008, n. 23631).

Ha fatto il punto dei due diversi orientamenti Cass. pen., sez. VI, 16 maggio 2019, n. 21508, intervenuta in un procedimento che vedeva una guardia particolare giurata zoofila condannata in secondo grado in relazione al reato di cui agli artt. 81 e 347 cod. pen. "per aver usurpato una funzione pubblica effettuando controlli venatori nei confronti di cacciatori, pur non avendo il titolo essendo egli in possesso di un decreto di guardia

particolare giurata zoofila che gli permetteva il solo controllo di cani da affezione, cioè di cani e gatti.” La stessa sentenza ha posto in evidenza che ”in ordine ai poteri riconosciuti dalla l. n. 189 del 2004, art. 6 alle guardie particolari giurate delle associazioni protezionistiche e zoofile riconosciute, nominate con decreto prefettizio, vi è un contrasto di vedute nella giurisprudenza di questa Corte, essendo stato, da un lato sostenuto che, in tema di caccia, a quelle guardie particolari giurate non spetta la qualifica di agenti di polizia giudiziaria per il solo fatto che è alle medesime affidata, a norma dell’art. 6, la vigilanza sull’applicazione della citata legge e delle altre norme poste a tutela degli “animali da affezione”, in quanto in tale categoria rientrano esclusivamente gli animali domestici o di compagnia con esclusione della fauna selvatica, non potendo essere attribuito al dato normativo un significato rimesso a criteri di valutazione meramente soggettiva (Cass. pen., sez. III, 9 aprile 2008, n. 23631); e, da altro lato, affermato che le competenze di polizia giudiziaria spettanti, quali agenti di polizia giudiziaria, alle guardie particolari giurate delle associazioni protezionistiche e zoofile riconosciute, ai sensi del citato art. 6, si estendono alla protezione di animali anche diversi da quelli di affezione (Cass. pen., sez. III, 18 maggio 2011, n. 28727).

La Sezione prima ha ritenuto preferibile, tra tali due indirizzi, il primo più restrittivo perché maggiormente rispettoso della lettera della legge. L’art. 6, comma 2, l. n. 189 del 2004, testualmente prevede che “La vigilanza sul rispetto della presente legge e delle altre norme relative alla protezione degli animali è affidata anche, con riguardo agli animali di affezione, nei limiti dei compiti attribuiti dai rispettivi decreti prefettizi di nomina, ai sensi degli artt. 55 e 57 cod. proc. pen., alle guardie particolari giurate delle associazioni protezionistiche e zoofile riconosciute”. Ora, è di tutta evidenza che l’avverbio “anche” è stato utilizzato dal legislatore con riferimento “alle guardie particolari giurate delle associazioni protezionistiche e zoofile riconosciute”, nel senso che anche a tali figure sono estesi quei poteri di vigilanza altrimenti riconosciuti agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, e non con riferimento alla frase “con riguardo agli animali di affezione”. Ne consegue che appare più corretto il principio enunciato nella prima delle due considerate sentenze, con la conseguenza che a tali guardie particolari giurate va riconosciuto il potere di vigilanza sul rispetto delle disposizioni della l. n. 189 del 2004, nonché le correlate funzioni di agente di polizia giudiziaria esclusivamente con riferimento alla tutela degli “animali da affezione”, cioè gli animali domestici.

27. Telecomunicazioni.

17.1. Testo unico dei servizi media audiovisivi e radiofonici.

Con il parere 30 settembre 2021, n. 1582 la Sezione atti normativi del Consiglio di Stato si è pronunciata sullo schema di decreto legislativo contenente le modifiche al TUSMAR in attuazione della Direttiva Ue 2018/1808.

Condivisa la scelta di rimettere gran parte della disciplina attuativa all’Autorità di regolazione di settore, l’Agcom, raccomandando l’avvio di una prassi di leale collaborazione, come già avvenuto con l’Anac per il codice appalti.

Il parere del Consiglio di Stato suggerisce al legislatore miglioramenti in relazione al rapporto con la disciplina regionale e ai richiami al principio di concorrenza.

Con riguardo alla nuova delimitazione dell'ambito locale radiofonico (raddoppio – con effetti di impatto regolatorio rilevanti – dell'attuale soglia di copertura dal 25 al 50 per cento) la Sezione rileva come tale previsione non risulti espressamente sorretta da uno specifico criterio di delega né da disposizioni della direttiva.

Troppo generiche sono state giudicate le prescrizioni dirette ai fornitori di servizi in ordine al “rispetto della dignità umana” e “dei principi e dei diritti” di cui alla l. n. 633 del 1941. La Sezione, in proposito, pone l'accento sulla tutela delle persone diversamente abili.

Positivo il giudizio sulle procedure per la risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici e tra utenti e fornitori di piattaforme. La Sezione chiede al Governo di valutare la possibilità di introdurre adeguati strumenti di monitoraggio al fine di poter progressivamente affinare i rimedi e adattarli alle esigenze emerse dalla prassi applicativa.

Si segnala che non risulta attuato il criterio di delega secondo il quale occorre “prevedere apposite misure per il contenimento del livello sonoro delle comunicazioni commerciali”. La Sezione riconosce sul punto che il Governo può discrezionalmente decidere di non esercitare, per taluni punti o riguardo a determinati criteri direttivi, la delega conferita dal Parlamento, ma ricorda che quest'ultimo aveva espressamente chiesto di arginare la diffusa tendenza degli operatori del settore di trasmettere i messaggi pubblicitari con un volume sonoro decisamente più alto rispetto a quello della trasmissione o del programma nei quali il messaggio è inserito, formulando a tal fine un apposito criterio direttivo molto chiaro, puntuale e specifico.

Quanto alla progressiva razionalizzazione dell'uso delle risorse frequenziali in tecnica analogica in particolare al fine di eliminare o minimizzare situazioni interferenziali con i paesi radio-elettricamente confinanti (nelle more dell'adozione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze radiofoniche in tecnica analogica) la Sezione richiama l'attenzione del Governo sulle possibili ricadute negative, anche economiche, sulla concorrenza, con particolare riguardo alla radiofonia soprattutto locale e alle imprese italiane, spesso di piccole e medie dimensioni, che operano in questo settore, che vedrebbero sacrificata la loro attività in ragione della tutela, ritenuta prevalente, dell'interesse dei paesi radio-elettricamente confinanti.

Per i fornitori di servizi di media audiovisivi a richiesta, che hanno la responsabilità editoriale di offerte rivolte ai consumatori in Italia, anche se stabiliti in altro Stato membro, il parere ricorda che, ai sensi della direttiva, si può ad essi chiedere di contribuire finanziariamente alla produzione di opere europee con contributi proporzionati e non discriminatori. Sul punto, il parere osserva che devono tuttavia essere precisati i casi in cui le prescrizioni non si applicano ai fornitori di servizi di media aventi sede in altri Stati membri (ad es., perchè aventi un fatturato o un pubblico di modesta entità). Il Consiglio di Stato ritiene che vadano poi coordinate le disposizioni in modo da chiarire

che, tra le opere europee, una sotto quota di investimento sia riservata a opere cinematografiche di espressione originale italiana ovunque prodotte da produttori indipendenti negli ultimi cinque anni.

Il parere condivide l'impostazione della nuova disciplina a tutela del pluralismo delle fonti di informazione, che fornisce attuazione alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (causa C-719/18), Vivendi SA contro Agcom e nei confronti di Mediaset s.p.a..

Auspica, tuttavia, una riconsiderazione della figura della "nullità" per tutte "le operazioni di concentrazione e le intese". Tale previsione generale potrebbe non essere giustificabile in tutti i casi, alla luce dell'introduzione di un ampio potere di apprezzamento tecnico-discrezionale, riservato all'Autorità, sulla base di meri indici orientativi di rilevanza della sussistenza di "posizioni di significativo potere di mercato lesive del pluralismo".

Il Consiglio di Stato rammenta che vanno chiariti alcuni aspetti relativi al filtro nell'accesso alla programmazione in favore dei partiti e dei gruppi rappresentati in Parlamento, dei Consigli regionali, delle organizzazioni associative delle autonomie locali, dei sindacati nazionali, delle confessioni religiose, dei movimenti politici dotati di un sufficiente grado di rappresentatività. In particolare dev'essere precisata la modalità per determinare il criterio del "sufficiente grado di rappresentatività".

Il parere chiede di specificare meglio le ragioni per le quali si sono ampliati i requisiti di accesso alla candidatura per l'elezione del componente del consiglio di amministrazione espresso dall'assemblea dei dipendenti della Rai-Radiotelevisione italiana s.p.a..

Nell'ambito dell'adeguamento della normativa vigente, si invita il Governo a valutare se tra le cause ostative all'accesso alla carica di membro del consiglio di amministrazione o alla sua conservazione debba essere introdotto il riferimento anche ai commissari straordinari del Governo, in sintonia con quanto previsto dalla legge sul conflitto di interessi (l. n. 215 del 2004), e se, nel procedimento di revoca dei componenti del consiglio di amministrazione, vada qualificato l'intervento della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi come vero e proprio parere e non più come valutazione.

Quanto alle previsioni su Agcom, ad avviso della Sezione il suo nuovo potere sanzionatorio in materia di violazioni delle norme sul diritto d'autore deve essere precisato e coordinato con le sanzioni esistenti. Oltre alle sanzioni a tutela dei minori, deve essere chiarito che le violazioni in materia di tutela dei diritti fondamentali e di accessibilità è sanzionata da Agcom anche nel caso in cui tali violazioni non riguardino i minori.

Deve essere infine precisato che Agcom applica le sanzioni non più con riferimento alle posizioni dominanti, ma con riguardo alle posizioni di significativo potere di mercato lesive del pluralismo.

In questa prospettiva, anche i poteri sanzionatori di Agcom concernenti i servizi di piattaforma per la condivisione di video vanno raccordati con il diverso grado di specificità dei vari precetti.

In termini generali, andrà operata una revisione della entità delle sanzioni, anche nel loro limite massimo, che tenga ragionevolmente conto del valore e del tipo di bene di volta in volta tutelato, allo scopo di assicurarne, da un lato, la portata deterrente e, dall'altro, l'idoneità a contribuire ad un adeguato e coerente sviluppo del mercato dell'audiovisivo, secondo i criteri di proporzionalità, ragionevolezza ed efficacia.

28. Energia.

28.1. Programma energetico ambientale regionale (Pear) della Lombardia.

La sez. I, con parere 11 maggio 2021, n. 843 ha giudicato legittimo il Programma energetico ambientale regionale (Pear) della Lombardia e gli atti di indirizzo attuativo che, con scelta discrezionale di tipo programmatico e pianificatorio sindacabile in questa sede solo per macroscopici vizi di sproporzione e illogicità, ha ragionevolmente graduato e differenziato, tra aree agricole di pregio e altre aree agricole, divieti e limiti, relativi alle Fonti di energia rinnovabile (Fer), in modo da raggiungere un punto di equilibrio tra le esigenze di sviluppo della produzione di energia da fonti rinnovabili e le (non minusvalenti, né recessive) esigenze di salvaguardia della produzione agricola e del valore ecosistemico più generale insito nelle aree agricole (*ex art. 44 Cost.*).

Ha chiarito il parere che il Programma energetico ambientale regionale (Pear) ha individuato le aree e i siti non idonei all'installazione di specifiche tipologie di impianti a fonti energetiche rinnovabili e, per quanto attiene agli impianti fotovoltaici a terra, stabilisce che nelle aree agricole strategiche possono essere costruiti impianti di potenza non superiore ai 200 kW, mentre nelle aree agricole possono essere installati impianti fotovoltaici di tipologia F3.13 da installarsi al suolo con potenza di picco risultante dall'estensione in pianta pari al massimo al 5 per cento della Sau, in proprietà dell'impresa agricola iscritta alla specifica sezione del registro delle imprese e l'impianto non può comunque avere potenza di picco maggiore di 1 MW.

Il Pear della Regione Lombardia ha inoltre classificato il territorio agricolo lombardo in due categorie: 1) aree agricole interessate da produzioni di particolare qualità e tipicità, 2) restanti aree agricole diverse da quelle della categoria precedente. Orbene, nelle “restanti aree agricole diverse da quelle della categoria precedente” (ossia diverse da quelle interessate da produzioni di particolare qualità e tipicità) non possono evidentemente farsi rientrare nell'ambito delle prime, come una loro sottocategoria (così da lasciar fuori da questa disciplina tutte le altre aree agricole residuali, che sarebbero, secondo la tesi di parte ricorrente, liberamente occupabili, senza alcun limite, con impianti fotovoltaici di ogni genere e tipologia).

Del tutto correttamente e legittimamente la Regione Lombardia, in attuazione delle previsioni di cui al d.m. 10 settembre 2010 (recante le Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili), ha stabilito, nelle Linee guida regionali per i procedimenti amministrativi di autorizzazione agli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili approvate con la delibera n. 3298 del 2012, nel punto V, distinti criteri di tutela per le aree agricole di pregio (“aree agricole interessate da produzioni di particolare qualità e tipicità”) e per le “restanti aree agricole diverse da quelle della categoria

precedente”. Per le prime le Linee guida considerano il “suolo agricolo quale spazio per la produzione di alimenti, la salvaguardia delle produzioni agroalimentari locali di qualità, anche sulla base dello sviluppo dell’ambiente rurale di cui all’art. 7, l. n. 57 del 2001, nonché della tutela dei distretti agroalimentari di qualità di cui all’art. 13, d.lgs. n. 228 del 2001”, mentre per le seconde considerano il “suolo agricolo quale spazio dedicato alla produzione di alimenti, alla tutela della biodiversità, all’equilibrio del territorio e dell’ambiente, alla produzione di utilità pubbliche quali la qualità dell’aria e dell’acqua, la difesa idrogeologica, la qualità della vita di tutta la popolazione e quale elemento costitutivo del sistema rurale, nello spirito di quanto previsto dall’art. 4 *quater*, l. reg. n. 31 del 2008”. Ma è evidente che le aree della seconda categoria residuale, ossia le restanti “aree agricole diverse da quelle della categoria precedente”, lungi dall’essere ignorate e lasciate prive di qualsiasi rilevanza ai fini di possibili condizioni e limiti all’installazione di impianti Fer, sono anch’esse prese in considerazione e sottoposte a criteri di salvaguardia.

28. Ordinamento giudiziario.

28.1. Partecipazione dei componenti c.d. laici del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana all’Adunanza generale.

La sez. I, con parere 11 febbraio 2021, n. 186 ha affermato che i componenti c.d. laici del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana possono di partecipare all’Adunanza generale del Consiglio di Stato limitatamente agli affari della Regione Sicilia, ossia rimessi dal medesimo C.g.a..

Ha chiarito il parere, con specifico riferimento ai componenti c.d. laici del C.g.a., che ai sensi dell’art. 6, comma 1, “il prefetto è designato dal Ministro dell’interno, di concerto con il Ministro per gli affari regionali”, mentre i componenti di cui all’articolo 3, comma 1, lettera d) e all’art. 4, comma 1, lettera d) – cioè i componenti “in possesso dei requisiti di cui all’art. 106, comma 3, della Costituzione per la nomina a consigliere di Cassazione ovvero di cui all’art. 19, comma 1, numero 2), l. n. 186 del 1982 ” delle sezioni consultiva e giurisdizionale – sono designati dal Presidente della Regione siciliana. Costoro sono poi nominati “con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, cui partecipa il Presidente delle Regione siciliana ai sensi dell’art. 21, comma 3, dello Statuto” (art. 6, comma 3).

Giova infine ricordare che “i componenti designati dalla Regione e il prefetto durano in carica sei anni, decorrenti per ciascuno di essi dalla data del rispettivo giuramento, e non possono essere confermati” e “alla scadenza del sessennio i componenti del Consiglio di giustizia amministrativa designati dal Presidente della Regione e il prefetto cessano dalla carica e dall’esercizio delle funzioni” (art. 6, commi 4 e 5).

Sempre la Corte costituzionale, in relazione alla presenza dei c.d. “laici”, ha affermato - come sopra detto - che la peculiare struttura e composizione del Consiglio di giustizia amministrativa delineate dal decreto n. 373 appaiono pienamente giustificate (Corte cost. 4 novembre 2004, n. 316).

A questo riguardo è significativo ricordare che lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige (ed il relativo decreto di attuazione 6 aprile 1984, n. 426) si sia ispirato agli stessi principi di autonomia, riproducendo sostanzialmente, a distanza di anni, il modello organizzativo siciliano basato sulla presenza, nell'organo di giustizia amministrativa, di membri "non togati" designati in sede locale. Si tratta evidentemente di un modello del tutto particolare fondato sulla "specialità" di alcuni statuti regionali i quali possono anche, nel campo dell'organizzazione giudiziaria, contenere norme a loro volta espressive di autonomia.

Il C.g.a., in considerazione del carattere unitario del complesso costituito dal Consiglio in questione e dal Consiglio di Stato, può deferire l'affare consultivo all'Adunanza generale del Consiglio di Stato e, per le controversie in sede giurisdizionale, rimettere la decisione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in esatta corrispondenza all'analoga facoltà delle altre sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

L'art. 9, comma 3, sancisce al riguardo che "quando il parere riguarda materie che incidano notevolmente sugli interessi generali dello Stato o di altre Regioni, il Consiglio può deferirne l'esame all'Adunanza generale del Consiglio di Stato, sentita sul punto la Regione. In tale caso l'Adunanza generale esamina gli affari su preavviso del Consiglio di giustizia amministrativa e con l'intervento di almeno due magistrati di quest'ultimo"; a ciò si aggiunga che all'Adunanza generale del Consiglio di Stato, composta ai sensi dell'art. 9, comma 3, è altresì devoluta la cognizione dei conflitti di competenza, in sede consultiva, tra il Consiglio di giustizia amministrativa e il Consiglio di Stato. Inoltre, ai sensi dell'art. 10, comma 4, "ove il punto di diritto sottoposto all'esame del Consiglio di giustizia amministrativa abbia dato luogo o possa dar luogo a contrasti giurisprudenziali con le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, la Sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa può, in qualunque stadio del processo, deferire la cognizione del ricorso all'Adunanza plenaria delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. In tale caso, l'Adunanza plenaria è integrata da due magistrati della Sezione medesima".

Le criticità interpretative.

Ai sensi degli artt. 19 e 20, r.d. n. 1054 del 1924, il Segretario Generale è tenuto ad avvisare della fissazione delle sedute i componenti dell'Adunanza generale legittimati a parteciparvi. In tale veste, anche in esecuzione di quanto stabilito dal Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa nella delibera del 14 novembre 2005 – che, come riferito al paragrafo 1.1., ha ritenuto che i componenti c.d. laici del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, possano partecipare all'Adunanza generale limitatamente agli affari della Regione siciliana rimessi dallo stesso Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa – il Segretario generale ha sempre avvisato i consiglieri di Stato assegnati al Consiglio di Presidenza, mentre i componenti c.d. laici sono stati invitati soltanto quando dovevano essere trattati gli affari della Regione siciliana rimessi dallo stesso Consiglio di Presidenza.

Il quesito relativo alla sussistenza o meno in capo ai componenti laici del Consiglio di Presidenza del titolo a partecipare all'Adunanza generale nonchè all'esistenza o meno di

limitazioni a tale diritto, dipende, a giudizio del Segretario generale, dalla formulazione, da un lato, dell'art. 3, comma 1, della l. 186/1982, ai sensi del quale l'Adunanza generale è composta da tutti i magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato e, dall'altro lato, dell'art. 9, d.lgs. n. 373 del 2003, per il quale nel caso in cui il parere richiesto al C.g.a. riguardi materie che incidono notevolmente sugli interessi dello Stato o di altre Regioni, la questione può essere deferita all'Adunanza generale del Consiglio di Stato, con l'intervento di "almeno due magistrati" del C.g.a..

In particolare, sarebbero prospettabili due letture diverse. Secondo la prima lettura, i componenti del C.g.a. non sarebbero qualificabili come magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato e la loro partecipazione all'Adunanza generale sarebbe consentita dall'articolo 9 cit., che costituirebbe una norma legittimante di natura speciale e derogatoria.

In base ad una diversa lettura, invece, essendo il C.g.a. una sezione staccata del Consiglio di Stato, i magistrati in servizio presso il C.g.a., compresi i componenti c.d. laici, dovrebbero intendersi magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato con conseguente legittimazione a partecipare all'Adunanza generale.

A sostegno di quest'ultima lettura deporrebbero gli artt. 2 e 7, d.lgs. n. 373 del 2003 e l'art. 23 dello Statuto della Regione siciliana. In questa prospettiva, diversamente dalla prima, l'art. 9 cit. non sarebbe una norma legittimante di natura speciale e derogatoria ma si limiterebbe a prescrivere un requisito ulteriore di validità stabilendo che, nel caso di affari deferiti all'Adunanza generale del Consiglio di Stato dal C.g.a., debbano intervenire almeno due componenti del C.g.a. stesso. Seguendo questo ragionamento, i componenti c.d. laici del C.g.a. dovrebbero essere sempre chiamati a partecipare all'Adunanza generale, costituendo la loro partecipazione adempimento di un obbligo di servizio.

Alla luce del quadro sino a qui delineato, reputa la Sezione che debba darsi continuità all'orientamento espresso nel 2005 dal Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa e alla prassi sin qui seguita nella convocazione dell'Adunanza generale.

Ed invero, l'equiparazione contenuta all'art. 7, d.lgs. n. 373 del 2003 – ai sensi del quale ai componenti c.d. laici "durante il periodo di durata in carica, si applicano le norme concernenti lo stato giuridico e il regime disciplinare dei magistrati del Consiglio di Stato" – è prevista dalla legge solo con riferimento allo status di magistrato ma non anche in relazione alle funzioni esercitate.

Il quadro normativo sin qui delineato impone quindi di distinguere tra le funzioni svolte dal componente laico (afferente lato sensu al "rapporto organico" con l'Ente) e il rapporto giuridico del componente laico instaurato con la giustizia amministrativa (il rapporto di servizio).

In relazione al primo profilo ("rapporto organico") vi è un legame funzionale esclusivamente con l'attività giurisdizionale e consultiva relativa agli affari di interesse regionale. Dalla ricostruzione delle norme vigenti ora richiamate emerge, infatti, che i componenti laici svolgono una funzione legata all'amministrazione della giustizia esclusivamente nel territorio regionale e alle controversie in cui è interessata la regione stessa.

Con riferimento al secondo profilo (“rapporto di servizio”), invece, vi è, per il periodo del mandato, l’equiparazione ai magistrati del Consiglio di Stato. I componenti laici, nel periodo in cui svolgono il loro mandato, hanno il medesimo stato giuridico dei consiglieri di Stato e, conseguentemente, sono assoggettati al regime disciplinare di questi ultimi.

Ciò, peraltro, giustifica la ragione per cui hanno sempre goduto, durante il loro mandato, dell’elettorato attivo in occasione delle elezioni dei componenti del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa.

Le conclusioni ora raggiunte sono avvalorate anche dalla ragione storica dell’istituzione del Consiglio di Giustizia Amministrativa nonché dalla specifica competenza a quest’ultimo demandata dallo Statuto siciliano e dalla legge.

In primo luogo, risulta innegabile che al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana sono devolute solo le questioni relative a “gli affari concernenti la Regione” e conseguentemente a tale oggetto deve risultare limitata la “competenza” e le “funzioni” dei componenti laici.

Ulteriore conferma, in secondo luogo, la si ritrova nel fatto che le ipotesi in cui i predetti componenti laici possono partecipare all’assunzione delle decisioni presso il Consiglio di Stato – ossia i casi previsti dagli artt. 9, comma 3, e 10, comma 4, d.lgs. n. 373 del 2003 – sono riferibili esclusivamente a controversie che interessano la Regione Siciliana. Ed invero, l’art. 9, comma 3, ora cit., nel prescrivere che “l’Adunanza generale esamina gli affari su preavviso del Consiglio di giustizia amministrativa e con l’intervento di almeno due magistrati di quest’ultimo”, si limita ad affermare unicamente che è necessaria la presenza di due magistrati del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la validità della adunanza quando si discute di affari inerenti la Regione Siciliana. Nessuna indicazione espressa, invece, vi è nel senso della possibilità di partecipare alle decisioni dell’Adunanza generale e dell’Adunanza plenaria quando non vengono in discussione questioni che riguardano la Sicilia.

In terzo luogo, l’impossibilità di operare una totale assimilazione discende anche dalla disposizione secondo cui, ai fini della validità delle deliberazioni della Sezione consultiva del C.g.a., “occorre il voto di non meno di quattro membri della Sezione, tra cui almeno un magistrato del Consiglio di Stato” con conseguente distinzione funzionale tra i componenti laici e i consiglieri di Stato. Ed invero, se i primi fossero assimilati in toto ai secondi, tale disposizione non avrebbe ragion d’essere.

In coerenza con tale assunto, infine, si spiega la ragione per cui all’Adunanza generale del Consiglio di Stato devono partecipare i consiglieri di Stato anche se in servizio presso il Consiglio di Giustizia Amministrativa.

29. Attività consultiva del Consiglio di Stato.

Con parere 28 dicembre 2021, n. 1984 la sez. I ha affermato che il Consiglio di Stato in sede consultiva fornisce il proprio parere facoltativo solo su questioni di massima, la cui soluzione potrà guidare la successiva azione amministrativa nel suo futuro esplicarsi; è esclusa, pertanto, la possibilità di emettere pareri su aspetti minimali relativi ad “un

ordinario segmento del procedimento amministrativo”, e ciò in quanto il supporto consultivo, da un lato, non può e non deve sostituirsi all’amministrazione nel dovere di provvedere e, dall’altro, non può invadere l’ambito di operatività delle attribuzioni dell’Avvocatura dello Stato nella sua funzione generale di consulenza alle pubbliche amministrazioni.

Nell’esercizio dell’attività consultiva, il Consiglio di Stato, quale organo di consulenza imparziale e terzo dello Stato-ordinamento e non dello Stato apparato, non è destinato dunque a supportare le scelte decisionali delle Amministrazioni, quante volte esse ritengano, a loro discrezione, di avvalersi della consulenza del Consiglio stesso, dal momento che la funzione consultiva svolta nell’interesse non dell’ordinamento generale, ma dell’Amministrazione assistita, compete all’Avvocatura dello Stato (Cons. Stato, sez. II, 9 marzo 2011, n. 1589; id., comm. spec., 26 settembre 2017, n. 2065; id., sez. I, 2 febbraio 2012, n. 1).

Tale conclusione è pienamente coerente con l’idea “di un’evoluzione sostanziale delle funzioni consultive del Consiglio di Stato di cui all’art. 100 Cost.” e con la necessità di inquadrare le funzioni consultive “in una visione sistemica e al passo coi tempi, confermando il ruolo del Consiglio di Stato come un *advisory board* delle Istituzioni del Paese anche in un ordinamento profondamente innovato e pluralizzato” (Cons. Stato, comm. spec., 18 ottobre 2017, n. 2162; id. 17 gennaio 2017, n. 83; id. 2 agosto 2016, n. 1767). Così ragionando, le funzioni consultive del Consiglio di Stato si rivolgono, nella prassi più recente, oltre che a singoli ‘atti’, anche a sostenere “i ‘processi’ di riforma, accompagnandoli in tutte le loro fasi e indipendentemente dalla natura degli atti di attuazione, fornendo sostegno consultivo ai soggetti responsabili dell’attività di implementazione” (Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767). Va inoltre aggiunto, per quanto di rilevanza nel presente quesito, che il Consiglio ha reiteratamente escluso la “possibilità di richiedere pareri facoltativi su materie o fattispecie per le quali già siano pendenti o in corso di attivazione controversie giurisdizionali” (parere n. 2941 del 2005). In talune pronunce è stato inoltre affermato che “in presenza di contrasti interpretativi già insorti, la richiesta di parere è inammissibile” (Cons. Stato, sez. II, 26 giugno 2013, n. 3006 e id. 9 marzo 2011, n. 1589). Dai summenzionati pareri si evince come l’attività consultiva, di tipo facoltativo, non possa richiedersi quando vada ad incidere, direttamente od indirettamente, su un contenzioso in atto, o potenziale, avente lo stesso oggetto del quesito posto dall’amministrazione, poiché in tali casi l’esercizio della funzione consultiva potrebbe dar luogo ad indebite sovrapposizioni, che arrecherebbero un vulnus al principio di imparzialità del giudice e di parità fra le parti, sancito espressamente oggi a livello costituzionale dall’art. 111, comma 2, Cost. (cfr. parere n. 118 del 2002).

30. Ricorso straordinario al Capo dello Stato e al Presidente della Regione siciliana.

La sez. I, con parere 16 febbraio 2021, n. 203, ha dichiarato inammissibile il ricorso straordinario proposto avverso provvedimenti di Comuni della Regione siciliana e rivolto al Presidente della Repubblica e non al Presidente della Regione Siciliana; peraltro

nell'eventualità che il ricorso sia riproposto tempestivamente davanti al Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Siciliana, debbano essere tuttavia fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda di annullamento, alle condizioni di cui all'art. 11 c.p.a. e secondo il meccanismo della *translatio iudicii*, di cui è espressione legislativa l'art. 59, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69.

Ha ricordato la Sezione che ai sensi dell'art. 23, comma 4, dello Statuto della Regione Siciliana, gli atti amministrativi emanati dagli organi regionali "o da organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione, ivi compresi, quindi, quelli degli Enti locali, possono essere impugnati con ricorso straordinario diretto al Presidente della Regione - che li decide (con istruttoria compiuta dal competente assessorato), sentito il Consiglio di Giustizia amministrativa - e non possono, pertanto, formare oggetto di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica" (Cons. Stato, sez. I, n. 538 del 2020; n. 4671 del 7 luglio 2010; id., sez. IV, n. 1646 del 13 ottobre 2007; id., sez. I, n. 538 del 19 gennaio 1979).

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana pronuncia ordinariamente un cospicuo numero di pareri relativi a ricorsi straordinari avverso provvedimenti di Comuni della Regione Siciliana.

In un parere non recente (17 luglio 1984, n. 104), il C.g.a. a sezioni riunite ha evidenziato che "la categoria degli atti amministrativi regionali di cui all'art. 23, ultimo comma, Stat. Sic., non comprende soltanto atti dell'amministrazione diretta della Regione (atti soggettivamente regionali), ma anche quelli di tutti gli altri enti della Sicilia - tra cui i Comuni - incardinati nell'organizzazione amministrativa indiretta della medesima e persino quelli delle autorità statali, sedenti nell'Isola, emanati in materia di competenza regionale". I Comuni siciliani sarebbero compresi tra gli enti per i quali vale la competenza e un potere di supremazia da parte della Regione cui corrisponderebbe una posizione di soggezione da parte dei medesimi Comuni.

La Sezione ha quindi analizzato i presupposti che hanno indotto la giurisprudenza a dichiarare inammissibili i ricorsi straordinari avverso provvedimenti di Comuni siciliani, presentati al Consiglio di Stato.

In particolare ha effettuato due tipi di riscontro.

Il primo consiste nella riconducibilità dei Comuni della Regione Siciliana alla categoria degli "organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione" alla stregua di quanto finora elaborato dalla citata giurisprudenza.

Il secondo riscontro, subordinato all'esito negativo del primo, è costituito dalla verifica circa la sussistenza di un altro titolo, in grado di configurare i provvedimenti dei comuni della Regione Siciliana alla stregua di "atti regionali", secondo quanto previsto dall'art. 23, comma 4, dello Statuto della Regione Siciliana.

E' di tutta evidenza che, nell'ipotesi in cui entrambi i riscontri dovessero offrire un esito negativo, si dovrebbe trarre la conclusione che i provvedimenti comunali in questione non possano essere assimilati agli atti regionali e che sia competente il Consiglio di Stato - e non il C.g.a. - sui relativi ricorsi straordinari, con l'ulteriore conseguenza che l'odierno ricorso risulterebbe ammissibile.

La Sezione ha ritenuto di dare risposta negativa al primo riscontro e risposta positiva al secondo, per cui il ricorso odierno è inammissibile.

Venendo al primo profilo, infatti, non può essere eluso un aspetto che ha segnato in maniera inequivocabile nel nostro ordinamento la configurazione degli enti locali (a partire da Comuni e Province) a far tempo dal 2001.

Con la riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione (legge costituzionale n. 3 del 2001) è stata complessivamente potenziata l'autonomia organizzativa, funzionale e finanziaria degli enti territoriali e, al loro interno e per quanto qui rileva, dei Comuni.

In particolare, il "nuovo" art. 114 Cost., oltre a elencare tutti gli enti territoriali che, a partire dai Comuni, compongono la Repubblica (primo comma), riconosce sia agli enti locali (Comuni, Province, Città metropolitane) sia alle Regioni la natura di enti autonomi, ponendoli su un piano di pari dignità istituzionale, pur nella distinzione dei rispettivi poteri e prerogative.

In tal modo, quindi, l'art. 114 Cost. - come è stato notato anche da numerosi commentatori - riconoscendo agli enti locali pari dignità istituzionale rispetto agli «enti maggiori», avrebbe sancito un pluralismo istituzionale paritario, sì da non consentire più rapporti di gerarchia o anche solo di preminenza tra i diversi enti che compongono la Repubblica.

Sarebbe così venuta meno la struttura verticale delle autonomie territoriali, propria della Costituzione del 1948, in favore di un sistema istituzionale costituito da una pluralità di enti, tra loro integrati ma autonomi, sia pure connotati da diverse tipologie e gradazioni di poteri e funzioni.

Né si può omettere di annotare che, con la riforma del Titolo V, sono stati abrogati gli artt. 125 (controlli amministrativi statali sulle Regioni) e 130 (controlli delle Regioni sugli enti locali) Cost. Per quanto l'art. 114 Cost. costituisca una enunciazione di principio destinata a trovare immediata declinazione nelle successive disposizioni costituzionali e nelle relative interpretazioni e applicazioni, la novella costituzionale presenta un rilievo e ricadute che l'interprete non può trascurare.

Sebbene sia da dubitare della totale e diretta applicabilità del nuovo Titolo V alle Regioni a statuto speciale, se non altro in virtù dell'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001, in base a cui, sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite, tuttavia non può lasciare indifferenti l'introduzione di un canone costituzionale di tale rilievo, anche solo nella qualificazione dei rapporti tra Regioni a statuto speciale e Comuni insistenti sul relativo territorio, ai fini del riparto di competenze sui ricorsi straordinari.

Non è dato riscontrare nella giurisprudenza costituzionale l'enucleazione di un netto principio per ricomprendere anche gli enti locali (quali comuni e province) nella ponderazione della più ampia autonomia e dunque per concludere circa la diretta applicabilità della riforma costituzionale (ad es. l'art. 114 Cost.) alle Regioni a statuto speciale.

Occorre dunque valutare se possa essere pretermessa, in sede interpretativa, qualsiasi lettura adeguatrice, se non altro al fine di determinare la giurisdizione (alias competenza) per il ricorso straordinario.

Come si è visto, la competenza del Consiglio di Stato a decidere sui ricorsi straordinari per l'annullamento di provvedimenti di Comuni della Regione Siciliana è stata esclusa, con l'inclusione dei provvedimenti dei Comuni medesimi tra quelli degli organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione, sì da poterli considerare facenti parte degli atti regionali di cui all'art. 23, comma 4, dello Statuto.

Una interpretazione del genere, ad avviso della Sezione, va adeguata alle disposizioni costituzionali citate, a partire dall'art. 114 Cost., e ai principi enucleabili dalla riforma costituzionale.

Quale che sia l'estensione dell'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001 alla Regione Siciliana è da escludere che gli atti degli enti locali (i comuni, nel caso di specie) siano da ricomprendere ancora tra gli atti della Regione in quanto organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione.

Il primo riscontro produce pertanto un esito negativo.

15. A un esito diverso approda invece il secondo riscontro.

Con riferimento al testo dello Statuto siciliano, viene in rilievo l'attribuzione all'Assemblea regionale della legislazione esclusiva nella materia "regime degli enti locali e delle circoscrizioni relative" (art. 14, comma 1). Inoltre, l'ordinamento degli enti locali si basa nella Regione stessa sui Comuni e sui liberi Consorzi comunali, dotati della più ampia autonomia amministrativa e finanziaria ed è nel quadro di tali principi generali che spetta alla Regione la legislazione esclusiva e l'esecuzione diretta in materia di circoscrizione, ordinamento e controllo degli enti locali (art. 15, commi 2 e 3).

Occorre allora considerare se i provvedimenti comunali siano da ricomprendere tra gli atti regionali in quanto riferiti al territorio regionale ("atti nella Regione" e non "atti della Regione") e in presenza di una competenza legislativa regionale di carattere generale sull'ordinamento degli enti locali.

La competenza legislativa non importerebbe un automatico effetto di supremazia e direzione ma si risolverebbe in un'attrazione dei provvedimenti comunali nell'alveo regionale proprio *ex* art. 23, comma 4, dello Statuto.

Una soluzione del genere risulta coerente tanto con lo Statuto quanto con il quadro costituzionale sopra delineato né contrasta con la prospettata e tradizionale ricostruzione degli atti regionali da intendersi congiuntamente in senso soggettivo e in senso oggettivo.

Il titolo che conduce a un esito positivo del secondo riscontro, salvaguardando i profili di rilievo costituzionale già richiamati, e a confermare l'inammissibilità dei ricorsi straordinari presentati al Consiglio di Stato avverso provvedimenti di Comuni siciliani, è quindi da indentificare nella compresenza dei seguenti elementi: l'adozione dei provvedimenti da parte di enti (i Comuni) insistenti sul territorio comunale; la competenza legislativa regionale di carattere generale sull'ordinamento degli enti locali.

Nel giungere a tale conclusione, la Sezione non ha ignorato le conseguenze che ne derivano o, per meglio dire, continuano a derivarne, connesse alla natura giustiziale, ma sempre più assimilabile alla giurisdizione, del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Tale tratto – che già aveva trovato riconoscimento da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee che, in occasione della decisione sulle cause riunite C-69/96 e 79/96, aveva legittimato il Consiglio di Stato a sollevare una questione pregiudiziale di interpretazione davanti al giudice comunitario - risulta potenziato a seguito della l. 18 giugno 2009, n. 69, con la quale è stata introdotta la possibilità, per il Consiglio di Stato in sede consultiva, di rinviare alla Corte costituzionale questioni di legittimità costituzionale ed è stata, al contempo, abrogata la potestà del Governo di deliberare in senso difforme rispetto al parere espresso dal Consiglio di Stato.

Il parere del Consiglio di Stato ha dunque assunto i connotati di una vera e propria “decisione” vincolante.

Ebbene, come ha ricordato questa Sezione con il parere n. 2848 del 12 novembre 2019, la sentenza della Corte cost. 9 febbraio 2018, n. 24, ha affrontato trasversalmente la questione dell’applicabilità delle regole convenzionali in tema di equo processo, sottolineando che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è, come noto, rimedio alternativo al ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo e che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si traggono conclusioni negative sulla riferibilità alla decisione del ricorso straordinario delle garanzie convenzionali in tema di equo processo, come confermato dalle pronunce nelle quali la stessa Corte si è direttamente occupata di questo particolare rimedio, in tre occasioni, e in due delle quali proprio con specifico riferimento alla previsione dell’art. 6 della Cedu.

In particolare, nella decisione 28 settembre 1999, Nardella contro Italia, la Corte Edu aveva ricostruito la disciplina dell’istituto del ricorso straordinario come rimedio speciale ed escluso che esso – con riferimento al ritardo nella cui decisione il ricorrente si doleva nel caso di specie – ricadesse nell’ambito di applicazione della Convenzione.

In tale pronuncia era stato sottolineato come, optando per il gravame speciale del ricorso straordinario, il ricorrente (che pure era stato informato della possibilità di proporre il ricorso giurisdizionale) aveva scelto esso stesso di esperire un rimedio che si pone fuori dall’ambito di applicazione dell’art. 6 della Convenzione.

Sulla base dei medesimi argomenti e richiamando il caso Nardella, nella decisione 31 marzo 2005, Nasalli Rocca contro Italia, la Corte Edu ha dichiarato irricevibile un ricorso proposto a essa dal ricorrente che aveva preventivamente esposto le sue ragioni in alcune lettere al Presidente della Repubblica.

Ad analoghe conclusioni la Corte di Strasburgo è giunta nella sentenza 2 aprile 2013, Tarantino e altri contro Italia, in cui ha ribadito che la parte ricorrente, “presentando un appello speciale al Presidente della Repubblica nel 2007”, non aveva avviato un procedimento contenzioso del tipo descritto all’articolo 6 della Convenzione.

La Sezione deve tuttavia annotare che, ancor più di recente, la Corte Edu (sez. I, Mediani c. Italia, 1° ottobre 2020, ric.11036/14) ha riconosciuto – diversamente dal passato -

che le tutele della Convenzione Edu (segnatamente l'art. 6 sulla ragionevole durata dei processi) sono riferibili anche al ricorso straordinario.

Ciò in ragione delle modifiche legislative intervenute nel 2009 (l. n. 69 del 2009) e nel 2010 (d.lgs. n. 104 del 2010). Il carattere vincolante del parere del Consiglio di Stato sul ricorso straordinario, la possibilità di sollevare incidente di costituzionalità, la possibilità di presentare il ricorso straordinario per le materie di competenza del giudice amministrativo, la possibilità di presentare opposizione e di riportare il ricorso davanti al giudice amministrativo, come pure di attivare il giudizio di ottemperanza nel caso di omessa esecuzione del decreto presidenziale in termini analoghi al giudicato amministrativo hanno indotto la Corte Edu a considerare compiuta la trasformazione del ricorso straordinario in un "*judicial remedy*" e a riconoscerne, ai fini convenzionali, la giurisdizionalizzazione, con l'applicabilità delle conseguenti garanzie.

La svolta della Corte Edu si riverbera su un punto nevralgico: l'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 373 del 2004 consente ancora al Presidente della Regione, a seguito di delibera di Giunta, di disattendere il parere del C.g.a., che risulterebbe pertanto obbligatorio ma non vincolante (similmente a quanto accadeva per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, fino al 2009).

Le Sezioni Unite della Cassazione (n. 2065 del 2011) hanno suggerito un effetto abrogativo implicito, sul punto, nei confronti del ricorso al Presidente della Regione Siciliana, dopo la l. n. 69 del 2009. Hanno infatti sostenuto che "l'evoluzione del sistema, che porta dunque a configurare la decisione su ricorso straordinario come provvedimento che, pur non essendo formalmente giurisdizionale, è tuttavia suscettibile di tutela mediante il giudizio d'ottemperanza, deve trovare applicazione, in guisa di corollario, per la analoga decisione resa dal Presidente della Regione Siciliana ai sensi della sopra richiamata normativa regionale, modellata - come s'è visto - sulla disciplina dettata per il ricorso straordinario al Capo dello Stato (dovendosi dunque riconoscere carattere vincolante anche al parere espresso dal Consiglio di Giustizia Amministrativa e dovendosi ammettere il potere di tale organismo di sollevare questioni di legittimità costituzionale rilevanti ai fini dell'espressione del parere; al riguardo, la dottrina parla di abrogazione tacita indiretta delle disposizioni del d.lgs. n. 373 del 2003 che contrastino con le previsioni introdotte dell'art. 69, l. n. 69 del 2009)".

Tuttavia, merita rilevare che il C.g.a., nel parere n. 61 del 2020 sulla "Direttiva sui ricorsi straordinari al Presidente della Regione Siciliana - Disciplina dell'istituto e aggiornamenti legislativi e giurisprudenziali. Rispetto dei termini per l'istruzione" ha precisato che "il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, nonostante le pur evidenti affinità (soprattutto di carattere procedurale), non è giuridicamente assimilabile...al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica" e ha confermato la permanenza della facoltà per il Presidente della Regione di non dare seguito al parere del C.g.a. sulla base di una deliberazione del governo regionale.

Ha infatti sottolineato (punto n. 12.5 del parere) che la disposizione di cui all'art. 9, d.lgs. n. 370 del 2003, "in quanto contenuta in una fonte speciale e rinforzata (posto che il citato d.lgs. n. 373 del 2003 reca norme di attuazione dello Statuto regionale), certamente

prevale in parte qua sull'art. 69 della menzionata l. n. 69 del 2009, là dove si prevede la soppressione della decisione in difformità del Consiglio dei Ministri”.

La decisione odierna sulla inammissibilità del ricorso straordinario in esame produce quindi conseguenze sul piano delle garanzie, ulteriormente rimarcate dalla diversa posizione e responsabilità istituzionale del Presidente della Regione Siciliana (nella duplice veste di suprema autorità regionale e di vertice del Governo regionale) rispetto al Presidente della Repubblica.

Tali conseguenze si sostanziano, nel ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana, nella perdurante facoltà per il Presidente, sulla base di una deliberazione del governo regionale, di non dare seguito al parere del C.g.a.; a ciò consegue, alla luce della giurisprudenza della Corte Edu, l'impossibilità di fare valere le tutele della Convenzione, a partire dall'art. 6 sulla ragionevole durata dei processi.

Al contrario, come si è visto, le medesime tutele sono ora applicabili al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica in virtù del carattere decisorio del parere del Consiglio di Stato.

Ritiene peraltro la Sezione che vada favorito il rafforzamento delle garanzie offerte dall'ordinamento, nei suoi rapporti con le tutele assicurate dalla Convenzione Edu, quale che sia il rimedio giustiziale (ricorso al Presidente della Repubblica ovvero al Presidente della Regione siciliana). È dunque auspicabile che le decisioni in rito sulla inammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (in favore del rimedio giustiziale al Presidente della Regione siciliana) non si riflettano in una contrazione delle tutele convenzionali per il singolo.

Sulle conseguenze e gli effetti abrogativi della l. n. 69 del 2009 si sono pronunciati in modo distinto la Suprema Corte di Cassazione e il C.g.a., sintomo evidente della necessità di una valutazione e rimediazione, anche a livello normativo, della questione.

Per tali motivi il Collegio – in applicazione dell'art. 58, r.d. n. 444 del 1942 (“Quando dall'esame degli affari discussi dal Consiglio risulti che la legislazione vigente è in qualche parte oscura, imperfetta od incompleta, il Consiglio ne fa rapporto al Capo del Governo”) – ritiene necessario trasmettere il presente parere alla Presidenza del Consiglio dei ministri e al Ministro per gli affari regionali e le autonomie per l'eventuale assunzione delle iniziative legislative in materia.

Il medesimo parere, in ragione della specifica connotazione dei decreti legislativi attuativi degli Statuti delle Regioni a statuto speciale, sarà trasmesso anche alla Presidenza della Regione Siciliana.

Con parere 10 marzo 2021, n. 359 la sez. I ha affermato che si applicano anche ai ricorsi straordinari le disposizioni dettate dall'art. 103, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 24 aprile 2020, n. 27, e dall'art. 37, comma 1, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla l. l. n. 40 del 2020, secondo cui ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, non si computa il periodo compreso tra la medesima data e quella del

15 maggio 2020. Una diversa conclusione condurrebbe altrimenti a esiti palesemente irragionevoli, che lascerebbero sguarnito il procedimento giustiziale del ricorso straordinario della garanzia costituita dalla sospensione dei termini, anche e soprattutto a tutela della parte privata, e, nel caso di specie, rischierebbe di indebolire il principio del contraddittorio. Invece, la sospensione di tutti i termini, con distinta disciplina, è espressamente prevista e riservata dall'art. 84, d.l. n. 18 del 2020 al solo processo amministrativo, sempre in concomitanza con l'emergenza epidemiologica da Covid-19.

La sez. I, con parere 17 novembre 2021, n. 1756 ha ricordato che l'art. 10, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 dispone, al comma 1, che "I controinteressati, entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso, possono richiedere, con atto notificato al ricorrente e all'organo che ha emanato il provvedimento impugnato, che il ricorso sia deciso in sede giurisdizionale". La Corte costituzionale, con sentenza n. 148 del 1982, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della prefata disposizione, nella parte in cui, ai fini della facoltà di scelta ivi prevista, non equipara ai controinteressati l'ente pubblico, diverso dallo Stato, che ha emanato l'atto impugnato con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Il Codice del processo amministrativo, poi, ha generalizzato la facoltà di opposizione, disponendo, all'art. 48 comma 1, che "Qualora la parte nei cui confronti sia stato proposto ricorso straordinario ai sensi dell'art. 8 e ss., d.P.R. n. 1199 del 1971, proponga opposizione, il giudizio segue dinanzi al tribunale amministrativo regionale [...]", dovendosi, pertanto, ritenere che il potere di richiedere la trasposizione spetti a qualsiasi amministrazione, anche quella statale.

Notificata, dunque, l'opposizione alla trattazione della controversia in sede straordinaria, consegue l'improcedibilità del ricorso straordinario, risultando l'Amministrazione ed il Consiglio di Stato in sede consultiva spogliati di ogni potere decisorio.

Ha aggiunto il parere che una volta eseguita una nuova notifica, la sanatoria della prima non può essere invocata ai fini della decorrenza da essa di un termine perentorio e decadenziale che gravi su altra parte del procedimento, quale quello posto a carico del controinteressato per la proposizione dell'atto di opposizione.

Ciò in quanto, ad avviso del parere, in primo luogo la sanatoria per raggiungimento dello scopo vale a conservare l'ammissibilità dell'atto in favore del soggetto che lo ha posto in essere per le finalità che ad esso pertengono direttamente (nella specie, la proposizione del ricorso straordinario e l'instaurazione del contraddittorio); di poi, perché il controinteressato, in presenza di una seconda notificazione del ricorso, ragionevolmente ritiene che la prima sia stata irrituale e, pertanto, pone un legittimo affidamento sulla validità della seconda, anche ai fini della decorrenza dei termini relativi a facoltà procedurali dallo stesso esercitabili entro un lasso temporale che rinviene, come l'opposizione, il proprio *dies a quo* nella notifica del gravame.

In disparte dai rilievi sopra svolti, deve comunque essere evidenziato che l'effettuazione di una nuova notificazione del ricorso rinnova anche le facoltà concesse alle altre parti per effetto della stessa; dovendosi in tal modo ritenere, anche a prescindere dalla validità

della prima notifica nei confronti del controinteressato, che quella effettuata successivamente a sanatoria abbia fatto nuovamente decorrere il termine per la proposizione dell'opposizione. E tanto in conformità alla *ratio* che informa la normativa regolatrice del ricorso straordinario, ispirata al principio del *favor iurisdictionis*.

Ha infine chiarito il parere che l'irritualità della notificazione di un atto a mezzo di posta elettronica certificata non ne comporta la nullità se la consegna dello stesso ha comunque prodotto il risultato della sua conoscenza e determinato così il raggiungimento del suo scopo legale.

D'altra parte, costituisce consolidato orientamento che l'art. 11, l. 21 gennaio 1994, n. 53, laddove commina la nullità della notificazione eseguita personalmente dall'avvocato "se non sono osservate le disposizioni di cui agli articoli precedenti", non intende affatto sanzionare con l'inefficacia anche le più innocue irregolarità – in relazione alle quali non viene in rilievo la violazione del diritto di difesa o altro pregiudizio per la decisione finale, bensì al più una mera irregolarità sanabile in virtù del principio di raggiungimento dello scopo – laddove la consegna telematica ha prodotto comunque il risultato della conoscenza dell'atto e determinato così il raggiungimento dello scopo legale, per avere la parte ricevuto la notifica e compreso il contenuto dell'atto (Cass. civ., sez. un., n. 30927 del 2018; n. 23620 del 2018; n. 14042 del 2018; n. 20625 del 2017, n. 19814 del 2017).

La stessa sez. I, con parere 9 luglio 2021, n. 1213, ha affermato che nel ricorso straordinario la mancata trasmissione delle controdeduzioni dell'amministrazione o, più in generale, della relazione ministeriale alla parte ricorrente non può essere ricondotta all'errore di fatto revocatorio.

Ha ricordato il parere che attesa la peculiarità del ricorso straordinario – il mancato invio della documentazione allegata alla relazione non può integrare errore di fatto revocatorio.

Giova precisare che, per l'opinione prevalente, il ricorso straordinario continua ad avere una connotazione *sui generis*. In primo luogo, occorre ricordare che per l'art. 49, comma 1, r.d. 21 aprile 1942, n. 444 "gli affari sui quali è chiesto parere non possono essere discussi con l'intervento degli interessati o dei loro rappresentanti o consulenti". Il parere, dunque, è espresso in una seduta non pubblica e non è ammessa la discussione orale, né occorre dare avviso alle parti della data della seduta e dei nomi dei componenti dell'adunanza (Cons. Stato, sez. I, 26 ottobre 2005, n. 1407; id., sez. III, 9 gennaio 2003, n. 3600).

In secondo luogo, lo stesso Consiglio di Stato, nel riconoscimento della 'giurisdizionalizzazione' del rimedio *de quo*, afferma la non totale equiparabilità ai rimedi giurisdizionali, evidenziando "la specificità (e la sommarietà) della procedura originata dal ricorso straordinario, a confronto con quella disciplinata dal codice del processo amministrativo secondo i canoni più rigorosi del giusto processo" (Cons. Stato, sez. III, 4 agosto 2011, n. 4666) ed affermando che "il procedimento di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario conduce a qualificare il rimedio come tendenzialmente giurisdizionale

nella sostanza, ma formalmente amministrativo” e dunque “l’equiparazione alla giurisdizione” non “può dirsi piena”. In particolare poi, “il modello di istruttoria previsto dal d.P.R. n. 1199 del 1971, basato sull’affidamento dell’indagine e dell’acquisizione degli atti rilevanti alle strutture ministeriali, senza contraddittorio orale con le parti, e con esclusione di strumenti come la consulenza tecnica d’ufficio che invece sono entrati nel processo amministrativo, risulta lontano dal modulo processuale. Il contraddittorio previsto dall’attuale disciplina è di tipo scritto, difettando una disciplina di pubblicità del dibattimento” (Cons. Stato, sez. I, 7 maggio 2012, n. 2131).

Analogamente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che “la raggiunta natura di decisione di giustizia non significa anche che ogni aspetto della procedura (in particolare, l’istruttoria) sia pienamente compatibile con il canone costituzionale dell’art. 24 Cost., e con la garanzia del pieno contraddittorio, del diritto alla prova e all’accesso agli atti del procedimento; nonché - dopo il noto nuovo corso della giurisprudenza costituzionale (Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007) - con il parametro interposto del diritto ad un processo equo ex art. 6 Cedu” (Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2012 n. 23464).

Sulla base di quanto sin qui detto, dunque, non vi è coincidenza tout court con gli altri rimedi giurisdizionali sul piano dei principi applicabili; conseguentemente deve pervenirsi alla conclusione che la non perfetta operatività delle garanzie della pubblicità e della oralità non va a collidere con le norme costituzionali e convenzionali in materia (art. 24 Cost e art. 6 Cedu).

Di recente, anche la Corte costituzionale - che già si era espressa nel senso che “al fine della verifica del rispetto del principio di pubblicità, occorre guardare alla procedura giudiziaria nazionale nel suo complesso: sicché, a condizione che una pubblica udienza sia stata tenuta in prima istanza, l’assenza di analoga udienza in secondo o in terzo grado può bene trovare giustificazione nelle particolari caratteristiche del giudizio di cui si tratta” (Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80) - con la sentenza 9 febbraio 2018, n. 24 ha affrontato nuovamente e trasversalmente la questione dell’applicabilità delle regole convenzionali in tema di equo processo. Per la Corte “il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è, come noto, rimedio alternativo al ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo, spettando al ricorrente di scegliere liberamente fra l’una e l’altra via, con l’unica conseguenza che una volta scelta una non è più possibile intraprendere l’altra, e salva restando naturalmente la facoltà dei controinteressati di chiedere la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario eventualmente prescelto dal ricorrente”. E “del resto, che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si traggano conclusioni negative sulla riferibilità alla decisione del ricorso straordinario delle garanzie convenzionali in tema di equo processo è confermato dalle pronunce nelle quali la stessa Corte si è direttamente occupata di questo particolare rimedio. Ciò è avvenuto in tre occasioni, e in due delle quali proprio con specifico riferimento alla previsione dell’art. 6 della Cedu” (Corte cost. 9 febbraio 2018, n. 24).

Va, infatti, ricordato che nella decisione 28 settembre 1999, Nardella contro Italia, la Corte Edu ricostruisce la disciplina dell’istituto del ricorso straordinario come rimedio

speciale ed esclude che esso – del ritardo nella cui decisione il ricorrente si doleva nel caso di specie – ricada nell’ambito di applicazione della Convenzione. Per la stessa ragione osserva che il ricorso al Presidente della Repubblica non rientra fra quelli che devono essere esperiti previamente al ricorso *ex art. 35* della Convenzione stessa. Ciò premesso, nella pronuncia è sottolineato come, optando per il gravame speciale del ricorso straordinario, il ricorrente (che pure è stato informato della possibilità di proporre il ricorso giurisdizionale) sceglie esso stesso di esperire un rimedio che si pone fuori dall’ambito di applicazione dell’art. 6 della Convenzione.

Sulla base dei medesimi argomenti e richiamando il caso Nardella, nella decisione 31 marzo 2005, Nasalli Rocca contro Italia, la Corte Edu ha dichiarato irricevibile un ricorso proposto a essa dal ricorrente che aveva preventivamente esposto le sue ragioni in alcune lettere al Presidente della Repubblica. La Corte osserva che tali lettere, anche a volerle considerare equivalenti a un rimedio straordinario, non ricadono comunque nella sfera di applicazione dell’art. 35 della Convenzione.

Particolarmente significativo è che alle stesse conclusioni la Corte di Strasburgo pervenga nella sentenza 2 aprile 2013, Tarantino e altri contro Italia, successiva quindi alla riforma del 2009, dove ribadisce che la parte ricorrente, “presentando un appello speciale al Presidente della Repubblica nel 2007, non ha avviato un procedimento contenzioso del tipo descritto all’art. 6 della Convenzione (si veda Nardella c. Italia (dec.), n. 45814/99, Cedu 1999-VII, e Nasalli Rocca (dec.)), e che, pertanto, la disposizione non è applicabile” (par. 62).

In definitiva, il ricorso straordinario non è totalmente equiparabile ai rimedi giurisdizionali e, sulla base della giurisprudenza richiamata, non vi è contrasto né con la Costituzione né con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Al ricorso straordinario non si applica la regola in base alla quale l’onere del contributo unificato è a definitivo carico della parte soccombente. Lo ha affermato la sez. I, con il parere 29 gennaio 2021, n. 118, secondo cui una statuizione di condanna in ordine al pagamento del contributo unificato non è consentita. A tanto osta in primo luogo il rilievo che, come sopra visto, non sono ammissibili in sede di ricorso straordinario azioni di condanna, trattandosi di rimedio esclusivamente impugnatorio.

Di poi, va evidenziato che l’istituto non contempla la regolazione delle spese del procedimento e, pertanto, non è ammissibile una pronuncia direttamente riferita al soggetto tenuto al pagamento del contributo unificato; ciò pur nella considerazione che l’emolumento in parola rientra comunque nelle “spese di giustizia” e, dunque, negli oneri sopportati per la percorribilità del rimedio giustiziale in parola.

In disparte tali argomentazioni, va infine rilevato che, in assenza di un potere di regolazione delle spese, osta alla possibilità di adottare statuizioni di condanna al pagamento del contributo unificato anche la natura tributaria dello stesso, la quale esclude in materia la giurisdizione del giudice amministrativo (e, di conseguenza, *ex art. 7*, comma 8, c.p.a., l’ammissibilità del ricorso straordinario); evidenziandosi in proposito che la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2020, n. 2785; id., sez. IV, 21 ottobre 2019, n. 7142; id., sez. V, 13 marzo 2019, n. 1670) ha chiarito che le controversie relative sia alla

spettanza che alla misura del contributo unificato rientrano nella giurisdizione del giudice tributario ai sensi del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

Esulando, dunque, tale questione dall'ambito cognitorio e decisorio proprio del ricorso straordinario, essa è, infine, irrilevante ai fini della definizione dello stesso in termini di improcedibilità del gravame per sopravvenuta carenza di interesse, dovendo detto esito essere in via esclusiva ancorato al rilievo della inutilità della sola pronuncia adottabile in tale sede, che è, come sopra evidenziato, limitata all'annullamento dell'atto e non può comprendere statuizioni relative al soggetto sul quale grava l'onere del contributo unificato.

Tanto a maggior ragione in considerazione del fatto che in tal modo non vi è comunque alcuna limitazione del diritto di difesa e della tutela giurisdizionale, ben potendo le ragioni del privato trovare piena ed adeguata tutela dinanzi al giudice tributario, fornito della giurisdizione in materia.

Oltre gli assorbenti rilievi di cui innanzi, vanno svolte le seguenti ulteriori considerazioni.

La normativa disciplinatrice del contributo unificato è contenuta nel d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, recante il "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia" ed, in particolare nella Parte II (Voci di spesa), al Titolo I, rubricato "Contributo unificato nel processo civile e amministrativo".

L'art. 9 dispone che "E' dovuto il contributo unificato di iscrizione a ruolo, per ciascun grado di giudizio, nel processo civile, compresa la procedura concorsuale e di volontaria giurisdizione, e nel processo amministrativo, secondo gli importi previsti dall'art. 13 e salvo le esenzioni previste dall'art. 10".

L'art. 13, rubricato "Importi", disciplina, al comma 6-*bis*, la misura della somma a tale titolo dovuta per i ricorsi proposti davanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato; in particolare, per quanto di interesse nella presente sede, la lettera e) prevede che "in tutti gli altri casi non previsti dalle lettere precedenti e per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nei casi ammessi dalla normativa vigente, il contributo dovuto è di euro 650".

Rilevante è, poi, la disposizione del successivo comma 6-*bis*.1., a mente del quale "Gli importi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del comma 6-*bis* sono aumentati della metà ove il difensore non indichi il proprio indirizzo di posta elettronica certificata e il proprio recapito fax, ai sensi dell'art.136 c.p.a. ...ovvero quando la parte ometta di indicare il codice fiscale nel ricorso. L'onere relativo al pagamento dei suddetti contributi è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente, anche nel caso di compensazione giudiziale delle spese e anche se essa non si è costituita in giudizio. Ai fini predetti, la soccombenza si determina con il passaggio in giudicato della sentenza...".

Dal combinato disposto delle richiamate previsioni normative si desume che il contributo unificato è dovuto anche per il caso di proposizione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e che lo stesso viene corrisposto dal soggetto che propone il ricorso.

Deve, peraltro, essere verificato se trovi applicazione anche per il ricorso straordinario la regola in base alla quale il relativo onere è a definitivo carico della parte soccombente. La Sezione ha ritenuto di dare al quesito risposta negativa. Invero, la disposizione prevede che lo stesso “è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente, anche in caso di compensazione giudiziale delle spese...”. L’inciso “giudiziale” ed il riferimento all’istituto della compensazione delle spese lasciano intendere che la norma trovi applicazione solo per le ipotesi nelle quali è previsto l’istituto delle spese e della loro regolazione da parte dell’organo decidente.

Ciò, come sopra visto, è possibile solo nei procedimenti giurisdizionali e non anche nel procedimento che si instaura con il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, che resta pertanto escluso dall’applicazione della suddetta regola dell’onere a definitivo carico della parte soccombente.

Rilevante, ai fini della non applicabilità della disposizione in materia di gravame straordinario, è poi l’indicazione del tipo di provvedimento dal quale dedurre la situazione di soccombenza della parte.

Il richiamato comma 6-*bis*.1. prevede che, al fine della individuazione del soggetto sul quale grava in via definitiva l’onere del contributo unificato, “la soccombenza si determina con il passaggio in giudicato della sentenza”.

Vi è, dunque, riferimento alla “sentenza”, la quale è un tipico provvedimento del giudice, proprio dei procedimenti giurisdizionali, non rinvenibile nel ricorso straordinario, il quale viene deciso con un decreto del Presidente della Repubblica e previo parere del Consiglio di Stato in sede consultiva.

I sopra esposti elementi letterali inducono, pertanto, a ritenere che, in assenza di espresse previsioni normative inequivocabilmente riferite anche al ricorso straordinario, la regola della soccombenza, ai fini del definitivo carico del tributo, possa operare solo per i procedimenti giurisdizionali.

Né risulta in senso contrario dirimente l’indicazione della lettera e) del comma 6-*bis*, contenuta nella prima parte della disposizione [la lettera e) prevede l’importo del contributo unificato dovuto per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica], nel senso che il rinvio ai “suddetti contributi” (e, dunque, anche alle previsioni della lettera e), operato nel secondo periodo del comma 6-*bis*.1., debba far ritenere applicabile la regola della soccombenza anche in materia di ricorso straordinario.

Vi è, invero, che la richiamata lettera e) non contempla in via esclusiva l’importo del contributo dovuto per il ricorso straordinario, ma, con previsione residuale, si riferisce anche “a tutti gli altri casi non previsti dalle lettere precedenti”, onde la regola della soccombenza, limitata alla sola ipotesi di procedimenti che si concludono con sentenza, ben può avere un senso come riferita ai soli procedimenti tipicamente giurisdizionali rientranti nelle previsioni della lettera e) diversi dal ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

D’altra parte, l’espreso riferimento normativo alla richiamata lettera e) non riguarda direttamente la regolazione del contributo unificato in caso di soccombenza, ma la distinta e specifica disposizione secondo cui “gli importi... sono aumentati della metà ove

il difensore non indichi il proprio indirizzo di posta elettronica certificata e il proprio recapito fax...ovvero qualora la parte ometta di indicare il codice fiscale nel ricorso”.

In disparte quanto sopra evidenziato, la Sezione ha osservato che comunque la regola del definitivo carico dell'onere del contributo sulla parte soccombente non può operare nel caso di definizione del contenzioso in rito.

Invero, la previsione del comma 6-*bis*.1. opera solo in caso di soccombenza, che si determina con il passaggio in giudicato della sentenza.

L'utilizzo del termine “soccombenza” esprime la presenza di una pronuncia sul merito del ricorso, in termini di accoglimento ovvero di rigetto della domanda proposta.

La regola della soccombenza, ai fini del definitivo carico del contributo unificato, non trova, pertanto, applicazione nei casi in cui la controversia sia definita in rito.

In tali ipotesi, invece, il contributo unificato resta a carico della parte ricorrente, la quale, come previsto dall'articolo 9, è tenuta a versarlo al momento della presentazione del ricorso.

Invero, nella decisione in rito non vi è soccombenza del soggetto diverso da quello che ha proposto il ricorso, ma il rilievo di ragioni ostative che, incidendo sull'ammissibilità ovvero sulla procedibilità del gravame, impediscono l'assunzione di una pronuncia sul merito dello stesso.

L'inapplicabilità della regola del definitivo carico del contributo in capo a soggetto diverso da quello che ha proposto il ricorso in ipotesi di decisioni in rito è, inoltre, confermata dalla complessiva lettura dell'art. 6, d.P.R. n. 115 del 2002 e, in particolare, dai contenuti del comma 1-*quater*.

Questo prevede che “Quando l'impugnazione, anche incidentale, è respinta integralmente o è dichiarata inammissibile o improcedibile, la parte che l'ha proposta è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale, a norma del comma 1-*bis*”.

La norma, pur riferendosi espressamente ai giudizi di impugnazione ed al versamento di un importo ulteriore, sempre comunque a titolo di contributo unificato, rispetto alla somma originariamente versata all'atto di proposizione del gravame, esprime comunque il principio che la pronuncia di inammissibilità ovvero di improcedibilità lasciano a carico del ricorrente l'onere del tributo del quale in questa sede si controverte; confermando, pertanto, che nella specie non è possibile configurare una soccombenza dell'altra parte e, di conseguenza, trasferire su questa il relativo importo.

ATTIVITA' GIURISDIZIONALE

SOMMARIO: **1. Questioni di rilevante impatto sociale.** **1.1.** Emergenza Covid-19. **1.2.** Indennizzo conseguente a trasfusione con sangue infetto. **1.3.** Sperimentazione sugli animali ai fini di ricerca. **1.4.** Persecuzione razziale. **1.5.** Blocco delle attività degli impianti *ex Ilva*. **1.6.** Infezione Xylella Fastidiosa. **1.7.** Società *start-up* innovative. **2. Autorità amministrative indipendenti.** **2.1.** Sindacabilità della attività di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti. **2.2.** Natura dei termini dei procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti. *Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm)*. **2.3.** Concorrenza, misure cautelari e smaltimento delle bottiglie di plastica. **2.4.** La responsabilità dell'*hosting provider* in materia di pratiche commerciali scorrette. - *Autorità di regolazione dei trasporti (Art)*. **2.5.** Finanziamento dell'Autorità di regolazione dei trasporti. **2.6.** Regolazione delle tariffe ferroviarie. - *Autorità di regolazione del mercato elettrico italiano (Arera)*. **2.7.** Servizio idrico integrato. **2.8.** Silenzio assenso sull'approvazione, da parte di Arera, della proposta tariffaria del servizio idrico integrato. **2.9.** Potere prescrittivo esercitato dall'Arera relativamente all'ordine di restituzione di somme oggetto di rapporti contrattuali privatistici. - *Banca d'Italia*. **2.11.** La valutazione della Banca di Italia sui contratti posti in essere dagli intermediari finanziari. - *Consob*. **3. Enti locali.** **3.1.** Debiti degli Enti locali. **3.2.** Scioglimento del Consiglio comunale. **4. Elezioni.** **4.1.** Obbligo di rappresentatività di entrambi i sessi nelle liste elettorali nei comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti. **4.2.** Contrassegno di lista nelle elezioni amministrative comunali. **5. Sicurezza pubblica.** **5.1.** Informativa antimafia. **5.2.** Ammonizione. **5.3.** Daspo. **6. Circolazione stradale.** **7. Straniero.** **7.1.** Permesso di soggiorno. **7.2.** Concessione della cittadinanza italiana. **8. Pubblica amministrazione.** **8.1.** Fatturazione elettronica. **9. Provvedimento amministrativo.** **9.1.** Convalida dell'atto amministrativo. **9.2.** Esaurimento degli effetti del provvedimento amministrativo. **9.3.** Natura degli atti d'obbligo. **10. Autotutela.** **10.1.** Limiti temporali per l'esercizio del potere di autotutela. **11. Revoca.** **12. Difensore civico.** **13. Accesso ai documenti.** **13.1.** Accesso difensivo. **13.2.** Accesso ai documenti e giudizio pendente su questioni di interpretazione di norme giuridiche per la cui risoluzione l'accesso non è indispensabile. **13.3.** Accesso alle cartelle esattoriali. **13.4.** Accesso alle offerte tecniche di gara. **13.5.** Accesso civico generalizzato al Piano Sanitario Nazionale in risposta ad una eventuale emergenza pandemica da Covid-19. **14. Sanità.** **14.1.** Libera scelta del c.d. medico di base. **14.2.** Tetti di spesa sanitaria. **14.3.** Accreditemento delle strutture sanitarie private. **14.4.** Livelli essenziali di assistenza. **14.5.** Assistenza indiretta. **14.6.** Servizi sanitari, socio-sanitari e socio-assistenziali. **14.7.** Prezzo delle protesi acustiche. **15. Farmaci.** **15.1.** Distribuzione del farmaco diretta e per conto. **15.2.** Medicinali dispensabili senza prescrizione medica. **15.3.** Prescrivibilità di un farmaco in regime PHT da parte del medico di medicina generale. **15.4.** Farmaci biologici o biotecnologici e farmaci chimici. **16. Farmacia.** **16.1.** Gestione di farmacia da parte di società composta da sanitari. **16.2.** Diritto di prelazione incondizionato in favore dei farmacisti dipendenti di una farmacia comunale.

16.3. Attività di farmacista e grossista. **17 Alimenti.** **18. Pubblico impiego.** **18.1.** Ripetizione di somme indebitamente corrisposte al dipendente. **18.2.** Attività extraistituzionali non autorizzate. **19. Insegnanti universitari.** **20. Pubblica istruzione.** **20.1.** Ammissione degli specializzandi iscritti ai Tirocini formativi attivi/Sostegno (TFA/S) al concorso riservato. **20.2.** Graduatorie ad esaurimento. **21. Contratti della Pubblica amministrazione.** **21.1.** Suddivisione della gara in lotti. **21.2.** Appalti di servizi. **21.3.** Appalti di fornitura. **21.4.** Appalti presso la Camera dei deputati. **21.5.** Concessione servizi. **21.6.** Principio di equivalenza. **21.7.** Soggetti partecipanti alla gara. **21.8.** Requisiti di partecipazione. **21.9.** Subappalto. **21.10.** Avvalimento. **21.11.** Cessione di ramo di azienda. **21.12.** Iscrizione all'Albo dei gestori ambientali. **21.13.** Commissione di gara. **21.14.** Esclusione dalla gara pubblica. **21.15.** Poteri dell'Anac. **21.16.** Cauzione provvisoria. **21.17.** Offerta di gara. **21.18.** Inefficacia del contratto di appalto. **21.19.** Commissariamento *ex art.* 32, comma 1, lett. b), d.l. n. 90 del 2020. **22. Concessioni.** **22.1.** Concessioni demaniali. **23. Ambiente.** **23.1.** Valutazione di impatto ambientale. **24. Inquinamento.** **25. Paesaggio.** **25.1.** Tutela del paesaggio. **25.2.** Apertura di un *Fast food* alle Terme di Caracalla. **26. Beni culturali.** **26.1.** Vincolo culturale. **26.2.** Tutela indiretta del bene culturale. **26.3.** Discrezionalità tecnica esercitata dalla Soprintendenza per i beni culturali ed ambientali. **26.4.** Concessione della Certosa di Trisulti alla *Dignitatis Humanae* e limiti temporali per l'esercizio del potere di autotutela. **27. Mare.** **28. Pesca.** **23 ter.1.** Individuazione delle unità da autorizzare per la pesca del tonno rosso. **29. Urbanistica.** **29.1.** Convenzione urbanistica. **29.2.** Piano paesaggistico territoriale. **29.3.** Danno da tardiva stipula di convenzione urbanistica. **30. Espropriazione.** **31. Edilizia.** **31.1.** Regolamento edilizio. **31.2.** Piano regolatore. **31.3.** Permesso di costruire. **31.4.** Scia. **31.5.** Distanze tra edifici. **31.6.** Distanze tra edifici. **31.7.** Certificato di agibilità. **31.8.** Destinazione d'uso di un immobile. **31.9.** Abusi edilizi. **31.10.** Lottizzazione abusiva. **31.11.** Sanatoria di opere abusive. **31.12.** Condonò edilizio. **31.13.** Ordine di demolizione. **32. Energia.** **32.1.** Mercato di distribuzione dell'energia elettrica ai fini della regolazione delle spese. **32.2.** Poteri dell'Arera e misure perequative. **33. Sport.** **34. Giochi.** **35. Agricoltura.** **35.1.** Quote latte. **36. Animali.** **36.1.** Cattura dell'orso per cattivazione. **36.2.** Influenza viaria. **36.3.** Detenzione di animali esotici. **37. Dogana.** **37. Rifiuti.** **37.1.** Costo complessivo del servizio di smaltimento dei rifiuti. **37.2.** Principio di prossimità nella localizzazione di impianti di smaltimento dei rifiuti speciali. **37.3.** Ubicazione del centro di raccolta differenziata. **38. Contributi e finanziamenti.** **38.1.** Aiuto *de minimis* alle imprese e cumulo con altri aiuti. **38.2** Revoca di agevolazioni finanziarie per l'assenza originaria dei presupposti. **38.3.** Revoca dei finanziamenti per progetti di ricerca. **39. Imposte e tasse.** **39.1.** Soggetto tenuto al versamento Cosap in caso di concessione del suolo comunale per le infrastrutture di telecomunicazione. **39.2.** Effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 sulla *Robin Hood Tax*. **39.3.** Regime fiscale delle locazioni brevi. **40. Telecomunicazioni.** **40.1.** Divieto di affollamento pubblicitario. **40.2.** Stazioni radiofoniche. **40.3.** Criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile. **40.4.** Rimborso

dei costi della attività di intercettazione disposta dall'Autorità giudiziaria. **41. Ordinamento giudiziario.** **41.1.** Conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati. **41.2.** Presidente di Tar monosezionale con incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense. **41.3.** Illegittimo mancato conferimento di incarico direttivo ed impossibilità di ottemperare per sopravvenuto collocamento a riposo. **41.4.** Porto d'armi senza licenza ai giudici onorari. **41.5.** Nomina, da parte del Consiglio superiore della magistratura, di componenti del Consiglio direttivo della Scuola Superiore della Magistratura. **41.6.** Tetto retributivo esteso ai compensi dei giudici tributari. **41.7.** Trasferimento presso il Consiglio di Stato di un componente laico del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana. **42. Professioni e mestieri.** **42.1.** Avvocati. **42.2.** Consulente del lavoro. **42.3.** Consulente chimico di porto. **43. Forze armate.** **43.1.** Limite di età nella partecipazione alla selezione per posti di commissario tecnico psicologo della carriera dei funzionari della Polizia di Stato. **43.2.** Accertamenti psico-attitudinali per l'accesso ai ruoli della Polizia di Stato. **43.3.** Esclusione da un concorso per finanzieri della candidata in stato di gravidanza. **43.4.** Esclusione da un concorso pubblico per l'assunzione di allievi-agenti della Polizia di Stato per la presenza di un tatuaggio sul polso sinistro di un candidato. **43.5.** Consumo di cannabis *light* da parte dell'appartenente all'Arma dei Carabinieri. **43.6.** Attività extraistituzionali non autorizzate. **43.7.** Applicabilità degli Engel *criteria* alle sanzioni disciplinari inflitte ai militari. **43.8.** Decorrenza del termine per l'inizio dell'azione disciplinare nel caso di sentenza della Corte di Cassazione dichiarativa della inammissibilità del ricorso. **43.9.** Disciplina del *whistleblower* nelle Forze armate. **43.10.** Trasferimento temporaneo per ricongiungimento al figlio infratreenne dei volontari in ferma prefissata. **44. Giurisdizione.** **44.1.** Impugnazione di una legge-provvedimento. **44.2.** Autodichia della Camera dei deputati. **44.3.** Giurisdizione sulla domanda di risarcimento per i danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole. **44.4.** Controversia proposta dal magistrato in pensione avverso l'esclusione della sua permanenza al Consiglio superiore della Magistratura. **44.5.** Decadenza cd. sanzionatoria da componente dell'Organo di autogoverno della magistratura tributaria. **44.6.** Graduatorie scolastiche di istituto nelle quali si attinge per le supplenze. **44.7.** Depennamento dalle graduatorie di istituto. **44.8.** Fondo Unico Nazionale dei Dirigenti scolastici. **40.9.** Informativa antimafia. **44.10.** Rapporti di dare-avere in caso di risoluzione anticipata di una concessione di pubblico servizio. **44.11.** Attività di certificazione dei crediti e relativa autotutela. **44.12.** Risarcimento del danno per omessa adozione di un provvedimento di rimozione di rifiuti abbandonati sua area di proprietà comunale. **44.13.** Traffico transfrontaliero di rifiuti e giurisdizione dell'autorità che ha ordinato il rimpatrio. **45. Risarcimento danni.** **45.1.** Risarcimento danni e colpa dell'Amministrazione se il provvedimento è illegittimo per difetto di motivazione. **45.2.** Responsabilità della Pubblica amministrazione per l'affidamento suscitato nel destinatario di un provvedimento ampliativo illegittimamente emanato e poi annullato. **45.3.** Risarcimento del danno da ritardo. **45.4.** Responsabilità della Pubblica amministrazione per inerzia o ritardo in caso di sopravvenienza normativa che

impedisce al privato di realizzare il progetto al quale l'istanza era preordinata. **45.5.** Risarcimento del danno per perdita di *chance*. **45.6.** Responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici. **45.7.** Risarcimento danni da annullamento (reiterato) del diniego di autorizzazione unica alla realizzazione di un impianto energetico da fonti rinnovabili. **45.8.** Risarcimento danni da revoca di convenzione tra Università. **45.9.** Risarcimento danni per abuso dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego. **46. Ricorso straordinario al Capo dello Stato.** **47. Processo amministrativo.** **47.1.** Competenza del territorio. **47.2.** Ricorso collettivo. **47.3.** Principio di sinteticità. **47.4.** *Prospective overruling*. **47.5.** Legittimazione a ricorrere. **47.6.** Interesse a ricorrere. **47.7.** Astensione del giudice. **47.8.** Notifica del ricorso. **47.9.** Estensione del contraddittorio. **47.10.** Istanza di fissazione di udienza. **47.11.** Udienza da remoto. **47.12.** Prove. **47.13.** Cessazione materia del contendere. **47.14.** Eccezioni in rito. **47.15.** Avviso del Collegio *ex art. 73, comma 3, c.p.a.* **47.16.** Rimessione di questioni alla Corte di Giustizia. **47.17.** Riassunzione del giudizio. **47.18.** Effetti dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato. **47.19.** Spese di giudizio. **47.20.** Appello. **47.21.** Opposizione di terzo. **47.22.** Revocazione. **47.23.** Giudizio di ottemperanza. **47.24.** Rito del silenzio. **47.25.** Rito appalti. **47.26.** Giudizio elettorale.

1. Questioni di rilevante impatto sociale.

Molte le questioni di rilevante impatto sociale che le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato hanno trattato.

1.1. Emergenza Covid-19.

La Sezione terza, anche nel 2021 si è occupata di questioni complesse legate all'emergenza epidemiologica Covid-19.

- *Sulla somministrazione del vaccino per fronteggiare l'epidemia Covid-19.*

Molte le pronunce sulle questioni legate alla somministrazione del vaccino per fronteggiare l'epidemia Covid-19.

Con sentenza 20 dicembre 2021, n. 8454 la Sezione ha affermato che il medico di medicina generale che certifica il pericolo di un proprio paziente, che svolge la professione sanitaria, a somministrare il vaccino anti Covid-19 deve indicare la patologia di cui soffre l'interessato, e ciò in quanto il controllo demandato alla Azienda sanitaria locale – responsabile a verificare l'idoneità della certificazione all'uopo rilasciata – concerne pur sempre la certificazione del medico di medicina generale, la quale però, proprio perché costituente l'oggetto (diretto ed esclusivo) dell'attività di verifica della Azienda sanitaria locale, deve consentire all'Amministrazione di appurare la sussistenza dei presupposti dell'esonero.

Ha ricordato la Sezione che l'art. 4, comma 2, d.l. 1° aprile 2021, n. 44 ricollega l'esonero dall'obbligo vaccinale Covid-19 al solo "caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale". Ebbene, poiché la norma, nella sua formulazione testuale, attribuisce al medico di medicina generale il compito di attestare l'"accertato pericolo per la salute, in

relazione a specifiche condizioni cliniche documentate”, ne deriva che di tali elementi costitutivi della fattispecie di esonero deve darsi espressamente atto nella certificazione all’uopo rilasciata: l’“attestazione” delle “specifiche condizioni cliniche documentate”, quindi, non consiste nella (ed il relativo compito non può quindi ritenersi assolto mediante una) mera dichiarazione della loro esistenza *ab externo*, essendo necessario, ai fini del perfezionamento della fattispecie esoneratrice, che delle “specifiche condizioni cliniche documentate” sia dato riscontro nella certificazione, unitamente al “pericolo per la salute” dell’interessato che il medico certificatore ritenga di ricavarne. Del resto, ove così non fosse, sarebbe neutralizzato qualsiasi potere di controllo – anche nella forma “minima” e “mediata” della esaustività giustificativa della certificazione, la quale implica e sottende la possibilità di vagliare, quantomeno secondo un parametro “minimo” di “attendibilità”, la rispondenza della certificazione alla finalità per la quale è prevista, che la parte appellante esclude essere esercitabile dalla Azienda sanitaria locale – spettante all’Amministrazione, restando devoluta al medico certificatore ogni decisione in ordine alla (in)sussistenza dell’obbligo vaccinale: esito interpretativo che, tuttavia, risulta dissonante rispetto alla pregnanza – in termini sostanziali (con il riferimento alle “specifiche condizioni cliniche” ed al “pericolo per la salute”) e probatori (allorché si richiede che le prime siano “documentate” ed il secondo “accertato”) delle condizioni esoneratrici, delineate nei termini esposti dal legislatore.

Riprendendo i principi affermati con la sentenza n. 8454 del 2021, la Sezione, in sede cautelare (ordinanza 22 dicembre 2021, n. 6790), ha ribadito che compete alla Azienda sanitaria locale la decisione finale in ordine alla necessità di derogare all’obbligo vaccinale in considerazione di quanto dichiarato dal medico di medicina generale nel proprio certificato; ha aggiunto che il giudizio reso dalla Azienda sanitaria locale è insindacabile da parte del giudice, che non ha la competenza tecnica per verificare, nel merito, la correttezza delle conclusioni alle quali è pervenuto l’organo sanitario *ope legis* deputato a decidere.

- *Sulla mancata osservanza dell’obbligo vaccinale previsto per alcune categorie.*

Affrontando in sede cautelare monocratica la questione relativa alla mancata osservanza dell’obbligo vaccinale previsto per gli operatori sanitari la Sezione ha affermato (decreto 2 dicembre 2021, n. 6401) che in sede di comparazione tra l’interesse del personale sanitario a non vaccinarsi - malgrado l’imponente quantità di studi scientifici che indicano la netta prevalenza del beneficio vaccinale anti Covid-19 per il singolo e per la riduzione progressiva della pandemia ancora gravemente in atto - e la esigenza essenziale di protezione della salute collettiva, occorre dare prevalenza a quest’ultima, atteso che la prevalenza del diritto fondamentale alla salute della collettività rispetto a dubbi individuali o di gruppi di cittadini sulla base di ragioni mai scientificamente provate, assume una connotazione ancora più peculiare e dirimente allorché il rifiuto di vaccinazione sia opposto da chi, come il personale sanitario, sia - per legge e ancor prima per il c.d. “giuramento di Ippocrate”- tenuto in ogni modo ad adoperarsi per curare i malati, e giammai per creare o aggravare il pericolo di contagio del paziente con cui nell’esercizio dell’attività professionale entri in diretto contatto.

Ha chiarito il decreto che soltanto la massiva vaccinazione anche ed anzitutto di coloro che entrano per servizio ordinariamente in contatto con altri cittadini, specie in situazione di vulnerabilità, rappresenta una delle misure indispensabili per ridurre, anche nei giorni correnti, la nuovamente emergente moltiplicazione dei contagi, dei ricoveri, delle vittime e di potenzialmente assai pericolose nuove varianti; quanto ora sottolineato, anche sotto il profilo del danno irreparabile, indica che, semmai, esso sarebbe incomparabilmente più grave per la collettività dei pazienti e per la salute generale, rispetto a quello lamentato dall'operatore sanitario sulla base di dubbi scientifici certo non dimostrati a fronte delle amplissimamente superiori prove, con l'erogazione di decine di milioni di vaccini solo nel nostro Paese, degli effetti positivi delle vaccinazioni sul contrasto alla pandemia e alla sue devastanti conseguenze umane, sociali e di deprivazione della solidarietà quale principio cardine della nostra Costituzione.

Il provvedimento di sospensione dal servizio del sanitario che non si è sottoposto al vaccino obbligatorio per i sanitari *ex art. 4, d.l. n. 44 del 2021 e l. 28 maggio 2021, n. 76*, per contrasto con il virus Covid-19, non va sospeso atteso che tale obbligo è giustificato non solo dal principio di solidarietà verso i soggetti più fragili, cardine del sistema costituzionale (art. 2 Cost.), ma immanente e consustanziale alla stessa relazione di cura e di fiducia che si instaura tra paziente e personale sanitario, relazione che postula, come detto, la sicurezza delle cure, impedendo che, paradossalmente, chi deve curare e assistere divenga egli stesso veicolo di contagio e fonte di malattia (decreto 29 novembre 2021, n. 6379). Ha chiarito il decreto che il rilascio delle dette autorizzazioni risultano conformi alla normativa e approfonditi comunque al punto da fornire, anche in un'ottica di rispetto del principio di precauzione, sufficienti garanzie - allo stato delle attuali conoscenze scientifiche, unico possibile metro di valutazione - in ordine alla loro efficacia e sicurezza tali da far escludere l'irrazionalità della scelta legislativa di prevedere l'obbligatorietà della vaccinazione di talune categorie di lavoratori a fronte della grave minaccia alla salute pubblica determinata dalla diffusività globale del virus, situazione che ha indotto l'Organizzazione mondiale della sanità a dichiarare prima lo stato di "emergenza di salute pubblica di rilevanza internazionale" e poi quello di "pandemia" con conseguente dichiarazione dello stato di emergenza sul territorio nazionale da parte del Consiglio dei Ministri.

Ha aggiunto il decreto che nel bilanciamento tra gli interessi coinvolti dalla presente vicenda - pur tutti costituzionalmente rilevanti e legati a diritti fondamentali - deve ritenersi assolutamente prevalente la tutela della salute pubblica e, in particolare, degli utenti della sanità pubblica e privata specialmente "delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili (per l'esistenza di pregresse morbidità, anche gravi, come i tumori o le cardiopatie, o per l'avanzato stato di età), che sono bisognosi di cura ed assistenza, spesso urgenti, e proprio per questo sono di frequente o di continuo a contatto con il personale sanitario o sociosanitario nei luoghi di cura e assistenza" (Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045).

Con ordinanza 3 dicembre 2021, n. 6476 la Sezione ha dichiarato che non va sospeso il provvedimento di sospensione dal servizio di un odontoiatra che non si è vaccinato, atteso che, in sede di comparazione dei contrapposti interessi, appare prevalente la tutela della salute pubblica e, in particolare, la salvaguardia delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili.

Ha premesso la Sezione che i vaccini per i quali è previsto l'obbligo oggi contestato presentano tutte le necessarie autorizzazioni rilasciate dalle preposte Autorità internazionali e nazionali. Le verifiche scientifiche e i procedimenti amministrativi previsti per il rilascio delle dette autorizzazioni risultano conformi alla normativa e quindi tali da fornire, anche in un'ottica di rispetto del principio di precauzione, sufficienti garanzie - allo stato delle attuali conoscenze scientifiche, unico possibile metro di valutazione - in ordine alla loro efficacia e sicurezza. Ad avviso della Sezione, anche con riguardo alla ragionevolezza della misura della sospensione dall'esercizio della professione e al sotteso bilanciamento tra gli interessi coinvolti dalla presente vicenda - pur tutti costituzionalmente rilevanti e legati a diritti fondamentali - meritano conferma le considerazioni già espresse da questa sezione, dovendosi ritenere assolutamente prevalente la tutela della salute pubblica e, in particolare, la salvaguardia delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili (per l'esistenza di pregresse morbidità, anche gravi, come i tumori o le cardiopatie, o per l'avanzato stato di età) bisognosi di cura ed assistenza, spesso urgenti, e proprio per questo posti di frequente a contatto con il personale sanitario o sociosanitario. Verso costoro sussiste uno stringente vincolo di solidarietà, cardine del sistema costituzionale (art. 2 Cost.) ed immanente e consustanziale alla stessa relazione di cura e di fiducia che si instaura tra paziente e personale sanitario, che impone di scongiurare l'esito paradossale di un contagio veicolato dagli stessi soggetti chiamati alle funzioni di cura ed assistenza.

La legittimità dell'obbligo vaccinale a carico del personale sanitario è stato confermato anche nella più approfondita fase del merito (sentenza 20 ottobre 2021, n. 7045).

Ha ricordato la Sezione che le conseguenze dell'inadempimento ingiustificato all'obbligo vaccinale sono gravi perché, come prevede espressamente l'art. 4, comma 6, d.l. n. 44 del 2021, decorsi i termini per l'attestazione dell'adempimento dell'obbligo vaccinale di cui al comma 5, l'Azienda sanitaria competente accerta l'inosservanza dell'obbligo vaccinale e, previa acquisizione delle ulteriori eventuali informazioni presso le autorità competenti, ne dà immediata comunicazione scritta all'interessato, al datore di lavoro e all'Ordine professionale di appartenenza.

L'adozione dell'atto di accertamento da parte dell'Azienda sanitaria determina "la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da Sars-CoV-2", come espressamente stabilisce ancora il comma 6 dell'art. 4.

Ciò premesso, la Sezione ha escluso che i vaccini contro il Sars-Cov-2 siano "sperimentali" o non abbiano efficacia o, ancora, non siano sicuri, in quanto approvati senza un rigoroso processo di valutazione scientifica e di sperimentazione clinica che ne abbia preceduto l'ammissione.

Così non è, per tutte le ragioni di ordine scientifico esposte, perché la CMA è una procedura in cui la maggiore rapidità e la parziale sovrapposizione delle fasi di sperimentazione – nel gergo medico: *fast track/partial overlap* – consentono di acquisire dati sufficientemente attendibili, secondo i parametri propri della medicina dell'evidenza, in ordine all'efficacia e alla sicurezza dei farmaci, come dimostra proprio l'ampio ricorso a questa stessa procedura – ben 30 volte – nel decennio tra il 2006 e il 2016 con apprezzabili risultati, poi confermati, e l'autorizzazione condizionata si colloca pur sempre a valle delle usuali fasi di sperimentazione clinica che precedono l'ordinaria immissione in commercio di qualsiasi farmaco, senza che per questo ne vengano sminuite la completezza e la qualità dell'iter di ricerca e di sperimentazione.

La circostanza che i dati acquisiti nella fase di sperimentazione siano parziali e provvisori, come taluno ha rilevato anche sulla base delle condizioni imposte dal Reg. CE 507/2006 della Commissione, in quanto suscettibili di revisione sulla base delle evidenze empiriche via via raccolte – sicché l'autorizzazione è, appunto, condizionata all'acquisizione di più completi dati acquisiti successivamente all'autorizzazione stessa che, non a caso, ha durata solo annuale – nulla toglie al rigore scientifico e all'attendibilità delle sperimentazioni che hanno preceduto l'autorizzazione, pur naturalmente bisognose, poi, di conferma mediante i cc.dd. "*comprehensive data post-authorisation*".

Ad avviso della Sezione, sulla base non solo degli studi – *trials* – condotti in fase di sperimentazione, ma anche dell'evidenza dei dati ormai imponenti acquisiti successivamente all'avvio della campagna vaccinale ed oggetto di costante aggiornamento e studio in sede di monitoraggio, che – contrariamente a quanto sostengono gli appellanti – la profilassi vaccinale è efficace nell'evitare non solo la malattia, per lo più totalmente o, comunque, nelle sue forme più gravi, ma anche il contagio.

Sempre nei limiti del sindacato qui consentito sull'attendibilità razionale degli studi e dei dati acquisiti si deve solo qui aggiungere, quanto al dubbio sollevato dagli appellanti in ordine alla capacità di evitare i contagi e, quindi, in termine di prevenzione della trasmissibilità della malattia da parte dei soggetti vaccinati, anche nella più recente ed estremamente contagiosa forma della variante "delta", che la posizione della comunità scientifica internazionale, alla luce delle ricerche più recenti, è nel senso che la fase di eliminazione virale nasofaringea, nel gruppo dei vaccinati, è tanto breve da apparire quasi impercettibile, con sostanziale esclusione di qualsivoglia patogenicità nei vaccinati.

In punto di sicurezza, quanto all'inesistenza, per chi è sottoposto al trattamento, di conseguenze negative le quali vadano oltre la normalità e la tollerabilità, si deve muovere anzitutto dal presupposto scientifico di ordine generale secondo cui il vaccino, come tutti i farmaci, non può essere considerato del tutto esente da rischi.

Da un punto di vista strettamente giuridico, ha affermato la Sezione che in fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante, drammatico, indifferibile di tutelare la salute pubblica contro il dilagare del contagio, il principio di precauzione, che trova applicazione anche in ambito sanitario, opera in modo inverso rispetto all'ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubblico di consentire o, addirittura,

imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata, che però ha seguito – va ribadito – tutte le quattro fasi della sperimentazione richieste dalla procedura di autorizzazione), assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco.

E ciò non perché, come afferma chi enfatizza e assolutizza l'affermazione di un giusto valore concepito però come astratto bene, la persona receda a mezzo rispetto ad un fine o, peggio, ad oggetto di sperimentazione, in contrasto con il fondamentale principio personalista, a fondamento della nostra Costituzione, che vede nella persona sempre un fine e un valore in sé, quale soggetto e giammai oggetto di cura, ma perché si tutelano in questo modo tutti e ciascuno, anzitutto e soprattutto le più vulnerabili ed esposte al rischio di malattia grave e di morte, da un concreto male, nella sua spaventosa e collettiva dinamica di contagio diffuso e letale, in nome dell'altrettanto fondamentale principio di solidarietà, che pure sta a fondamento della nostra Costituzione (art. 2), la quale riconosce libertà, ma nel contempo richiede responsabilità all'individuo.

E in un ordinamento democratico la legge non è mai diritto dei meno vulnerabili o degli invulnerabili, o di quanti si affermino tali e, dunque, intangibili anche in nome delle più alte idealità etiche o di visioni filosofiche e religiose, ma tutela dei più vulnerabili, dovendosi rammentare che la solidarietà è “la base della convivenza sociale normativamente prefigurata dalla Costituzione” (Corte cost. 28 febbraio 1992, n. 75).

Il margine di incertezza dovuto al c.d. ignoto irriducibile che la legge deve fronteggiare in un'emergenza pandemica tanto grave, per tutte le ragioni esposte, non può dunque giustificare, né sul piano scientifico né sul piano giuridico, il fenomeno della esitazione vaccinale, ben noto anche all'Organizzazione Mondiale della Sanità, proprio nei medici e nel personale sanitario.

La vaccinazione obbligatoria selettiva introdotta dall'art. 4, d.l. n. 44 del 2021 per il personale medico e, più in generale, di interesse sanitario risponde ad una chiara finalità di tutela non solo – e anzitutto – di questo personale sui luoghi di lavoro e, dunque, a beneficio della persona, secondo il già richiamato principio personalista, ma a tutela degli stessi pazienti e degli utenti della sanità, pubblica e privata, secondo il pure richiamato principio di solidarietà, che anima anch'esso la Costituzione, e più in particolare delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili (per l'esistenza di pregresse morbidità, anche gravi, come i tumori o le cardiopatie, o per l'avanzato stato di età), che sono bisognosi di cura ed assistenza, spesso urgenti, e proprio per questo sono di frequente o di continuo a contatto con il personale sanitario o sociosanitario nei luoghi di cura e assistenza.

Nel bilanciamento tra i due valori, quello dell'autodeterminazione individuale e quello della tutela della salute pubblica, compiuto dal legislatore con la previsione dell'obbligo vaccinale nei confronti del solo personale sanitario, non vi è dunque legittimo spazio né diritto di cittadinanza in questa fase di emergenza contro il virus Sars-CoV-2 per la c.d. esitazione vaccinale.

L'obbligatorietà della vaccinazione è una questione più generale che, oltre ad implicare un delicato bilanciamento tra fondamentali valori, quello dell'autodeterminazione e quello della salute quale interesse della collettività anzitutto secondo una declinazione solidaristica, investe lo stesso rapporto tra la scienza e il diritto, come è ovvio che sia, e ancora più al fondo il rapporto tra la conoscenza – e, dunque, l'informazione e il suo contrario, la disinformazione – e la democrazia.

In un ordinamento democratico, come ha rilevato anche di recente la Corte costituzionale nella sentenza n. 5 del 18 gennaio 2018 sulle vaccinazioni obbligatorie (re)introdotte dal d.l. 7 giugno 2017, n. 73, rientra nella discrezionalità del legislatore prevedere la raccomandazione dei vaccini o l'obbligatorietà di questi e la scelta tra la tecnica della persuasione e, invece, quella dell'obbligo dipende dal grado di efficacia persuasiva con il quale il legislatore, sulla base delle acquisizioni scientifiche più avanzate ed attendibili, riesce a sensibilizzare i cittadini in ordine alla necessità di vaccinarsi per il bene proprio e, insieme, dell'intera società.

Quanto all'obbligo di vaccinazione a carico del personale scolastico (docente e non) la Sezione (decreto 30 ottobre 2021, n. 5950) ha ritenuto di non sospendere il decreto 6 agosto 2021, n. 257, con cui il Ministero dell'Istruzione impone al personale docente e non docente della scuola di accedere ai locali con certificazione verde.

Il decreto ha escluso la violazioni della *privacy* a danno di chi esibisca per la lettura elettronica il “certificato verde” rilasciato dopo la vaccinazione sono contraddette sia dall'avvenuto pieno recepimento delle indicazioni del Garante della *privacy* in proposito, sia dal dato puramente tecnico e non contestato con argomenti credibili, secondo cui la lettura con *app* dedicata esclude ogni conservazione o conoscibilità del dato identitario personale, salvo l'accertamento della autenticità del certificato verde, elemento essenziale allorché emergono sempre più frequenti casi di falsificazione e di commercio di certificati verdi falsi.

Il decreto ha altresì chiarito che l'asserita priorità del diritto individuale alla salute quale fondamento del rifiuto di vaccinarsi non può avere valore assoluto, allorché sia posto a confronto con l'eguale diritto di una collettività di persone - nella specie gli studenti - il cui “diritto a scongiurare possibili contagi” ha prevalenza perché espressione di una componente della “salute pubblica” a fronte del diritto del docente, in ogni caso per nulla negato viste le ammissibili misure alternative al vaccino, e di carattere individuale, per di più da parte di chi ha una responsabilità specifica e rafforzata verso i propri studenti, che costituisce componente essenziale della funzione (se non addirittura missione) di ogni docente.

La Sezione (ordinanza 11 novembre 2021, n. 6098) ha altresì escluso che debba essere sospeso l'obbligo vaccinale imposto ai docenti, sia perché le mansioni dagli stessi svolte implicano una responsabilità specifica e rafforzata verso i propri studenti, che costituisce componente essenziale della funzione (se non addirittura missione) di ogni docente sia perché occorre comparare interessi potenzialmente antagonisti, con una gerarchia ricavabile anche in ambito comunitario e costituzionale fra il dovere di solidarietà sociale

correlato alla tutela collettiva del diritto alla salute e le contrarie “convinzioni personali” dei singoli

- *Green pass*.

Il decreto 30 ottobre 2021, n. 5950 ha escluso la violazioni della *privacy* a danno di chi esibisca per la lettura elettronica il “certificato verde” rilasciato dopo la vaccinazione sono contraddette sia dall’avvenuto pieno recepimento delle indicazioni del Garante della *privacy* in proposito, sia dal dato puramente tecnico e non contestato con argomenti credibili, secondo cui la lettura con *app* dedicata esclude ogni conservazione o conoscibilità del dato identitario personale, salvo l’accertamento della autenticità del certificato verde, elemento essenziale allorché emergono sempre più frequenti casi di falsificazione e di commercio di certificati verdi falsi.

Il decreto ha altresì chiarito che l’asserita priorità del diritto individuale alla salute quale fondamento del rifiuto di vaccinarsi non può avere valore assoluto, allorché sia posto a confronto con l’eguale diritto di una collettività di persone - nella specie gli studenti - il cui “diritto a scongiurare possibili contagi” ha prevalenza perché espressione di una componente della “salute pubblica” a fronte del diritto del docente, in ogni caso per nulla negato viste le ammissibili misure alternative al vaccino, e di carattere individuale, per di più da parte di chi ha una responsabilità specifica e rafforzata verso i propri studenti, che costituisce componente essenziale della funzione (se non addirittura missione) di ogni docente.

Con ordinanza 17 settembre 2021, n. 5130 la Sezione ha escluso che la richiesta di *green pass* viola il diritto alla riservatezza sanitaria.

Ha chiarito la Sezione che gli appellanti, dichiarandosi contrari alla somministrazione del vaccino, nel pieno esercizio dei loro diritti di libera autodeterminazione, non subiscono lesioni del diritto alla riservatezza sanitaria in ordine alla scelta compiuta, dal momento che l’attuale sistema di verifica del possesso della certificazione verde non sembra rendere conoscibili ai terzi il concreto presupposto dell’ottenuta certificazione (vaccinazione o attestazione della negatività al *virus*).

Ha aggiunto che l’impugnato d.P.C.M. 17 giugno 2021, contenente le disposizioni attuative dell’art. 9, comma 10, d.l. 22 aprile 2021, n. 52 ha ad oggetto la definizione degli aspetti di regolamentazione tecnica dell’istituto del c.d. *Green pass*, in attuazione della disposizione normativa delegante (art. 9, comma 10, d.l. n. 52 del 2021), essendo ad esso estranei, invece, i contenuti regolatori, inerenti alle attività sociali, economiche e lavorative realizzabili dai soggetti vaccinati, o in possesso di un’attestazione di “negatività” al virus, cui gli appellanti riconducono i lamentati effetti discriminatori: contenuti che sono propri di atti aventi forza di legge (in particolare, dd.ll. nn. 105 del 2021 e 111 del 2021), la cognizione della cui compatibilità, costituzionale ed unionale, non potrebbe essere devoluta, *recta via* ed in mancanza di eventuali specifici atti applicativi di cui siano destinatari gli odierni appellanti, al giudice amministrativo adito in sede cautelare, nemmeno al fine di investire delle relative questioni i Giudici (costituzionale ed europeo) competenti, fermi restando gli ulteriori approfondimenti che il giudice di primo grado svolgerà in fase di merito.

- *Tamponi.*

Con decreto 10 marzo 2021, n. 1224 la Sezione ha escluso che deve essere sospesa l'ordinanza del Presidente della Regione Sardegna che ha previsto tamponi molecolari obbligatori ai viaggiatori che sbarcano nella Regione Autonoma della Sardegna con ogni mezzo. Ha chiarito il decreto che il carattere di "invasività" e pericolosità di misure precauzionali, quali il tampone molecolare, è smentito dalla circostanza pacifica che non sono emersi, dopo circa dodici mesi dall'esplosione pandemica e la somministrazione di milioni di tamponi sia molecolari che antigenici, evidenze scientifiche tali da superare, a fronte del possibile limitato disagio di chi si sottopone alla misura precauzionale, il beneficio evidente, e prioritario, per la salute pubblica, consistente nella tracciatura e prevenzione – per i tamponi – e nella immunizzazione – per i vaccini – sicché la misura regionale contestata, che ha permesso sinora di garantire alla Sardegna da alcune settimane un costante livello assai limitato di contagio, appare coerente con gli obiettivi primari di precauzione che le autorità statali e regionali sono obbligate a perseguire.

- *Dispositivi di protezione personale.*

La Sezione (decreto 1 marzo 2021, n. 1006) ha respinto l'istanza di sospensione dell'obbligo di indossare il dispositivo di protezione personale per l'intera durata della giornata scolastica da parte di un minore che ha dimostrato difficoltà respiratorie connesse all'uso della mascherina. Ha chiarito la Sezione che le prescrizioni O.M.S. mirano alla tutela di valori costituzionalmente tutelati degli scolari più giovani, ed in particolare la salute e la capacità di pieno apprendimento oltreché di sviluppo psicosociale, assumendo così il ruolo di criteri di valutazione che ben eccedono l'ambito della azione amministrativa o della valutazione tecnico-scientifica generica, quale emerge dai successivi verbali C.T.S. che la stessa ordinanza considera espressione di motivazione perplessa e non esaustiva. Ha aggiunto il decreto che, invece, per la ulteriore e generale popolazione studentesca di minori di anni 12 – a differenza della odierna appellante, che ha dimostrato positivamente le difficoltà respiratorie connesse all'uso del dispositivo di protezione personale – la sospensione *erga omnes* dell'obbligo è stata rimessa, correttamente, alle competenti autorità emananti; ciò non può in alcun modo consentire agli organi responsabili la dilazione o il mero richiamo a precedenti documenti scientifici anche del C.T.S., occorrendo invece una nuova, urgente, motivata rilevazione specifica dell'impatto dell'uso prolungato del dispositivo di protezione personale anche alla luce dei criteri dettati dall'O.M.S. restando evidente che l'imposizione non giustificata di un dispositivo come il dispositivo di protezione personale su scolari giovanissimi presuppone l'onere per l'autorità emanante di provare scientificamente che l'utilizzo non abbia impatto nocivo sulla salute psico-fisica dei destinatari, salvo il prodursi della responsabilità per il ritardo, l'omissione o comunque le conseguenze dannose prodottesi nell'eventualità, che si scongiura fortemente, di una persistente carenza di istruttoria scientifica, cui peraltro il Giudice non può sostituirsi in nessun caso.

Con decreto 2 aprile 2021, n. 1804 è stata respinta l'istanza di sospensione dell'obbligo generalizzato di uso della mascherina per gli studenti tra i 6 e i 12 anni, non caratteriz-

zandosi per la “manifesta irragionevolezza” che, sola, consentirebbe al giudice amministrativo un intervento inibitorio. Ha ricordato il decreto che da documentazione scientifica emerge che "esistono altre documentazioni scientifiche da cui emergono conclusioni differenti, cioè nel senso della tollerabilità fisica anche per i bambini da 6 a 12 anni dell'uso della mascherina. Ciò viene ritenuto sufficiente a disporre l'uso obbligatorio, tenuto conto delle sempre maggiori evidenze di contagi di minori anche molto giovani". Con successivo decreto 8 aprile 2021, n. 1840 la Sezione ha escluso che vada sospeso, in via monocratica, il d.P.C.M. 2 marzo 2021, che ha previsto l'obbligo generalizzato dell'uso della mascherina per gli scolari di età compresa tra i 6 e i 12 anni, essendo tale disposizione, che ha cessato di avere efficacia dal 6 aprile 2021, ora introdotta con norma di rango primario. Ha ricordato il decreto che il d.P.C.M. 2 marzo 2021 ha cessato di avere efficacia in data 6 aprile 2021 e che l'art. 1, comma 1, d.l. 1 aprile 2021, n. 44 ha tuttavia stabilito che “dal 7 aprile al 30 aprile 2021, si applicano le misure di cui al provvedimento adottato in data 2 marzo 2021, in attuazione dell'art. 2, comma 1, d.l. 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, salvo quanto diversamente disposto dal presente decreto”.

- *Didattica.*

La Sezione, con decreto 15 febbraio 2021, n. 749 ha sospeso il decreto monocratico del Tar Umbria che aveva sospeso l'efficacia di una delibera della Regione Umbria con la quale sono stati fermati tutti i servizi educativi per la prima infanzia nella provincia di Perugia e nei comuni di quella di Terni dichiarati zona rossa per prevenire la diffusione dei contagi Covid-19. Ha chiarito il decreto che è consentita l'adozione di misure regionali più restrittive di quelle statali (art. 1, comma 16, d.l. n. 33 del 2020) allorché ciò sia coerente con i dati scientifici raccolti nel monitoraggio quotidiano della situazione del contagio; la cabina di regia nazionale individuava già in data 3 febbraio 2021 l'esigenza di rafforzare le misure di restrizioni già adottate dalla Regione Umbria, e ciò con speciale riguardo alle aree provinciali e comunali maggiormente colpite; il successivo 5 febbraio 2021 la stessa cabina di regia, riscontrata la presenza sul territorio di varianti del virus (cosiddette varianti inglese e brasiliana) raccomandava ulteriori misure restrittive, estensibili anche alla scuola per l'infanzia e ai nidi, nella provincia di Perugia e nei comuni della provincia di Terni dove vi erano evidenze dell'agente patogeno “con mutazione”; il Dipartimento di prevenzione del Ministero della Salute ha evidenziato che la c.d. “variante inglese” a causa della maggiore trasmissibilità deve imporre l'isolamento di focolai e che vi è stata evidenza di aumento di contagi della “variante inglese” tra bambini e adolescenti; - a seguito di tale indicazioni scientifiche, e della classificazione come “zona rossa rafforzata” del territorio perugino, appare coerente – con la assoluta necessaria precauzione rispetto al contagio e alla necessità di non interrompere il piano vaccinale - la misura di sospendere fino al 21 febbraio 2021 anche i servizi scolastici per l'infanzia. In particolare per questi ultimi, è noto, che i bambini presenti nei locali degli istituti, vista la giovane età, sono esentati dall'obbligo delle mascherine, ma non per questo essi appaiono - dalle sopracitate evidenze scientifiche sulle “varianti” del *virus* apparse in

regione - immuni dal periodo di contagio, con connesso rischio di trasferimento in ambito familiare.

Con decreto 1 aprile 2021, n. 1776 la Sezione ha pronunciato sul d.P.C.M. 14 gennaio 2021 che ha introdotto nuove misure per il contenimento della diffusione del Covid-19. Con riferimento a quanto previsto per la scuola, la Sezione ha disposto che il Governo deve rivalutare e motivare, sulla base dei dati scientifici, il meccanismo automatico di sospensione della didattica in presenza, nelle scuole di ogni ordine e grado, nell'intero territorio delle regioni zona rossa, disposto con d.P.C.M. 14 gennaio 2021, nella parte in cui prevede che "le istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado adottano forme flessibili nell'organizzazione dell'attività didattica ai sensi degli artt. 4 e 5, d.P.R. 8 marzo 1999, n. 275, in modo che a decorrere dal 18 gennaio 2021, almeno al 50 per cento e fino a un massimo del 75 per cento della popolazione studentesca delle predette istituzioni sia garantita l'attività didattica in presenza. La restante parte dell'attività didattica è svolta tramite il ricorso alla didattica a distanza". Ha ricordato che "con decreto legge in corso di pubblicazione, sembrerebbe che la materia sia stata affrontata, e in parte disciplinata, diversamente rispetto alla decretazione qui contestata". E precisa che "l'obbligo di riesame non significa, né così potrebbe essere, sostituzione del giudice alle scelte di governo nel periodo di pandemia, che restano interamente nella responsabilità degli Organi competenti". Ha altresì chiarito che però è dovere del giudice "assicurare che dette scelte siano adottate in modo trasparente e in coerenza con le risultanze dei dati scientifici, modificandole" o "motivando con argomenti non contraddittori l'impatto della eventuale riapertura della istruzione in presenza sulla ulteriore diffusione del contagio". Pertanto "l'obbligo di rinnovare la valutazione censurata va confermato, come disposto dalla ordinanza appellata".

Diverse le pronunce intervenute delle disposizioni regionali in ordine alla introduzione della didattica a distanza in luogo di quella in presenza.

Con riferimento alle disposizioni della *Regione Umbria*, con decreto 11 marzo 2021, n. 1234 la Sezione ha affermato che non deve essere sospesa l'ordinanza del Presidente della Giunta Regionale dell'Umbria n. 22 del 5 marzo 2021, nella parte in cui ha disposto la chiusura delle scuole secondarie di secondo grado anche nel Comune di Perugia, stante l'innegabile aumento del contagio anche in Umbria. E' stato chiarito nel decreto che pur essendo perfettamente consapevole della grave compressione, con speciale riguardo agli studenti di scuola media superiore, del loro diritto a una piena possibilità di apprendimento e fruizione del servizio scolastico mediante contatto diretto e personale con i docenti e con gli altri studenti, tuttavia, nelle scorse settimane l'innegabile aumento del contagio anche in Umbria ha indotto, sia con provvedimento di chiusura totale dell'attività in presenza, sia con consentiti atti comunali impositivi di specifiche e localizzate restrizioni anche più rigorose, a dar prevalenza alla precauzione per la salute dei cittadini, valore prioritario incontestabile durante una pandemia, e ciò anche nello stesso specifico interesse delle categorie più giovani della popolazione, che appaiono più vulnerabili alle emergenti "varianti" del Covid-19 rispetto alle fasi in cui era dominante il *virus* originario. In tali circostanze non solo va esclusa ogni possibilità di questo Giudice

di valutare “selettivamente” zone ritenute meno o più a rischio (essendo tale il compito e l'esclusiva responsabilità delle autorità nazionali o locali che provvedono) ma anche la possibilità di dar prevalenza, nella difficile e per certi versi dolorosa necessità di ponderazione tra valori costituzionalmente tutelati, al diritto alla istruzione “in presenza” rispetto alla più assoluta precauzione per il pericolo di ulteriore diffusione del contagio con effetti devastanti per la salute pubblica e la condizione dei presidi ospedalieri.

Con successivo decreto 7 aprile 2021, n. 1832 è stata esclusa la sospensione in via monocratica delle ordinanze della Regione Umbria nn. 23, 25 e 27 del 2021, nella parte in cui impediscono l'ordinaria attività scolastica delle scuole superiori umbre, e ciò in quanto dalla nuova disciplina normativa entrata in vigore emerge la prospettiva di una riconsiderazione di talune misure restrittive, in dipendenza da un accertato miglioramento della situazione, con speciale e prioritaria considerazione anche delle attività scolastiche. Ha chiarito il decreto che l'impugnata ordinanza regionale ha ritenuto di adeguarsi puramente e semplicemente alla disposizione nazionale, senza richiedere una valutazione scientifica aggiornata del Comitato Tecnico Scientifico (C.T.S.) regionale, non ritenendo - per una scelta nel merito qui insindacabile, di cui la Regione stessa porta la responsabilità a tutti gli effetti - di dover introdurre una disciplina locale differente per il settore scolastico.

Ha aggiunto il decreto che i dati della diminuzione del contagio in Umbria, citati dall'appellante, avrebbero semmai dovuto essere valutati dal C.T.S., cui la Amministrazione dovrà rivolgersi in tempi rapidi, mentre non sono interpretabili da questo Giudice ed in questa sede “in sostituzione” di compiti scientifici che spettano all'organo scientifico in via esclusiva.

Il decreto ha però altresì rilevato che, per un compiuto bilanciamento tra diritti egualmente presidiati da tutela costituzionale - la salute pubblica e l'istruzione - con la conseguente necessità che la Regione acquisisca e depositi agli atti, entro cinque giorni, rammentando ogni conseguenza derivante dalla inottemperanza all'ordine del Giudice, una valutazione aggiornata a non prima del 1 aprile 2021, del C.T.S. regionale sull'impatto stimato della attività scolastica, tuttora svolta in Dda, ai fini del contagio in Umbria.

Con decreto 20 marzo 2021, n. 1448 la Sezione ha escluso la sospensione dell'ordinanza del Presidente della *Regione Abruzzo*, che ha prorogato nella Regione la didattica a distanza per tutte le classi delle scuole primarie, secondarie di primo e secondo grado, statali e paritarie. Ha ricordato il decreto che la valutazione di selettività tra diversi territori comunali della stessa provincia o regione, ai fini della sospensione del servizio scolastico in presenza, rientra nella responsabilità piena ed esclusiva, a tutti gli effetti, della autorità di governo territoriale, certamente non surrogabile da valutazioni selettive del giudice, e sindacabile in sede giurisdizionale solo sulla base della manifesta irragionevolezza e incongruità rispetto ai dati scientifici a supporto, trattandosi di comparare il diritto alla istruzione (e le compressioni derivanti dalla cosiddetta didattica a distanza) con il diritto alla salute della intera popolazione in tempo di pandemia.

Con decreto 3 marzo 2021, n. 1034 la Sezione ha escluso che debba essere sospesa l'ordinanza del Presidente della *Regione Campania*, che ha disposto la sospensione dell'attività didattica in presenza, dei servizi educativi per l'infanzia, dei servizi per l'infanzia (sistema integrato 0-6 anni) e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché delle università, non potendosi il giudice sostituire alle scelte dell'amministrazione, che ha deciso di applicare il principio di massima precauzione sanitaria a scapito della temporanea compressione del diritto degli scolari alla frequenza in presenza. Ha chiarito il decreto che il principio, desumibile dalla decretazione nazionale, per cui è rimessa alle Autorità Territoriali l'adozione (anche per la didattica in presenza) di misure più restrittive, sicché in molti territori si è deciso – con ordinanze locali- di stabilire misure assai drastiche limitate ad ambiti locali in cui il fattore di contagio è stato indicato come più grave (per effetto, ad esempio, del diffondersi delle c.d. “varianti”).

L'elemento su cui si basa la essenziale pretesa degli appellanti – e cioè l'inclusione anche del territorio di Caserta e altri ambiti dove, essi affermano, non vi sarebbero i necessari presupposti di rischio grave – richiederebbe a questo Giudice, e per di più in sede di deliberazione sommaria, di effettuare una valutazione “selettiva” delle scelte della Regione, in modo da far emergere come è nell'auspicio degli appellanti, “quale” territorio richiederebbe una maggiore restrizione e per quale altro, invece, i dati scientifici non giustificerebbero tali scelte. Si richiederebbe, in sostanza, al Giudice, di effettuare una scelta che è tipicamente devoluta all'autorità emanante, nella specie il Presidente della regione, di cui soltanto questa porta la istituzionale e giuridica responsabilità, per avere applicato il principio di massima precauzione sanitaria a scapito della temporanea compressione del diritto degli scolari alla frequenza in presenza. Resta in capo alla autorità regionale il diritto e il dovere sia di rendere ostensibili i documenti scientifici posti a base delle scelte compiute sia quello di mantenere il costante monitoraggio dei dati medesimi per valutare, senza alcun ritardo, l'eventuale anticipazione del ripristino della presenza scolastica nelle classi degli scolari più giovani, che forse più degli altri hanno necessità di presenza in classe per il loro ottimale sviluppo relazionale e psicofisico oltreché educativo.

Con riferimento alla didattica a distanza della *Regione Puglia*, con decreto 25 maggio 2021, n. 2811 la Sezione ha respinto l'istanza di sospensione monocratica dell'Ordinanza del Presidente della Regione, con la quale è stato disposto che, con decorrenza dal 26 aprile 2021 e sino alla conclusione dell'anno scolastico 2020-2021, l'attività didattica delle scuole di ogni ordine e grado si svolge in presenza, salva la possibilità di chiedere la didattica a distanza per le istituzioni scolastiche della scuola primaria, della secondaria di primo grado, di secondo grado, non ravvisandosi per gli alunni un danno grave e irreparabile in considerazione della possibilità di esercitare l'opzione per la didattica digitale integrata.

La Sezione, con decreto 11 gennaio 2021, n. 18 ha sospeso l'ordinanza del Presidente della *Regione Calabria* nella parte in cui ha disposto lo svolgimento della didattica a distanza dal 7 al 15 gennaio 2021 per le attività scolastiche di ogni ordine e grado diverse dalle scuole secondarie di secondo grado (statali e paritarie) e da quelle di istruzione e

formazione professionale, e ciò sulla base della duplice circostanza: a) che, a fronte di norme statali successive alla ordinanza regionale, la eventuale misura regionale più restrittiva, tenuto conto della rilevanza del diritto alla istruzione e del contesto di socialità specialmente per gli alunni più giovani, avrebbe dovuto essere motivata con dati scientifici evidenzianti il collegamento tra focolai attivi sul territorio e impatto della attività scolastica in presenza; b) che, trattandosi di Regione non classificata “zona rossa” (il che imporrebbe per alcune classi il ripristino della didattica a distanza), nella ordinanza regionale vi è una chiusura generalizzata senza alcuna, ove esistente, indicazione di zone interessate da incremento di contagi; né, peraltro, le problematiche relative al trasporto (movimentazione di persone) - risolvibili con diligente ed efficace impegno amministrativo nei servizi interessati – possono giustificare la compressione grave di diritti costituzionalmente tutelati dagli studenti interessati.

- *Esercizi commerciali.*

Con decreto 11 maggio 2021, n. 2493 la Sezione ha respinto l’istanza di sospensione monocratica della circolare del Ministero dell’interno, esplicativa dell’art. 4, d.l. n. 52 del 2021, nella parte in cui dispone l’esclusione dalla riapertura del c.d. settore della ristorazione privata, limitatamente alle forme da svolgere con servizio catering presso strutture private, trattandosi di disposizione meramente interpretativa-attuativa della fonte normativa primaria. Ha chiarito il decreto che l’interpretazione volta a estendere la possibilità di ristorazione “a tutti gli esercizi” e, dunque, “presso ogni struttura, anche privata” si presterebbe ad una assai facile elusione delle misure precauzionali e dei controlli – possibili ed effettuati invece in “esercizi pubblici” – volti ad evitare che la fattispecie relativa ad un catering per ristorazione in una villa si trasformi agevolmente da “ristorazione a tavola” in occasione a un banchetto con festeggiamenti e assembramenti che l’art. 4, d.l. n. 52 del 2021 non ritiene ancora possibili in condizioni di sicurezza.

Il decreto 24 marzo 2021, n. 1529 ha accolto l’istanza di sospensione monocratica delle ordinanze del Presidente della Regione Campania che, in considerazione dell’emergenza epidemiologica Covid-19, hanno disposto la sospensione delle attività di vendita di generi alimentari svolte in posteggi fuori mercato. Ha chiarito il decreto che nelle ordinanze del Presidente della Regione Campania è stato confermato il contenuto delle prescrizioni sospensive dell’attività di “fiere e mercati”, ma non è stata regolata la vendita di generi alimentari in “posteggi isolati”. Con il decreto è stata quindi accolta l’istanza cautelare monocratica, con conseguente sospensione della misura adottata in sede di “accertamento di violazione”, cioè la chiusura totale del “posteggio isolato” stante la gravità e irreversibilità del danno per l’appellante che da tale esercizio di vendita trae la esclusiva fonte di sostentamento.

Il decreto 22 febbraio 2021, n. 884 ha respinto l’istanza di sospensione monocratica del d.P.C.M. 14 gennaio 2021, che ha bloccato l’attività di sale giochi, sale scommesse, sale bingo e casinò fino al 5 marzo prossimo come misura di contrasto all’epidemia da Covid-19 anche se svolte all’interno di locali adibiti ad attività differente. Ha chiarito il decreto che alla luce della ormai lunga esperienza che le autorità scientifiche dovrebbero aver maturato nel monitoraggio e analisi dei fattori più rilevanti di contagio, le misure

di precauzione vanno adottate alla luce di una serie di valutazioni complete scientifiche del rischio sulla base di dati ostensibili e specifiche per ciascuna attività soggetta a limitazioni, non essendo sufficiente il semplice richiamo al principio stesso di precauzione e al carattere "non essenziale" delle attività, che non sembra decisiva giacché, nella fattispecie, oltre a produrre redditi per gli operatori addetti e le loro famiglie, essa è produttiva di introiti importanti per l'Agenzia erariale concedente. Peraltro, nonostante il decreto abbia rilevato la dubbiosità e incompletezza della valutazione istruttoria, l'istanza di sospensione monocratica è stata respinta, stante la natura prioritaria della precauzione per la salute pubblica, tale natura mantenendosi pur a fronte di un rischio "potenziale" e "presunto" e ferme le eventuali, successive conseguenze di ordine patrimoniale ove, nelle successive fasi del giudizio, un compiuto, specifico e approfondito accertamento scientifico dimostrasse che il dubbio e la indicazione presuntiva del Comitato Tecnico Scientifico non corrispondevano ad un reale fattore di rischio contagio.

1.2. Indennizzo conseguente a trasfusione con sangue infetto.

Con sentenza 5 novembre 2021, n. 16 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (alla quale le questioni erano state rimesse dalla sez. III, con ordinanza 2 luglio 2021, n. 5052) ha affermato che in tema di moduli transattivi per indennizzo conseguente a trasfusione con sangue infetto la previsione di cui all'art. 5, comma 1, lettera b), d.m. 4 maggio 2012 comprende nel proprio ambito applicativo l'ipotesi della richiesta di adesione alla transazione formulata dall'erede del danneggiato da emotrasfusioni, il quale abbia fatto valere in giudizio la propria pretesa al risarcimento del *danno iure hereditario*; il termine decennale contemplato dal citato art. 5, comma 1, lettera b), non è riferibile alla presunta prescrizione ma si limita a segnare l'ambito temporale entro il quale la pendenza del giudizio costituisce il necessario presupposto per l'ammissione alla transazione.

Ha chiarito l'Alto Consesso che la *quaestio iuris* sollevata dalla Sezione III si appunta sulle lettere a) e b) dell'art. 5, d.m. 4 maggio 2012 (c.d. "Decreto moduli"), con il quale sono stati definiti i moduli transattivi, cioè gli importi da applicare a ciascuna delle categorie di soggetti individuati dalle leggi n. 222 e n. 244 del 2007, atteso che la domanda proposta dagli appellanti non rientra, secondo le valutazioni operate dall'amministrazione e confermate in prime cure, nell'ipotesi di cui alla lett. a) (essendo pacificamente decorso più di un quinquennio tra la data di presentazione della domanda per l'indennizzo di cui alla l. 25 febbraio 1992, n. 210 e la data di notifica dell'atto di citazione).

Tuttavia essa potrebbe rientrare non nella lett. a) [a) non siano decorsi più di cinque anni tra la data di presentazione della domanda per l'indennizzo di cui alla l. n. 210 del 1992 e la data di notifica dell'atto di citazione, da parte dei danneggiati viventi] ma nella lett. b) [b) non siano decorsi più di dieci anni tra la data del decesso e la data di notifica dell'atto di citazione da parte degli eredi dei danneggiati deceduti], e in tal caso il termine sarebbe da ritenersi ampiamente rispettato, se non fosse che il tenore letterale della lett. b) sembrerebbe porsi in frontale contrasto con il termine prescrizione, individuato dal diritto vivente, in caso di danni *iure hereditatis*, in un quinquennio e non già in un decennio.

Ad avviso dell'Alto Consesso, la soluzione esegetica, che sgancia il disposto applicativo dalle disposizioni codicistiche in tema di prescrizione, deriva, oltre che dal tenore testuale delle disposizioni, anche dai criteri ermeneutici di carattere sistematico e teleologico. Il procedimento transattivo del quale si discorre è certamente procedimento di carattere speciale che non esclude la percorribilità della transazione ordinaria fra le parti ove ne ricorrano i presupposti generali di cui all'art. 1965 cod. civ..

Esso ha la duplice finalità di incidere sul vasto contenzioso che la vicenda ha generato nonché di offrire in tempi rapidi (purtroppo solo auspicati) ai danneggiati o ai loro eredi un ristoro, sì da evitare che, specialmente nelle fasce di popolazione a basso reddito, al danno si associno ulteriori disagi sociali ed economici.

La soluzione interpretativa è anche l'unica coerente con il topos ermeneutico dell'interpretazione "conforme", atteso che è l'unica, alla luce della formulazione testuale della disposizione, ad assicurare la conformità dell'impianto attuativo con le superiori regole in materia di prescrizione, così come chiarite dalla Corte di Cassazione, a mente delle quali in caso di decesso del danneggiato a causa del contagio, la prescrizione rimane quinquennale per il danno subito da quel soggetto in vita, del quale il congiunto chieda il risarcimento *iure hereditatis* "trattandosi pur sempre di un danno da lesione colposa, e dunque di un reato a prescrizione quinquennale" (da ultimo, Cass. civ., n. 5964 del 2016).

1.3. Sperimentazione sugli animali ai fini di ricerca.

La sez. III, con sentenza 8 febbraio 2021, n. 1186 ha ritenuto che la sperimentazione su primati vivi non umani (i macachi) finalizzata alla ricerca sulla possibilità di recuperare la funzione visiva nella forma della cecità corticale al fine di migliorare la qualità di vita nei pazienti emianoptici, è legittima perchè rispetta il principio delle 3R, contenuto al considerando n. 11 della direttiva 2010/63, in base al quale, per svolgere una ricerca involgente la sperimentazione sugli animali (ed a maggior ragione per quelle autorizzate in deroga), sussiste l'obbligo di rispettare i principi della sostituzione, della riduzione e del perfezionamento nel rigido rispetto della gerarchia dell'obbligo di ricorrere a metodi alternativi; nella specie, l'obiettivo del progetto non potrebbe essere raggiunto con metodologie effettuate direttamente sull'uomo e non sussistono metodi alternativi o la possibilità di effettuare la sperimentazione su un numero inferiore di macachi.

La Sezione ha preliminarmente chiarito che, per dare una risposta ai motivi involgenti la legittimità del procedimento che ha portato il Ministero della salute a rilasciare l'autorizzazione, si è reso necessario disporre (ordinanza n. 5914 del 9 ottobre 2020), una verifica, ponendo i quesiti se: 1) il progetto in esame rispetta il principio di sostituzione, nel senso che i risultati attesi sono perseguibili soltanto mediante sperimentazione sulla specie animale "primati non umani" vivi? 2) il progetto in esame rispetta il principio di riduzione, nel senso che il numero di sei primati è quello minimo indispensabile? 3) il principio eurounitario della sostituzione è rispettato in relazione alla originalità scientifica dei risultati attesi dal progetto, e della trasmissibilità dei risultati agli esseri umani, considerato lo stato attuale della ricerca scientifica sui profili e risultati

attesi dalla ricerca posta a base della impugnata autorizzazione? 4) ad avviso dei verificatori le risultanze scientifiche dei pareri tutti sopra indicati – sui quali l'autorizzazione si fonda *per relationem* – hanno considerato tutti e tre gli elementi (come indicati in motivazione) che la direttiva UE e il d.lgs. n. 26 del 2014 pongono quale condizioni per la sperimentazione, altrimenti vietata, su primati vivi non umani?

La Sezione ha evidenziato che la verifica ha corrisposto alle esigenze di approfondire alcuni profili scientifici su cui gli atti impugnati, autorizzativi della ricerca, richiedevano una analisi più ampia dei censurati profili di incongruità e irragionevolezza: profili su cui la Sezione ha ritenuto di affidarsi a scienziati di profilo pienamente indiscusso su cui oggi può fondarsi una meditata decisione su materia di estrema delicatezza e tecnicità. E' stato altresì precisato che la verifica non era intesa ad un sindacato sul contenuto scientifico della contestata ricerca, bensì sugli atti che, autorizzandone l'avvio, erano stati attinti da plurime censure meritevoli di approfondimento tecnico con strumenti non in possesso della cognizione del giudice adito, limitata alla legittimità e non alle caratteristiche scientifiche, pure evocate per negare la congruità delle motivazioni con cui diversi organi scientifici pubblici si erano espressi.

Nella specie si tratta di valutare un interesse - quale il diritto/dovere della ricerca scientifica - in rapporto ad altro interesse, anch'esso presidiato da tutela normativa nazionale ed europea, cioè il benessere animale e le condizioni che, per la sperimentazione su talune specie di animali vivi, la stessa ricerca deve rispettare per poter essere legittimamente condotta e autorizzata, e per questo profilo sindacata, valutando gli atti autorizzativi e non, ovviamente, il contenuto scientifico del progetto, dal giudice naturale che per nessuna materia può mancare in un ordinamento basato sulle regole del diritto.

Ciò premessa, la Sezione ha chiarito che al primo quesito – e cioè se il progetto in esame rispetti il principio di sostituzione, nel senso che i risultati attesi sono perseguibili soltanto mediante sperimentazione sulla specie animale “primati non umani” vivi – i due verificatori hanno dato risposta affermativa.

Ha chiarito la relazione che ai fini del rispetto del principio della "sostituzione" occorre fornire risposte a due interrogativi. Deve innanzitutto chiedersi se l'obiettivo del progetto possa essere realizzato con metodologie effettuate direttamente sull'uomo.

Alla domanda è stata data risposta negativa, sul rilievo che le metodologie proposte nel progetto permettono di ottenere nel Macaco Mulatta informazioni non ottenibili, allo stato attuale delle conoscenze, con metodologie effettuate direttamente sull'uomo. Infatti, per caratterizzare l'attività funzionale e le connessioni cerebrali, dalle evidenze della letteratura, non sono ad oggi riportate metodologie non invasive applicabili direttamente all'uomo che possano fornire informazioni totalmente esaustive.

Sia la “risonanza magnetica funzionale” (fMRI) che la “trattografia e tensori di diffusione” sono metodologie che presentano limiti rispetto a quanto ottenibile con le metodologie proposte nel progetto sperimentale nel modello animale. Quanto alla risonanza magnetica funzionale, ha chiarito la relazione che la risoluzione spaziale e temporale rilevabile nell'uomo è incomparabile con quella raggiungibile nel macaco in cui si ottengono informazioni relative a singoli neuroni. Quanto, invece, alla trattografia e

tensori di diffusione, diversamente dalle tecniche neuroanatomiche applicate nel progetto, tali metodiche non misurano direttamente le reali connessioni tra le diverse aree del cervello ma forniscono una loro ricostruzione probabilistica.

Pertanto, le metodologie proposte nel progetto, permettono di ottenere nel Macaco Mulatta informazioni non ottenibili, allo stato attuale delle conoscenze, con metodologie effettuate direttamente sull'uomo.

L'altro interrogativo è se il progetto potrebbe essere realizzato ricorrendo a modelli animali a minor sviluppo neurologico. Anche in questo caso la risposta è negativa, dal momento che né i roditori né le scimmie del Nuovo Mondo dispongono di aree visive associative che potrebbero essere considerate in alternativa a quelle presenti nel macaco nel quale invece hanno caratteristiche del tutto simili a quelle dell'uomo. Aggiungasi che i roditori e le scimmie del Nuovo Mondo presentano dimensioni del cervello troppo piccole per un campionamento sufficientemente accurato dell'attività cerebrale attraverso la risonanza magnetica funzionale. Tali piccole dimensioni potrebbero dar luogo ad "aggregazione di dati" provenienti dalle regioni cerebrali adiacenti, con mancanza di una valutazione selettiva delle aree visive oggetto delle valutazioni; infine, i roditori e le scimmie non sono in grado di eseguire compiti di discriminazione percettiva e rilevazione della consapevolezza visiva previsti dal progetto, con la conseguenza che sarebbe pregiudicato il raggiungimento dell'obiettivo.

Il secondo quesito posto ai verificatori è relativo al rispetto del principio di "riduzione", nel senso che il numero di sei primati è quello minimo indispensabile.

A questo quesito i verificatori hanno dato risposta affermativa, alla luce della complessità del progetto, dell'importanza dei risulti attesi e della loro validazione in ambito scientifico, dall'analisi della letteratura rilevante. È stata chiarita la necessità di condurre le due tipologie di disegni sperimentali, di valutazione dell'attività cerebrale e di neurostimolazione, su animali diversi. Al fine di valutare l'attività cerebrale, nel progetto sono infatti previste due differenti metodiche, entrambe necessarie e complementari per le informazioni ottenute: una di carattere neurofisiologico (registrazione di risposte dell'attività cerebrale attraverso elettrodi intracranici) ed una di carattere morfo-funzionale (esecuzione di risonanza magnetica funzionale). Poiché la presenza di elettrodi in corteccia altera i dati ottenuti con la risonanza magnetica funzionale, le due differenti valutazioni devono essere condotte su differenti animali. Quanto al numero di animali da coinvolgere nella sperimentazione, nella relazione i verificatori hanno chiarito che nella letteratura neurofisiologica, e richiesta come standard di base, la dimostrazione di un effetto analogo a quello osservato sul primo animale in base ai dati ottenuti da un secondo animale. Pertanto, il numero minimo di animali necessaria e sufficiente per ciascuno dei due esperimenti è pari a due (per un totale di quattro Macachi) ai quali devono aggiungersi due animali di riserva.

Il terzo quesito posto ai verificatori è se il principio eurounitario della "sostituzione" è rispettato in relazione alla originalità scientifica dei risultati attesi dal progetto e della trasmissibilità dei risultati agli esseri umani, considerato lo stato attuale della ricerca

scientifici sui profili e risultati attesi dalla ricerca posta a base della impugnata autorizzazione.

I verificatori hanno dato risposta affermativa a tale interrogativo, sul rilievo che i risultati attesi riguardano: la comprensione dei meccanismi neurofisiologici e neuroanatomici; l'integrazione delle analisi delle proprietà dell'attività corticali; la mappatura dettagliata del campo visivo cieco e delle risposte neurali associate; l'ottimizzazione di innovative metodologie degli interventi riabilitativi. Tutti questi risultati hanno tutti carattere di originalità scientifica e sono ottenibili esclusivamente utilizzando un modello animale. Quanto alla trasferibilità dei risultati ottenuti con la sperimentazione agli uomini, i verificatori hanno premesso che il progetto prevede di definire un protocollo efficace nell'animale per la riabilitazione visiva. Ciò permetterà di ottimizzare i parametri di stimolazione magnetica transcranica più idonei in relazione a specifiche strutture bersaglio. L'identificazione di tali parametri, potrà migliorare quanto oggi esistente in termini di neurostimolazione nei pazienti con deficit visivi emianoptici riducendo così il numero delle sperimentazioni condotte nell'uomo che finora non hanno fornito, con certezza, protocolli con caratteristiche di efficacia riabilitativa.

Ciò chiarito, la relazione ha affermato che la ricerca - sia basata su sperimentazione animale che condotta nell'uomo - non sempre riesce a fornire i risultati attesi.

Data la premessa, la conseguenza è che lo svolgimento del progetto non assicura con certezza il raggiungimento dei risultati attesi, ma saranno i risultati ottenuti a far sì che tutta la procedura sperimentale prevista possa essere considerata valida dalla comunità scientifica per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato. Peraltro, poiché il modello animale permetterà sia di valutare i cambiamenti nel sistema visivo indotti dalla stimolazione tramite TMS che di delineare dei protocolli di stimolazione altamente specifici per lo sviluppo preclinico di paradigmi avanzati di neuroplasticità, le informazioni ottenute potrebbero ridurre l'uso eccessivo dei test pilota sui soggetti umani con conseguente aumento di benefici per i pazienti. Quanto esposto pone delle solide basi per la trasferibilità dei risultati del progetto nella pratica clinica nell'ambito della riabilitazione visiva.

I verificatori, infine, in relazione all'ultimo quesito hanno affermato che alla luce della complessità del progetto, dell'importanza dei risultati attesi e della loro validazione in ambito scientifico, dall'analisi della letteratura rilevante, dopo aver incontrato gli esperti delle parti, dopo aver esaminato le integrazioni scritte fatte prevenire dagli esperti delle parti, giungono alla conclusione che le risultanze scientifiche dei pareri dell'Organismo preposto al benessere animale, del Consiglio Superiore della Sanità e dello stesso Ccs in risposta all'Ordinanza del Consiglio di Stato n. 230 del 2020, sui quali l'autorizzazione si fonda *per relationem*, hanno considerato tutti e tre gli elementi che la direttiva UE e il d.lgs. n. 26 del 2014 pongono quale condizioni per la sperimentazione su primati vivi non umani, elementi la cui mancanza sarebbe ostativa alla sperimentazione stessa, ad eccezione del parere del Ccs in risposta all'Ordinanza del Consiglio di Stato n. 230 del 2020, che su specifica richiesta dello stesso Consiglio di Stato, si è espresso solo uno dei tutti i criteri.

La Sezione ha anche chiarito che in relazione alla sperimentazione su primati vivi non umani, autorizzata dal Ministero della salute, sussiste l'obbligo imprescindibile del soggetto autorizzato di effettuare e depositare rapporti periodici e frequenti, che includano - considerato che i macachi hanno una intelligenza sviluppata - gli aspetti di competenza dell'etologo, e che si soffermino anche sulle condizioni di stress e di possibile interazione tra specie animali che basano uno dei cardini della loro esistenza sulla interazione reciproca; i report da effettuare devono cioè attestare che, nonostante le pratiche condotte sui macachi, è rispettato il "benessere animale" di cui all'art. 13 del vigente Trattato europeo; del contenuto di questi report il Ministero della salute deve fare attento studio, per rilevare tutte le eventuali criticità e per porvi tempestivo rimedio.

Ha aggiunto la Sezione che il Consiglio Superiore di Sanità aveva rilasciato un parere favorevole alla sperimentazione c.d. condizionato, in base al quale l'autorizzazione poteva essere rilasciata solamente a condizione che, ogni sei mesi, venissero inviati "All'Ufficio 6 della Dgsaf [Direzione generale della Sanità Animale e dei Farmaci Veterinari] dei dati relativi alle condizioni di stress rilevate durante le singole fasi del progetto, nonché le misure intraprese per limitare gli effetti avversi".

I report effettuati sono un diario delle attività svolte e dell'ambiente circostante. Ferma restando la necessità di conoscere anche tali dati, emerge con tutta evidenza come gli stessi non possano considerarsi sufficienti, mancando la "reazione" dei macachi ad ogni "azione" esercitata su di essi dall'uomo. In altri termini, occorre registrare lo stato fisico e psichico dei macachi ad ogni singola attività o stimolazione o terapia ai quali sono sottoposti.

Vale infatti rammentare che la sperimentazione è effettuata con primati vivi, senzienti, dei quali è indotta la cecità, con indubbia sofferenza. Pertanto, se è vero che è stata dimostrata la necessità di tale sperimentazione per la messa a punto di protocolli per la riabilitazione della cecità corticale nell'uomo, non di meno tale sperimentazione non può non essere condotta nel pieno rispetto delle cavie utilizzate, esseri dotati di particolare sensibilità neurologica, ancora di più considerando la tutela rafforzata dalla speciale protezione accordata ai primati non umani. In altri termini, se per la ricerca scientifica - che, come chiarito nell'ordinanza della Sezione n. 5914 del 9 ottobre 2020, costituisce "valore come tale universale e in generale non suscettibile di compressione" - è necessario sacrificare animali dotati di elevata sensibilità fisica e, dunque, alta percezione del dolore, è doveroso e imprescindibile condurre gli esperimenti assicurando di infliggere alle cavie la minore sofferenza possibile. Solo con tale impegno, che deve essere posto a presupposto dell'inizio dell'attività, è possibile accettare il sacrificio di animali, esseri senzienti.

La Sezione ha, infine, affermato che l'art. 19, d.lgs. n. 26 del 2014 non prevede il reinserimento nell'habitat naturale dei soli animali utilizzati per la sperimentazione ma anche per quelli "destinati a essere utilizzati", tali dovendo intendersi quelli che erano stati scelti come cavie ma sui quali non è stato poi possibile iniziare la ricerca; è ben vero che la norma prevede la "possibilità" e non l'"obbligo" di reinserire questi animali nell'ha-

bitat naturale (“gli animali utilizzati o destinati a essere utilizzati nelle procedure ... ‘possono’ essere reinseriti o reintrodotti in un habitat adeguato ...”) ma è altresì vero che la scelta di come esercitare tale facoltà (*id est*, restituitone al fornitore o reinserimento nell’*habitat* naturale) richiede una seppur minima motivazione, non essendo alcuna delle due opzioni automatiche.

La Sezione ha escluso un interesse dell’appellante a denunciare la violazione dell’art. 19, d.lgs. n. 26 del 2014, dedotta sul rilievo che i due primati non più utilizzabili per la sperimentazione perché malati sono stati riconsegnati al fornitore (RC *Hartelust*), che ha sede in Olanda, invece di essere reinseriti o reintrodotti in un habitat adeguato.

Risulta che i due primati sono stati effettivamente restituiti al fornitore, provider internazionale, europeo, autorizzato. Ne consegue che una pronuncia di merito non avrebbe alcun effetto giacché “*factum infectum fieri nequit*”, e dunque Lav denuncia una violazione che esiste ma alla quale non potrebbe più essere posto rimedio.

Unica alternativa a tale conclusione in rito sarebbe una pronuncia che ordinasse ai responsabili della ricerca di richiedere la restituzione dei due primati - se ancora vivi - per destinarli ad idonea struttura in Italia, ma tale soluzione costringerebbe i due macachi ad affrontare un nuovo viaggio dall’Olanda per venire in Italia, gravandoli quindi di quello stress psico-fisico che l’appellante denuncia essere stato illegittimamente inflitto ai due primati con la loro riconsegna al fornitore olandese.

1.4. Persecuzione razziale.

Con sentenza 27 gennaio 2021, n. 811 la sez. IV ha pronunciato sui benefici ad una fioraia cittadina italiana di origine ebraica che ha subito persecuzioni prima del 25 aprile 1945. L’appello è stato proposto dall’erede di madre perseguitata per motivi di razza durante il regime fascista, che aveva presentato in data 18 aprile 2013 la domanda per ottenere i benefici previsti dall’art. 5, l. 10 marzo 1955, n. 96, come modificato dall’art. 2, l. 22 dicembre 1980, n. 932, sulla posizione della madre, fioraia cittadina italiana di origine ebraica.

Più in particolare, l’istante ha chiesto che alla madre venisse riconosciuta la contribuzione figurativa a carico dello Stato italiano per il periodo non coperto dal versamento dei contributi volontari, per potere così beneficiare dell’intero trattamento pensionistico spettante. La richiedente ha specificato che il mancato versamento dei contributi volontari da parte della madre è dipeso dal fatto che la stessa era stata impedita nello svolgimento della propria attività lavorativa, perché vittima di persecuzione razziale (la madre era di razza ebraica e aveva un piccolo banco di fiori ambulante, la cui attività è poi cessata). La Commissione per le provvidenze ai perseguitati politici antifascisti o razziali, istituita presso la Presidenza del Consiglio, ha denegato il beneficio, poiché: a) la chiusura dell’attività commerciale di fioraia gestita dalla madre dell’appellante non sarebbe ascrivibile a provvedimenti delle autorità fasciste, ma sarebbe connessa alla partenza del coniuge di religione non ebraica per la guerra e sarebbe dipesa, in definitiva, da una ‘scelta volontaria’ della donna; b) l’essersi rifugiata, la madre, dopo l’8 settembre 1943, presso parenti cattolici del marito non integrerebbe “gli estremi dell’atto persecutorio

perché la medesima venne ospitata nell'ambito del nucleo familiare legato da vincoli di affinità e non di estranei?"; c) al momento degli eventi narrati, una delle testimoni, nata nel 1940, aveva un'età tale da non poterne avere piena consapevolezza e conoscenza e, peraltro, "dalla documentazione acquisita agli atti risulta che la suddetta testimone nel periodo 1943/1944 non poteva essere presente ai fatti perché era rifugiata con la madre a Roiate, vicino ad Olevano Romano dove era stata accompagnata dall'altra attestante". La Sezione ha affermato che i benefici previsti dall'art. 5, l. n. 96 del 1955, come modificato dall'art. 2, l. n. 932 del 1980, devono essere riconosciuti ad una fioraia (e, quindi, alla sua erede) cittadina italiana appartenente a razza ebrea, titolare di licenza ambulante, costretta ad interrompere la propria attività lavorativa a seguito dell'emanazione di una circolare del Ministero dell'interno, pubblicata dopo l'entrata in vigore delle leggi razziali del 1938, recante il divieto di rilascio della licenza ordinaria di commercio nonché il divieto di commercio ai cittadini di razza ebraica.

Ha ricordato che la l. 10 marzo 1955, n. 96, reca la disciplina delle "Provvidenze a favore dei perseguitati politici antifascisti o razziali e dei loro familiari superstiti".

Tra le prestazioni considerate, è previsto il riconoscimento dei contributi figurativi ai sensi dell'art. 5, come sostituito dall'art. 2, l. n. 932 del 1980.

Presupposti per potere richiedere il beneficio sono: a) l'essere cittadino italiano; b) il vantare una posizione nell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti ovvero nelle forme di previdenza sostitutive, esonerative ed esclusive della medesima; c) l'aver subito un atto persecutorio nelle circostanze di cui all'art. 1 della medesima legge e fino al 25 aprile 1945.

Nel caso all'esame della Sezione, ad avviso della Commissione delle provvidenze mancherebbe il requisito dell'"avere subito un atto persecutorio" in quanto la madre della istante non sarebbe stata destinataria di un atto persecutorio nelle circostanze previste dall'art. 1 della medesima legge e fino al 25 aprile 1945.

La Sezione ha affermato di condividere l'impostazione sistematica generale che è alla base del risalente (e mai superato) pronunciamento giurisdizionale rappresentato dalla sentenza delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti n. 9/QM/1998. Secondo questa pronuncia, gli "atti di violenza" cui fa riferimento l'art. 1 lett. c) (specificamente richiamato dall'art. 5, l. n. 96 del 1955) "devono, dunque, essere identificati in tutti gli atti che abbiano concretamente determinato la lesione del diritto alla persona, in uno dei suoi valori costituzionalmente protetti. Accanto alla violenza fisica, dunque, quale presupposto e fondamento degli assegni di cui trattasi, si affianca la violenza cosiddetta morale, ogniquale essa si estrinsechi e si concreti in azioni lesive del diritto alla persona. Rafforza l'accennato coinvolgimento anche la lettera della norma che, nell'uso del plurale («atti di violenza»), non vuole, evidentemente, subordinare la concessione degli assegni di benemeranza al reiterarsi della violenza ... ma vuole rapportare le provvidenze in parola ad una più vasta tipologia di azioni violente, tipologia che spazia, appunto, dalla violenza fisica a quella cosiddetta morale ... la lesione del diritto della persona non è sufficiente per far sorgere, in capo al soggetto leso, il diritto ad uno degli assegni di cui trattasi. Occorre, innanzitutto, che gli atti di violenza muovano da intento persecutorio,

determinato dalla condizione razziale del soggetto leso, con l'avvertenza che la motivazione razziale può presumersi ove la violenza – con le connotazioni precisate e nel concorso delle altre condizioni di legge - abbia colpito un soggetto appartenente alla comunità discriminata”.

Ad avviso della Sezione tale conclusione è condivisibile sul piano sistematico, dovendo tenere conto della *ratio legis* delle disposizioni richiamate, e cioè quella di apprestare misure riparatorie e indennitarie in favore dei soggetti che, in vario modo e a vario titolo, hanno subito pregiudizi dalle leggi e dai provvedimenti emanati durante il regime fascista e nel corso delle vicende belliche;

Sul piano semantico, ppi, i concetti giuridici di ‘violenza’, ‘sevizia’ e ‘atto persecutorio’ devono essere ricostruiti sulla base della specifica norma di settore considerata.

Da un punto di vista metodologico, ad avviso della Sezione, non occorre fare riferimento, se non nei limiti della stretta compatibilità, al concetto di ‘violenza’ rilevante per le altre branche del diritto in cui si articola l'ordinamento (ad es., il diritto civile o il diritto penale), perché la diversità delle finalità giuridiche perseguite dal legislatore e la specificità dei fatti storici accaduti condiziona e qualifica, sul piano contenutistico, la natura giuridica delle provvidenze erogate dallo Stato.

La Sezione ha aggiunto che le fattispecie di violenza cui si riferisce la norma sono tutte adeguatamente circostanziate.

Più nel dettaglio, le lett. a), b), d) ed e) elencano una serie di fatti determinati che non abbisognano di particolare specificazione, quali la detenzione in carcere, i ripetuti fermi di polizia, l'assegnazione al confino, etc.

La lett. c) rappresenta, invece, una norma di chiusura e di salvaguardia, perché dà rilievo alle violenze, alle sevizie e alle persecuzioni che, sebbene non si siano tradotte in fatti tipici di detenzione, di fermi di polizia e di confinamenti, si sono comunque tradotte in fatti di coartazione oggettivamente rilevanti e positivamente apprezzabili. Inoltre, sul piano soggettivo, la disposizione introduce un elemento ‘qualificatorio’ particolarmente rilevante, poiché la violenza o l'intimidazione debbono provenire da persone alle dipendenze dello Stato o appartenenti a formazioni militari o paramilitari fasciste, o di emissari del partito fascista.

Infine, sul piano teleologico, va preferita una lettura delle norme in senso conforme ai principi e ai valori espressi dalla Costituzione Repubblicana. Ne consegue che la connotazione violenta delle azioni poste in essere dai soggetti individuati dalla norma va ravvisata non soltanto nelle modalità della condotta (che può assumere le più svariate colorazioni, dalla mera coercizione alla brutalità e per finire alla crudeltà), ma anche nella attitudine a ledere i diritti fondamentali e inviolabili della persona.

In altre parole, la violenza non deve necessariamente consistere nell'estrinsecazione della forza fisica o materiale idonea a cagionare pregiudizi fisici (qual è la sevizia, ad esempio), ben potendo consistere in ogni forma di costrizione o di condizionamento, anche morale, ovvero di intimidazione, idonea a impedire o restringere la libera esplicazione della personalità dell'individuo come singolo o all'interno delle formazioni sociali, compreso il libero svolgimento dell'attività lavorativa (v. ancora in argomento le Sezioni

Riunite della Corte dei Conti, sentenza n. 9/QM/1998, secondo cui “l'intento risarcitorio della normativa in esame coinvolge il valore della persona nella sua unitarietà ed in tutte le sue molteplici proiezioni”. Limitare la funzione solidaristica e risarcitoria ai soli fatti lesivi dell'integrità fisica, significherebbe arbitrariamente isolare, nell'ambito del diritto della persona, un solo valore; trascurando tutti gli altri valori — quali la dignità, l'onore, l'identità etc. — che col primo formano un quadro armonico e inscindibile e che danno contenuto e sostanza all'unitario diritto della personalità, di estensione e valenza generali, quale è ormai da tempo configurato dalla prevalente dottrina e dalla giurisprudenza (ad es. Cass. civ., sez. I, 20 aprile 1963 n. 990)”.

Va considerato, inoltre, che gli atti di violenza muovono da intento persecutorio, determinato dalla condizione razziale del soggetto leso.

Infine, è specificamente circoscritto l'orizzonte temporale all'interno del quale le condotte descritte devono essere state commesse, e cioè “a partire dal primo atto persecutorio subito nelle circostanze di cui all'art. 1 della presente legge e fino al 25 aprile 1945”. Quanto, nello specifico, giova premettere che lo Stato italiano, attraverso atti amministrativi, ha introdotto il divieto agli ebrei di svolgere attività di commercio ambulante, sia vietando il rilascio di nuove concessioni, sia facendo venire meno o non riconoscendo gli effetti dei titoli già rilasciati (circolare del Ministero delle Corporazioni datata 11 novembre 1938, n. 23774, recante il divieto di rilascio della licenza ordinaria di commercio ai cittadini di razza ebraica; la circolare del Ministero degli interni del 30 luglio 1940, n. 52299, recante analogo divieto).

Unica forma di deroga ammessa era stabilita in favore del cittadino italiano ariano titolare esclusivo della licenza. Questa fattispecie non si è verificata nella specie e non si sarebbe potuta verificare per la madre della appellante, perché la stessa era ebrea e la deroga era comunque posta in favore del solo marito ariano coniugato con moglie ebrea, e non anche il contrario.

Alla madre della appellante, in altri termini, indipendentemente dalla contestata volontarietà (o meno) della decisione di continuare o di cessare la vendita di fiori, non avrebbe giovato nemmeno il fatto di essere coniugata con un ariano, poiché la deroga presupponeva la titolarità esclusiva della licenza in capo al marito italiano non ebreo.

Pertanto, nel caso di specie, non ha senso logico, prima ancora che giuridico, affermare (come invece ha argomentato la Commissione delle provvidenze) che la cessazione dell'attività di vendita dei fiori sia dipesa da una autonoma e libera scelta ‘commerciale’ della donna perché suo marito era partito al fronte. In questa prospettiva, la partenza del marito al fronte costituisce un elemento ‘neutro’, tutt'al più valutabile in senso favorevole alla madre della richiedente, e non — all'opposto — in senso a lei sfavorevole. Tale partenza, infatti, può soltanto avere maggiormente acuito la condizione di miseria, di abbandono e di persecuzione sofferta dalla donna, perché ebrea, non più abilitata a svolgere attività di commercio ambulante, ormai inibita da atti di autorità statali; perché rimasta sola, senza mezzi per vivere e con una figlia di circa un anno a proprio integrale carico.

Pertanto – si deve concludere – è fuor di dubbio che la madre della richiedente abbia subito un atto di violenza di natura persecutoria determinato da motivi di odio per l'appartenenza alla razza ebrea, proveniente dall'apparato statale (il divieto è stato pacificamente introdotto con circolare ministeriale) e avente forza cogente, a cui la donna non avrebbe potuto opporsi o sottrarsi in alcun modo, benché meno giuridicamente, atteso che quella era la legge vigente all'epoca e quello era il sistema nel quale non si dubitava che le circolari dovessero trovare applicazione.

Le circolari ministeriali in argomento, che riguardavano i mestieri del commercio, rispecchiavano pienamente la visione del regime fascista ed erano emanate sulla base di considerazioni discriminatorie e basate sull'odio razziale, che avevano costituito la comune 'base giuridica' per la promulgazione anche della legislazione antiebraica sulle professioni del commercio.

1.5. Blocco delle attività degli impianti ex Ilva.

La sez. IV, con sentenza 23 giugno 2021, n. 4802 ha dichiarato illegittima, per mancanza di un imminente pericolo alla salute, l'ordinanza d'urgenza n. 15 del 27 febbraio 2020, con la quale il Sindaco di Taranto aveva ordinato al gestore e al proprietario dello stabilimento siderurgico "ex Ilva", di individuare entro 60 giorni gli impianti interessati da emissioni inquinanti e rimuoverne le eventuali criticità, e qualora ciò non fosse avvenuto di procedere nei 60 giorni successivi alla "sospensione/fermata" delle attività dello stabilimento.

La Sezione, accogliendo gli appelli di Arcelor Mittal s.p.a. e di Ilva s.p.a. in amministrazione straordinaria, ha annullato l'ordinanza n. 15 del 27 febbraio 2020, con cui il Sindaco di Taranto aveva ordinato loro, nelle rispettive qualità di gestore e proprietario dello stabilimento siderurgico "ex Ilva", di individuare entro 60 giorni gli impianti interessati da emissioni inquinanti e rimuoverne le eventuali criticità, e qualora ciò non fosse avvenuto di procedere nei 60 giorni successivi alla "sospensione/fermata" delle attività dello stabilimento. L'ordinanza era stata emessa, nell'esercizio dei poteri di necessità e urgenza del Sindaco a tutela della salute della cittadinanza, a seguito di episodi di emissioni di fumi e gas verificatisi nell'agosto 2019 e nel febbraio 2020 e delle successive verifiche ambientali e sanitarie.

In particolare, la Sezione non ha condiviso la tesi principale delle società appellanti, secondo cui deve escludersi ogni spazio di intervento del Sindaco in quanto i rimedi predisposti dall'ordinamento, nell'ambito dell'autorizzazione integrata ambientale (A.I.A.) che assiste l'attività svolta nello stabilimento, sarebbero idonei a far fronte a qualunque possibile inconveniente. Tuttavia, ha ritenuto che quel complesso di rimedi (compresi i poteri d'urgenza già attribuiti al Comune dal T.U. sanitario del 1934, i rimedi connessi all'A.I.A. che prevedono l'intervento del Ministero della transizione ecologica e le norme speciali adottate per l'Ilva dal 2012 in poi) sia tale da limitare il potere di ordinanza del Sindaco, già per sua natura "residuale", alle sole situazioni eccezionali in cui sia comprovata l'inadeguatezza di quei rimedi a fronteggiare particolari e imminenti situazioni di pericolo per la salute pubblica.

Premesso che l'accertamento giudiziale doveva concentrarsi unicamente sulla legittimità dell'ordinanza del Sindaco senza poter estendersi alle annose e travagliate vicende che hanno interessato lo stabilimento "ex Ilva" (oggetto di un piano di adeguamento adottato in base alla legislazione speciale post-2012, le cui tempistiche sono già state considerate legittime dal Consiglio di Stato con due pareri del 2019), la Sezione ha ritenuto che in concreto il potere di ordinanza d'urgenza fosse stato esercitato in assenza dei presupposti di legge, non emergendo la sussistenza di "fatti, elementi o circostanze tali da evidenziare e provare adeguatamente che il pericolo di reiterazione degli eventi emissivi fosse talmente imminente da giustificare l'ordinanza contingibile e urgente, oppure che il pericolo paventato comportasse un aggravamento della situazione sanitaria in essere nella città di Taranto, tale da indurre ad anticipare la tempistica prefissata per la realizzazione delle migliorie" dell'impianto.

Pertanto, pur senza negare la grave situazione ambientale e sanitaria da tempo esistente nella città di Taranto, già al centro di vicende giudiziarie penali e di una sentenza di condanna dell'Italia da parte della Corte Europea dei Diritti Umani (relativa però alla precedente gestione dello stabilimento, rispetto alla quale le misure intraprese negli ultimi anni hanno segnato "una linea di discontinuità"), si è concluso che "nella specie il potere di ordinanza abbia finito per sovrapporsi alle modalità con le quali, ordinariamente, si gestiscono e si fronteggiano le situazioni di inquinamento ambientale e di rischio sanitario, per quegli stabilimenti produttivi abilitati dall'A.I.A.", non essendosi evidenziato un pericolo "ulteriore" rispetto a quello ordinariamente collegato allo svolgimento dell'attività industriale.

Correlativamente, pur non condividendo l'impostazione delle società appellanti le quali imputavano al Tar Lecce di aver debordato dal proprio ambito di giudizio, finendo per occuparsi dell'idoneità e adeguatezza delle misure connesse all'A.I.A. anziché della legittimità dell'ordinanza del Sindaco (laddove invece la verifica dell'efficacia di tali misure era proprio finalizzata all'accertamento circa la sussistenza o meno dei presupposti per l'intervento del Sindaco), la Sezione ha ritenuto che il rigetto del ricorso in primo grado non trovasse conforto neanche nelle risultanze dell'istruttoria svolta dallo stesso Tar, laddove da un lato è emerso che i più recenti episodi emissivi non sono dovuti a difetti strutturali dell'impianto, dall'altro è stata acquisita una congerie di dati a volte non pertinenti e comunque non tali da provare in modo certo l'esistenza di particolari anomalie tali da costituire serio e imminente pericolo per la popolazione. Anche sotto tale profilo, l'ordinanza risulta quindi emessa "senza che vi sia stata un'univoca individuazione delle cause del potenziale pericolo e senza che sia risultata acclarata sufficientemente la probabilità della loro ripetizione".

1.6. Riforma delle banche popolari.

La sez. VI, con sentenza 31 maggio 2021, n. 4169 ha giudicato legittima la riforma delle banche popolari introdotta dall'art. 1, d.l. n. 3 del 2015, convertito dalla l. n. 33 del 2015 e dalle disposizioni attuative approvate dalla Banca d'Italia.

Ha ricordato la Sezione che la riforma normativa recata dall'art. 1, d.l. n. 3 del 2015 ha apportato rilevanti innovazioni, influenzando sul diritto al rimborso delle azioni in caso di recesso del socio, imponendo un limite di attivo per potere svolgere l'attività bancaria avvalendosi della forma giuridica della banca popolare, regolando le maggioranze occorrenti per assumere le delibere assembleari aventi ad oggetto (per quanto di maggiore interesse nel presente giudizio) anche le trasformazioni di banche popolari in società per azioni, modificando l'elenco delle disposizioni codicistiche in materia di società cooperative inapplicabili alle banche popolari, nonché innalzando il numero di deleghe conferibili ad un socio.

In particolare, quanto al diritto al rimborso delle azioni nel caso di recesso, è stato introdotto l'art. 28, comma 2 *ter*, Tub, con cui è stato previsto che tale diritto, esercitabile - per quanto di interesse ai fini dell'odierno giudizio - anche a seguito di trasformazione, avrebbe dovuto essere limitato secondo quanto previsto dalla Banca d'Italia, anche in deroga a norme di legge, laddove ciò fosse stato necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca.

Agli stessi fini, la Banca d'Italia avrebbe potuto limitare il diritto al rimborso degli altri strumenti di capitale emessi.

Con riguardo alla fissazione di un limite di attivo della banca popolare, sono stati introdotti i commi 2 *bis* e 2 *ter* dell'art. 29 Tub, con cui è stata prevista l'impossibilità di superare la soglia di 8 miliardi di euro (con la necessità, in presenza di una banca capogruppo di un gruppo bancario, di computare tale limite a livello consolidato).

In caso di superamento della soglia degli 8 miliardi di euro, l'organo di amministrazione sarebbe stato chiamato a convocare l'assemblea per le determinazioni del caso, con la previsione che, se entro un anno dal superamento del limite l'attivo non fosse stato ridotto al di sotto della soglia, né fosse stata deliberata la trasformazione in società per azioni o la liquidazione, la Banca d'Italia, tenuto conto delle circostanze e dell'entità del superamento, avrebbe potuto adottare il divieto di intraprendere nuove operazioni ai sensi dell'art. 78 Tub, o i provvedimenti previsti nel titolo IV, capo I, sezione I, TUB o proporre alla Banca centrale europea la revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria e al Ministro dell'economia e delle finanze la liquidazione coatta amministrativa; fermi restando i poteri di intervento e sanzionatori attribuiti alla Banca d'Italia dal Tub.

Tali previsioni, riferite alla fissazione del limite di attivo e alle conseguenze discendenti dal suo superamento, avrebbero dovuto formare oggetto di disposizioni di attuazione da parte della Banca d'Italia. La riforma ha inciso anche sulle operazioni di trasformazione e fusione interessanti le banche popolari.

Attraverso la sostituzione dell'art. 31 Tub, è stato abrogato il riferimento all'interesse dei creditori, alle esigenze di rafforzamento patrimoniale o alla razionalizzazione del sistema quali cause tipizzate di autorizzazione della relativa operazione straordinaria, nonché sono state previste maggioranze specifiche per deliberare sulle relative modifiche statutarie e per assumere le diverse determinazioni di cui all'art. 29, comma 2-*ter*, cit.

In particolare, sono state previste, in prima convocazione, la maggioranza dei due terzi dei voti espressi, purché all'assemblea fosse rappresentato almeno un decimo dei soci della banca; in seconda convocazione, la maggioranza di due terzi dei voti espressi, qualunque fosse il numero dei soci intervenuti all'assemblea.

Per il caso di recesso sono stati previsti i limiti di cui all'art. 28, comma 2 ter, TUB, cit. Con riferimento alle deroghe rispetto alla disciplina codicistica, attraverso la sostituzione del comma 2 dell'art. 150 *bis* Tub, è stata prevista l'inapplicabilità degli artt. 2349, secondo comma, 2512, 2513, 2514, 2519, secondo comma, 2522, 2525, primo, secondo, terzo e quarto comma, 2527, secondo e terzo comma, 2528, terzo e quarto comma, 2530, primo, secondo, terzo, quarto e quinto comma, 2538, secondo comma, secondo periodo, e quarto comma, 2540, secondo comma, 2542, secondo e quarto comma, 2543, primo e secondo comma, 2545-*bis*, 2545-*quater*, 2545-*quinquies*, 2545-*octies*, 2545-*decies*, 2545-*undecies*, terzo comma, 2545-*terdecies*, 2545-*quinquiesdecies*, 2545-*sexiesdecies*, 2545-*septiesdecies* e 2545-*octiesdecies*.

Pertanto, con la riforma normativa: a) escludendosi l'applicabilità alle banche popolari dell'art. 2542, comma 2 (nel testo anteriore alle integrazioni apportate dall'art. 1, comma 936, lett. b), L. n. 205/17), è venuto meno l'obbligo di scegliere la maggioranza degli amministratori tra i soci cooperatori ovvero tra le persone indicate dai soci cooperatori persone giuridiche; b) prevedendosi l'applicabilità degli artt. 2526, 2542, comma 3 e 2543, comma 3, cod. civ. è stata ammessa la possibilità, sulla base di apposita clausola dell'atto costitutivo, di emettere strumenti finanziari secondo la disciplina prevista per le società per azioni e di attribuire ai relativi possessori il diritto di eleggere nel complesso sino ad un terzo degli amministratori e dei componenti dell'organo di controllo; c) prevedendosi l'applicabilità dell'art. 2538, comma 3, cod. civ., è stata ammessa, sulla base di apposita clausola dell'atto costitutivo, la possibilità di attribuire ai soci cooperatori persone giuridiche più voti, ma non oltre cinque, in relazione all'ammontare della quota oppure al numero dei loro membri.

La disciplina novellata, infine, ha previsto il rinvio agli statuti per la determinazione del numero massimo di deleghe conferibili ad un socio, comunque non inferiore a 10 e non superiore a 20 (sostituzione del comma 2 *bis* dell'art. 150 *bis* Tub).

In particolare il modello organizzativo della società per azioni è stato reputato "idoneo e necessario" per assicurare il celere reperimento di capitale sul mercato, anche al fine di prevenire crisi bancarie che, in ragione delle interconnessioni tra gli istituti di credito, specie di grandi dimensioni, operanti in ambito non meramente locale, potrebbero produrre un effetto di contagio all'intero sistema, con riflessi anche in altri settori economici.

Inoltre, è stata confermata la legittimità delle disposizioni sui "limiti al rimborso delle azioni in caso di recesso del socio, ritenuti ammissibili dal Consiglio di Stato soltanto se proporzionati, non potendo eccedere quanto necessario in ragione della situazione prudenziale della singola banca popolare interessata", di quelle con cui "sono state modificate le maggioranze per assumere le delibere assembleari aventi ad oggetto anche le trasformazioni di banche popolari in società per azioni, trattandosi di misure funzionali

a garantire l'obiettivo perseguito dalla riforma, di assicurare il rafforzamento patrimoniale degli istituti di credito, favorendo le relative operazioni di riorganizzazione societaria", e, infine, di quelle con le quali "è stato attribuito alla Banca d'Italia un potere di attuazione della riforma normativa, ritenuto, tuttavia, limitato alla definizione delle condizioni tecniche necessarie per consentire il rispetto dei coefficienti patrimoniali minimi stabiliti dalla normativa prudenziale europea, senza, dunque, alcuna possibilità per la Banca d'Italia di svolgere una valutazione politico-discrezionale sugli interessi in gioco

1.7. Infezione Xylella Fastidiosa.

La sez. III, con sentenza 11 marzo 2021, n. 2096 ha dichiarato legittimo l'inserimento della *Vitis* nell'elenco delle piante specificate, cioè sensibili a tutti i ceppi batterici di Xylella Fastidiosa, pur trattandosi di pianta non contaminata né contaminabile dallo specifico agente patogeno da debellare.

Ha premesso la Sezione che la materia in esame è soggetta all'applicazione del principio di precauzione.

L'ordito delle pertinenti fonti comunitarie trae origine dalla direttiva UE n. 2000/29, la quale ha inteso perseguire l'obiettivo di garantire un elevato livello di protezione fitosanitaria contro l'introduzione nell'Unione di organismi nocivi nei prodotti importati da paesi terzi. Le più specifiche regole di contenimento della circolazione di piante contaminate o contaminabili dal batterio Xylella si sono conformate a questo obiettivo di fondo, in quanto sono state concepite come misure strettamente funzionali all'eradicazione del batterio, ovvero alla circoscrizione della sua ulteriore diffusione all'infuori della Regione Puglia.

Su questo sfondo strategico si innesta il richiamo al principio di precauzione, criterio di orientamento certamente invocabile in un ambito di interessi (la salubrità e la salute delle piante) quali quelli che rilevano nella materia fitosanitaria (v., in tal senso, Corte giust.comm.ue, sez. I, n. 78 del 2016, punti 53-55).

Il principio di precauzione, estendendo l'azione di contrasto anche ad aree di rischio non ancora accertate ma potenziali, consente un approccio più efficace avverso l'introduzione e la diffusione degli agenti infestanti; esso quindi amplia l'impatto della tutela di interessi prevalenti (presi in considerazione dalla direttiva del 2000), attraverso una bilanciata e proporzionata opzione di preferenza su altri istanze con essi antagoniste (il commercio e l'iniziativa economico-imprenditoriale).

Se queste sono le finalità avute di mira dalle autorità regolatrici, in piena coerenza con i principi della normativa comunitaria, appare del tutto evidente l'irrelevanza della specifica destinazione d'uso della merce potenziale vettrice del batterio. È infatti trascurabile la circostanza che le barbatelle di vite non siano destinate al consumatore finale ma ad altri imprenditori, poiché ciò che rileva è unicamente il nesso tra la loro movimentazione e l'incremento del rischio di diffusione del batterio, nesso che, appunto, le misure di contrasto hanno inteso cautelativamente sciogliere.

Proprio nella materia delle misure di contenimento della diffusione della Xylella fastidiosa sul territorio pugliese, questa sezione ha già avuto modo di ricordare, come del

resto ha fatto la Corte di Giustizia Ue nella già citata sentenza del 9 giugno 2016, in C-78/16 (punti 47-48): a) che il legislatore dell'Unione, al pari del legislatore nazionale, deve tenere conto del principio di precauzione, in virtù del quale, quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, possono essere adottate misure di protezione senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi; b) che qualora risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza o la portata del rischio asserito, a causa della natura non concludente dei risultati degli studi condotti, ma persista la probabilità di un danno reale (per la salute pubblica o per l'equilibrio fitosanitario) nell'ipotesi in cui il rischio si realizzasse, il principio di precauzione giustifica l'adozione di misure restrittive (v., in particolare, Corte giust.comm.ue 17 dicembre 2015, in C-157/14, punti 81-82); c) che il suddetto principio deve, inoltre, essere applicato tenendo conto del principio di proporzionalità, il quale esige che gli atti delle istituzioni dell'Unione e quelli adottati dalle amministrazioni nazionali in conseguenza non superino i limiti di ciò che è appropriato e necessario per il conseguimento degli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno gravosa, e che gli inconvenienti causati non devono essere eccessivi rispetto agli scopi perseguiti (Cons. Stato, sez. III, n. 1692 del 2020).

Quanto, poi, all'inserimento della *Vitis* nell'elenco delle piante specificate, cioè sensibili a tutti i ceppi batterici di *Xylella fastidiosa*, ha ricordato la Sezione che il quinto considerando della decisione Ue n. 2352/2017 chiarisce che “Le prove scientifiche cui fa riferimento l'Agenzia europea per la sicurezza alimentare (Efsa) nel parere scientifico del gennaio 2015 indicano che esiste la possibilità di una ricombinazione genetica tra diverse sottospecie dell'organismo specificato rilevato in altre parti del mondo, con effetti su nuove specie vegetali che non erano mai risultate infette dalle sottospecie interessate. Di conseguenza, al fine di garantire un approccio più precauzionale e dato che recentemente sono state rilevate diverse sottospecie nell'Unione, è importante chiarire che, qualora in una zona siano state rilevate più di una sottospecie dell'organismo specificato, tale zona dovrebbe essere delimitata in relazione all'organismo specificato e a tutte le sue possibili sottospecie. Inoltre, se l'individuazione della presenza di una sottospecie è in corso, lo Stato membro interessato dovrebbe delimitare in via precauzionale anche tale zona in relazione all'organismo specificato e a tutte le sue possibili sottospecie”.

Sono, dunque, le stesse fonti scientifiche prese in considerazione dalla Commissione UE a confermare come all'epoca non esistesse alcuna certezza assoluta sulla non contaminabilità della *Vitis* ad una delle sottospecie del batterio da *Xylella*, il che giustificava, in una logica di complessiva precauzione ed al fine di evitare anche solo la potenziale infezione e diffusione dell'organismo specificato, l'adozione delle misure qui contestate. Su questa base si sono orientate le iniziative delle autorità comunitarie e nazionali, sino a che le evidenze scientifiche hanno giustificato un graduale cambio di strategia.

1.7. Società *start-up* innovative.

Con sentenza 29 marzo 2021, n. 2643 la sez. VI ha giudicato illegittimo il decreto del Ministero dello sviluppo economico 17 febbraio 2016, recante “modalità di redazione degli atti costitutivi di società a responsabilità limitata *start-up* innovative”, non potendo il potere esercitato avere alcuna portata innovativa dell’ordinamento, ovvero incidere sulla tipologia degli atti necessari per la costituzione delle start up innovative, così come previsti dalla norma primaria (art. 4, comma 10-*bis*, d.l. 24 gennaio 2015, n. 3), che si limita a rimettere ad un decreto la predisposizione del modello uniforme, decreto che non poteva che interessare la sola modalità pratiche di redazione dell’atto costitutivo, continuando per il resto ad operare le regole tradizionali; pertanto, prevedendo la norma primaria un’alternatività quanto alle modalità di costituzione (atto pubblico ovvero per atto sottoscritto con le modalità previste dall’art. 24 del Codice dell’amministrazione digitale), illegittimamente il decreto dispone che l’atto costitutivo e lo statuto, ove disgiunto, sono redatti in modalità esclusivamente informatica.

Ha premesso la Sezione che l’art. 25, d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 (convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221) ha introdotto nell’ordinamento la società “*start-up* innovativa”, consistente in una speciale società di capitali in possesso dei requisiti elencati dal comma 2 della stessa norma: costituzione e svolgimento di attività d’impresa da non più di 60 mesi; residenza in Italia o in Stato Ue o See purché con sede produttiva o filiale in Italia; totale del valore della produzione annua non superiore a 5 mln. di euro a partire dal secondo anno di attività; non distribuzione di utili; oggetto sociale esclusivo o prevalente consistente nello sviluppo, produzione e commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico; costituzione non derivante da fusione, scissione, cessione di azienda o di ramo di azienda; possesso di almeno uno degli ulteriori requisiti previsti, quali, in estrema sintesi: ammontare delle spese in ricerca e sviluppo uguali o superiori a un determinato parametro; impiego di personale altamente qualificato nelle proporzioni indicate; titolarità di almeno una privativa industriale in campi innovativi

I commi 8 ss. del citato art. 25 disciplinano l’istituzione, da parte delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, di una “apposita sezione speciale del registro delle imprese” ex art. 2188 cod. civ., a cui la *start-up* innovativa deve essere iscritta, dettando al contempo le modalità di iscrizione.

Con d.m. 17 febbraio 2016 (recante “modalità di redazione degli atti costitutivi di società a responsabilità limitata startup innovative”) è stato previsto: che in deroga all’art. 2463 cod. civ. i contratti di s.r.l. per la costituzione di start-up innovative “sono redatti in forma elettronica e firmati digitalmente a norma..., in totale conformità allo standard allegato sotto la lettera A al presente decreto, redatto sulle base delle specifiche tecniche del modello, di cui all’art. 2, comma 1” (art. 1, comma 1); che l’atto costitutivo e lo statuto “sono redatti in modalità esclusivamente informatica...” (art. 1, comma 2), non essendo “richiesta alcuna autentica di sottoscrizione” (comma 5); che detto “documento informatico”, una volta “formato”, è presentato all’ufficio del registro delle imprese,

“redatto sulla base delle specifiche tecniche del formato elettronico elaborabile del modello, contenente le relative istruzioni per l’iscrizione, emanate dal Ministero dello sviluppo economico, e pubblicate sul sito internet del Ministero medesimo” (art. 2, comma 1); che l’ufficio del registro, effettuate le verifiche ivi indicate (art. 2, comma 2), dispone l’“iscrizione provvisoria” della società nella sezione ordinaria del registro, con apposita annotazione, e, su istanza dell’interessata, l’iscrizione nella sezione speciale *ex* art. 25, d. l. n. 179 del 2012 (conseguibile soltanto dopo l’iscrizione provvisoria; artt. 2 e 3); che in caso di cancellazione dalla sezione speciale per motivi sopravvenuti, la società “mantiene l’iscrizione in sezione ordinaria, senza alcuna necessità di modificare o ripetere l’atto, fino ad eventuale modifica statutaria” (secondo le regole ordinarie di cui all’art. 2480 cod. civ.; art. 4).

Ha ancora chiarito la Sezione che l’art. 8, l. n. 580 del 1993 è stato “istituito presso la camera di commercio il registro delle imprese di cui all’articolo 2188 del codice civile” (comma 1). A sua volta l’art. 2189, comma 2, cod. civ. prevede che: “Prima di procedere all’iscrizione, l’ufficio del registro deve accertare l’autenticità della sottoscrizione e il concorso delle condizioni richieste dalla legge per l’iscrizione”.

Di fatto, il registro delle imprese è stato attuato nel 1995, mediante l’emanazione del regolamento attuativo previsto dall’ottavo comma del citato art. 8, l. n. 580 del 1993. In particolare, l’art. 11, comma 6, d.P.R. n. 581 del 1995 (norma di attuazione della disposizione codicistica) stabilisce che: “Prima di procedere all’iscrizione, l’ufficio accerta: a) l’autenticità della sottoscrizione della domanda; b) la regolarità della compilazione del modello di domanda; c) la corrispondenza dell’atto o del fatto del quale si chiede l’iscrizione a quello previsto dalla legge; d) l’allegazione dei documenti dei quali la legge prescrive la presentazione; e) il concorso delle altre condizioni richieste dalla legge per l’iscrizione”.

La dottrina è pressoché concorde nel riconoscere che, in base alla disciplina normativa innanzi ricordata, al conservatore sia consentito un controllo meramente formale, tale dovendosi intendere quello che ha ad oggetto l’accertamento dei requisiti formali della domanda e, dunque, dell’autenticità della sottoscrizione del richiedente, della regolarità della compilazione del modello di domanda e dell’allegazione dei documenti dei quali la legge prescrive la presentazione.

Il controllo di regolarità dell’atto di cui viene chiesta l’iscrizione comprende peraltro altresì, nell’ambito della verifica del “concorso delle condizioni richieste dalla legge per l’iscrizione”, di cui al comma 2 dell’art. 2189 cit., l’accertamento della corrispondenza dell’atto o del fatto del quale si chiede l’iscrizione a quello previsto dalla legge, espressamente indicato dal comma 6 dell’art. 11 del regolamento attuativo (d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581). Tale ulteriore controllo viene usualmente denominato “qualificatorio”, perché il conservatore non deve limitarsi a ricevere l’atto e a verificare la regolarità e la completezza della domanda sotto il profilo formale, ma deve altresì procedere alla qualificazione dell’atto presentato per l’iscrizione, onde accertare se sia conforme al modello di atto previsto dalla legge per il quale è prescritta l’iscrizione.

Anche tale tipologia di controllo, seppur con diverse sfumature da parte dei commentatori, viene tendenzialmente ricondotto alla sola “formale verifica della corrispondenza tipologica dell’atto da iscrivere a quello previsto dalla legge” (decreto Trib. Padova 16 febbraio 2007). In questo senso si esprime la giurisprudenza maggioritaria del Giudice del Registro delle Imprese.

Per altro, anche in base ad un orientamento maggiormente estensivo, il controllo del Conservatore è comunque e sempre limitato a quei vizi dell’atto che devono essere estrinseci all’atto stesso, rilevabili immediatamente, senza che si rendano a tal fine necessari accertamenti, che esulerebbero dai poteri di controllo del conservatore (Trib. Reggio Emilia 29 febbraio 2016).

Ha aggiunto la Sezione che l’art. 11, d.P.R. n. 581 del 1995 ha attribuito agli Uffici del Registro delle Imprese la competenza ad un controllo di tipo eminentemente formale, ossia non diretto ad accertare l’effettiva esistenza delle condizioni per l’iscrizione della società nel registro, ma basato sull’esame della documentazione presentata dal notaio; pertanto, è illegittimo l’art. 2, comma 2, lett. h) (relativa alla “liceità, possibilità, determinabilità dell’oggetto”) del decreto del Ministero dello sviluppo economico 17 febbraio 2016, recante “modalità di redazione degli atti costitutivi di società a responsabilità limitata *start-up* innovative”, relativamente ai controlli demandati all’Ufficio del Registro, la cui portata non pare poter essere assimilata a quella di cui all’art. 11, comma 6, lett. e), d.P.R. n. 581 del 1995, neppure nella sua accezione più estensiva innanzi riferita, che include anche il possibile rilievo degli eventuali vizi di validità, i quali, però, devono derivare da una difformità formale dell’atto, non potendo implicare alcun tipo di indagine o valutazione ulteriore da parte dell’Ufficio del Registro delle Imprese.

2. Autorità amministrative indipendenti.

2.1. Sindacabilità della attività di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti.

Ha chiarito la sez. VI, con sentenza 14 maggio 2021, n. 3809, che in tema di sindacato del giudice amministrativo sull’attività di regolazione, è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito del regolatore; l’unico limite in cui si sostanzia l’intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. “contestualizzazione” dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l’Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all’esito di un controllo “intrinseco”, che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall’Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell’Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate (sul piano tecnico), che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto. Ha affermato la Sezione che nel caso della regolazione economica, il controllo giurisdizionale “non sostitutivo” trova giustificazione in ragione di una specifica scelta di diritto

sostanziale; quella per cui il legislatore, non essendo in grado di governare tutte le possibili reciproche interazioni tra i soggetti interessati e di graduare il valore reciproco dei vari interessi in conflitto, si limita a predisporre soltanto i congegni per il loro confronto dialettico, senza prefigurare un esito giuridicamente predeterminato. In tali casi, l'attività integrativa del precetto corrisponde ad una tecnica di governo attraverso la quale viene rimesso ai pubblici poteri di delineare in itinere l'interesse pubblico concreto che l'atto mira a soddisfare.

2.2. Natura dei termini dei procedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti.

Con sentenza 19 gennaio 2021, n. 584 la sez. VI ha affermato che il termine previsto da una Autorità indipendente per la conclusione del procedimento sanzionatori ha natura perentoria.

Ha ricordato la Sezione che il modello delle Autorità amministrative indipendenti sul piano oggettivo-funzionale si connota per la titolarità di una funzione giurisdicante, che assomma in sé il potere di regolare e quello di decidere e si articola più in dettaglio, anche in relazione all'Autorità appellata, in compiti normativi, regolatori, di vigilanza, di controllo e monitoraggio, di accertamento, di risoluzione dei conflitti e sanzionatorio.

La particolare delicatezza del ruolo svolto dalle Autorità impone, anche in ragione del deficit di legittimazione democratica che le connota, l'applicazione di regole rafforzate in termini di trasparenza e di partecipazione ai procedimenti di cui le stesse sono titolari. Questa esigenza è particolarmente avvertita in relazione all'esercizio del potere sanzionatorio.

D'altra parte, la questione in generale è se la potestà sanzionatoria in tale materia sia sottoposta a decadenza o soltanto a prescrizione, essendo notoriamente diverso il fatto giuridico "tempo" nei due istituti.

Ha ricordato la Sezione che nella prescrizione il tempo è durata; l'inerzia che dura nel tempo funge da fatto tendenzialmente estintivo del diritto (*rectius*, sorge nella controparte il diritto potestativo di eccipirla). Nella decadenza, per una ragione anche di interesse pubblico superiore, il tempo è distanza: il potere va esercitato a non eccessiva distanza dai fatti che ne costituiscono il fondamento (per esempio, nei procedimenti disciplinari).

È evidente, tuttavia, che, in senso contrario, il riferimento al termine lungo di prescrizione potrebbe essere inteso con riguardo al solo diritto di escutere la prestazione patrimoniale (e non alla potestà sanzionatoria in sé considerata), una volta che però essa già sia sorta sulla base dell'esercizio del potere sanzionatorio.

La Sezione ha rilevato che sulla questione si registrano orientamenti contrastanti.

Secondo un primo orientamento (Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2020, n. 6891; id. 4 luglio 2018, n. 4110; id. 29 maggio 2018, n. 3197; id. 13 febbraio 2018, n. 911; id. 2 febbraio 2015, n. 468), in tema di provvedimenti sanzionatori emessi dalle Autorità indipendenti nessuna disposizione di legge stabilisce la perentorietà dei termini di conclusione del procedimento, di guisa che sarebbe arbitrario, in quanto sfornito di base di

legge, sostenere che lo spirare del termine fissato dalla stessa Autorità nell'avvio del procedimento determinerebbe ipso iure l'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato. Pertanto, il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, ove non diversamente previsto dalla legge, non sarebbe perentorio, ma soltanto ordinatorio. Tale conclusione è fondata sul rilievo che la perentorietà di un termine procedimentale, incidendo direttamente sulle situazioni degli interessati, potrebbe inferirsi soltanto da un'esplicita previsione legislativa, che espressamente correli al superamento di un dato termine un effetto decadenziale, di guisa che sarebbe arbitrario, in quanto sornito di base legislativa, sostenere che lo spirare del termine fissato nell'avvio del procedimento determinerebbe ipso iure l'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato.

Secondo tale prospettiva, il mancato rispetto dei termini, come tali fissati da regolamenti o da delibere generali dell'Autorità indipendente, avrebbero valenza soltanto ordinatoria, potendosi in tale caso dare rilievo soltanto a una "lunghezza eccessiva" del tempo impiegato, secondo il caso concreto. Pertanto, il provvedimento intervenuto all'indomani dello spirare del termine di conclusione del procedimento non sarebbe illegittimo, purché intervenuto nel termine prescrizione di cinque anni previsto dall'art. 28, l. 24 novembre 1981, n. 689.

Questa tesi richiama un orientamento della Cassazione (sez. lav., 17 giugno 2003 n. 9680) in tema di ordinanza-ingiunzione del prefetto ex art. 18, l. 26 novembre 1981, n. 690, che faceva prevalere il termine prescrizione su quello procedimentale previsto dall'art. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241, ritenendo quest'ultimo troppo breve per assicurare il rispetto delle garanzie derivanti dal procedimento contenzioso che porta alla adozione della ordinanza-ingiunzione.

La disciplina in questione, così interpretata, dovrebbe ritenersi, in via generale, conforme alla Costituzione (Corte cost. 17 luglio 2002, n. 355 e 18 luglio 1997, n. 262), perché, anche se la decadenza dal potere sanzionatorio non si verifica, il privato non rimarrebbe senza difesa e, in particolare, non sarebbe esposto senza limiti di tempo alla possibilità di essere sanzionato, potendo esso per un verso attivare i rimedi processuali contro il silenzio, ed essendo, per altro verso, a norma dell'art. 28, comma 1, l. n. 689 del 1981 il diritto dell'amministrazione a riscuotere le somme dovute per le violazioni amministrative assoggettato al termine di prescrizione di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione (sicché, con riguardo a tale ultimo profilo, il privato sarebbe garantito anche se rimanga inerte). Inoltre, il carattere vincolato del provvedimento sanzionatorio sterilizzerebbe qualsivoglia efficacia caducante della violazione non influenzando sul diritto di difesa anche ai sensi di quanto disposto dall'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990 (Cass. civ., sez. II, 3 gennaio 2019, n. 4; id. 20 gennaio 2004, n. 1065; id., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935).

Ha aggiunto la Sezione che un secondo orientamento ritiene, invece, che in materia di sanzioni amministrative, il termine fissato per l'adozione del provvedimento finale ha natura perentoria, a prescindere da una espressa qualificazione in tali termini nella legge o nel regolamento che lo preveda.

Si tratta di un orientamento relativo in particolare al procedimento sanzionatorio della Banca d'Italia (Cons. Stato, sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7153; id. 4 aprile 2019, n. 2289; id. 21 febbraio 2019, n. 2042; id., sez. V, 3 ottobre 2018, n. 5695; id., sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1199; id. 6 agosto 2013, n. 4113).

Questo orientamento conclude per la natura perentoria del termine de quo, a prescindere da una espressa qualificazione in tal senso nella legge o nel regolamento che lo preveda, attesa la stretta correlazione sussistente tra il rispetto di quel termine e l'effettività del diritto di difesa dell'incolpato, avente come è noto protezione costituzionale (nel combinato disposto degli artt. 24 e 97 Cost.), oltre che per la esigenza di certezza dei rapporti giuridici e delle posizioni soggettive. Tale conclusione si motiva perché l'adozione del provvedimento finale entro il lungo termine prescrizionale (cinque anni, in base all'art. 28, l. n. 689 del 1981), anziché nel rispetto del termine specificamente fissato per l'adozione dell'atto, equivarrebbe ad esporre l'incolpato ad un potere sanzionatorio di fronte al cui tardivo esercizio potrebbe essergli difficoltoso approntare in concreto adeguati strumenti di difesa.

La Sezione ha aderito alla tesi della natura perentoria del termine.

Ha chiarito che nella specie sottoposta all'esame della Sezione, la circostanza che nei "considerato" della deliberazione del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com, l'Arera svolga la seguente considerazione: "al di là della natura pacificamente ordinatoria dei termini dei procedimenti sanzionatori", non ha efficacia decisiva ai fini della contraria soluzione.

Da un lato, infatti, non si è in presenza di locuzione avente valore normativo. Dall'altro, anche nel caso in cui l'Arera avesse operato un'autoqualificazione del termine di conclusione del procedimento come ordinatorio, ciò non sottrarrebbe la detta operazione al sindacato di legittimità dell'odierno giudicante, trattandosi dell'esercizio del potere di autoorganizzazione che deve anche esso necessariamente svolgersi nel rispetto dei parametri legislativi e costituzionali.

L'affermazione secondo la quale la natura perentoria del termine di conclusione del procedimento deve essere accompagnata da un'esplicita previsione legislativa in tal senso nella sua rigidità, da un lato, presuppone che il legislatore possa disporre in via esclusiva di valori di rilievo costituzionale o convenzionale al punto di rimetterla ad un'esplicita previsione. Dall'altro, porterebbe a concludere che anche qualora il legislatore costruisca una disciplina che premia la necessità del rispetto del termine di conclusione del procedimento in termini di normazione sostanziale, la mancanza di una locuzione esplicita ponga nel nulla l'impianto complessivo della disciplina. Infine, vedrebbe sminuito il ruolo dell'interprete, avallando un approccio esegetico, cieco rispetto all'imperante pluralismo normativo delle fonti nazionali e sovranazionali. È noto, infatti, al contrario come la ricerca di un non semplice equilibrio tra le fonti multilivello in ogni campo dell'amministrazione ha accresciuto, e non diminuito, l'importanza del momento interpretativo.

In una parola, non è escluso che la esigenza di fissazione di termini perentori a pena di decadenza possa essere soddisfatta, nel rispetto del principio di legalità sostanziale, da

atti normativi secondari o generali a ciò autorizzati o al limite anche in sede di avvio del procedimento, con una autolimitazione della successiva attività.

Né rileva in materia il dettato dell'art. 2, l. n. 241 del 1990, norma di chiusura che prevede al comma 2 un termine di carattere generale pari a 30 giorni per la conclusione del procedimento. E ciò anche in ragione di quanto disposto dal successivo comma 5, secondo il quale: "Fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza". In conformità a quest'ultimo principio, infatti, il comma 6 dell'art. 45, d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93 demanda ad un regolamento dell'Autorità appellata la disciplina dei procedimenti sanzionatori di propria competenza. Ossia la deliberazione del 14 giugno 2012 n. 243/2012/E/com, che come spiegato sopra prevede che il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio sia fissato di volta in volta dall'Autorità stessa in ragione della complessità della fattispecie.

Del pari, risulta assente a livello sostanziale una norma di carattere generale quale quella contenuta nel comma 2 dell'art. 152 cod. proc. civ., secondo il quale: "I termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiari espressamente perentori". Quest'ultimo precetto non può, infatti, che trovare applicazione in ambito processuale.

Ad avviso della Sezione non convince il riferimento all'art. 28, l. n. 689 del 1981, dal momento che sovrappone archetipi normativi affatto dissimili, ossia quello della legge generale sulle sanzioni amministrative con quello della disciplina sul procedimento sanzionatorio dell'Arera, che riguarda l'esercizio di un potere di natura discrezionale.

Le differenze tra i due modelli, a ben vedere, sono plurime: a) la natura del potere esercitato; b) la tipologia di accertamento della violazione, che nel paradigma di riferimento per la l. n. 689 del 1981 ha carattere di immediatezza, quindi, di regola non prevede un accertamento a contraddittorio differito, ma un accertamento immediato ed in via eccezionale una contestazione se non contestuale, differita; c) il termine prescrizione quinquennale di cui al citato art. 28, ben può essere recuperato anche con riferimento alla disciplina sul procedimento sanzionatorio dell'Arera, potendosi distinguere tra termine decadenziale di conclusione del procedimento sanzionatorio entro il quale emettere il provvedimento sanzionatorio e determinare la sanzione pecuniaria e termine prescrizione, quello appunto di cui all'art. 28, entro il quale riscuotere le dette somme.

Vale del resto ricordare, sempre ad avviso della Sezione, quanto dispone l'art. 2964 cod. civ., che distingue il regime giuridico della decadenza e della prescrizione, chiarendo che le norme relative all'interruzione e alla sospensione della prescrizione non si applicano all'istituto della decadenza, rimettendo, però, alle singole discipline l'individuazione dei casi di prescrizione e di decadenza.

Ha inoltre affermato la Sezione come non sia condivisibile il riferimento alle pronunce della Corte costituzionale 17 luglio 2002, n. 355 e 18 luglio 1997, n. 262, fondandosi su una premessa erronea. Le sentenze in questione, infatti, ribadiscono il carattere di norma

di chiusura dell'art. 2, l. n. 241 del 1990, che fissa il termine di trenta giorni per la conclusione del procedimento con un provvedimento espresso, affermando che l'inutile spirare dello stesso non comporta decadenza dall'esercizio del potere, ma connota in termini di illegittimità il comportamento dell'amministrazione.

Ciò legittima gli interessati ad insorgere a tutela della propria posizione soggettiva anche con lo strumento del risarcimento del danno (oltre che per la rimozione della inerzia).

Com'è chiaro le sentenze in questione anche per le fattispecie in concreto trattate (manca adozione di un piano territoriale; approvazione definitiva degli elenchi dei beni sottoposti a vincolo paesistico, in presenza di una compilazione provvisoria, che com'è noto ha natura ricognitiva delle qualità del bene) non riguardano in alcun modo l'esercizio della potestà sanzionatoria.

Ad avviso della Sezione la premessa erronea su cui tale tesi si fonda è il ritenere che il tempo dell'azione amministrativa sia uniforme rispetto a tutti i sistemi di relazione tra amministrazione e amministrato. Questa conclusione non merita di essere condivisa, atteso che il tempo dell'agire amministrativo nel suo valore intrinseco va declinato non in termini assoluti ma in termini relativi, mentre deve essere declinato in termini assoluti solo quando si rifletta sul suo valore estrinseco, ossia sulla sua rilevanza effettuale. Il tempo dell'azione amministrativa, infatti, rappresenta una parentesi all'interno della quale la potestà amministrativa spiega efficacia attrattiva sulla sfera giuridica dell'amministrato. La relazione che può generarsi è chiaramente poliforme e dipende dalla trama normativa di riferimento, nonché dagli interessi sostanziali in gioco. Pertanto, sia la potestà amministrativa che la posizione giuridica soggettiva dell'amministrato possono comporsi in modo differente.

Ciò ha condotto a elencare all'interno della stessa nozione di interesse legittimo, distinte classificazioni, così enunciate: a) interessi legittimi oppositivi (in senso stretto), spettanti ai diretti destinatari di un potere ablatorio; b) interessi legittimi pretensivi (in senso stretto), spettanti ai diretti destinatari di un potere ampliativo; c) interessi legittimi rivali, in capo ai partecipanti ad una procedura selettiva di natura concorsuale o competitiva; d) interessi legittimi ostili, configurabili in capo a coloro che sono terzi rispetto all'esercizio (pregiudizievole nei loro confronti) di un potere ampliativo; e) interessi legittimi alla legalità, da riconoscere in capo ai terzi pregiudicati dall'esercizio di un potere ad efficacia plurisoggettiva (o, se si preferisce, plurioffensiva); f) interessi legittimi dipendenti, intestati in capo a chi si trova in un rapporto di "dipendenza" con il titolare di uno dei precedenti tipi di interessi legittimi.

L'esemplificazione di una pluralità di figure di interesse legittimo evidenzia la presenza di un diverso atteggiarsi della potestà pubblica, che a sua volta impone la presenza di regole sostanziali differenti nel delineare facoltà e obblighi dell'amministrazione e dell'amministrato.

Accettando questa visione, risulta insostenibile affermare il carattere assoluto nel suo valore intrinseco del tempo dell'agire amministrativo.

Così nell'ipotesi sottoposta all'esame della Sezione, la previsione di un tempo procedimentale, la cui determinazione è rimessa all'amministrazione in ragione del singolo caso

concreto, è difficile ritenere non debba garantire che il tempo dell'accertamento della violazione sia ravvicinato rispetto a quello della sua punizione.

A quanto appena sopra osservato, deve aggiungersi che il processo sanzionatorio (quasi penale) è di per sé una pena, e per cittadini e imprese i tempi moderni esigono certezze dei rapporti giuridici, per ulteriori plurime ragioni: a) la possibilità dell'amministrazione di provare la sussistenza della violazione si deteriora con il decorso del tempo; b) la possibilità per l'amministrato di offrire la prova contraria soffre la stessa sorte; c) l'effetto dissuasivo di prevenzione speciale è assicurato dall'esistenza di un lasso temporale ristretto tra contestazione della violazione e adozione del provvedimento sanzionatorio; d) lo stesso dicasi per l'effetto dissuasivo di prevenzione generale; e) in generale, il tempo ha la sua rilevanza come fatto giuridico e, in materia sanzionatoria, alla lunga, esso cancella ogni cosa.

Il tempo dell'agire amministrativo sostiene nell'ipotesi del potere sanzionatorio dell'Arera il soddisfacimento di interessi che sono ulteriori rispetto al mero rilievo dell'avvenuta infrazione. Ciò si coglie in modo chiaro anche dal considerando 34 della direttiva n. 2009/73/CE attuata dal d.lgs. n. 93 del 2011, secondo il quale: "Qualsiasi armonizzazione dei poteri delle autorità nazionali di regolamentazione dovrebbe comprendere i poteri di fornire incentivi alle imprese di gas naturale e di imporre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive a tali imprese...".

È evidente che il carattere effettivo e dissuasivo della sanzione è fortemente condizionato dal rispetto della tempistica procedimentale, poiché se l'irrogazione della sanzione avvenisse a distanza di tempo dalla sua commissione e dal suo accertamento potrebbe fallire il suo obiettivo.

Risulta ragionevole, pertanto, affermare che in questo caso l'inutile decorso tempo dell'agire amministrativo ridonda in illegittimità del provvedimento sanzionatorio.

Ha infine, chiarito la Sezione che quanto ai mezzi di tutela giurisdizionale a valle del decorso del termine del procedimento, è piuttosto dubbio che l'esercizio dell'azione ai sensi dell'art. 31 c.p.a. sia sorretto da un valido interesse del ricorrente.

Nel procedimento sanzionatorio l'interesse dell'amministrato è quello di non essere sanzionato, ovvero è quello che il procedimento si concluda tempestivamente con un provvedimento a lui favorevole. Pertanto, il predicare che il soggetto sottoposto a procedimento sanzionatorio abbia interesse a vedere concluso il procedimento in qualsivoglia modo una volta sia decorso il termine ultimo per provvedere, sembra evocare una nozione di interesse legittimo inteso come interesse alla legittimità formale dell'azione amministrativa rispetto alla quale l'interesse del privato è solo occasionalmente protetto. Al contrario, una visione contemporanea della nozione di interesse legittimo aprirebbe al più la strada ad un'azione atipica di accertamento dell'inutile decorso del termine per adottare il provvedimento sanzionatorio con ciò che ne consegue, ad esempio, in termini di venir meno delle misure cautelari medio tempore adottate dall'amministrazione procedente e di azione risarcitoria spiegata per i danni derivati dalla sottoposizione a procedimento per il rischio di subire un provvedimento sanzionatorio (si pensi al danno reputazionale societario).

- *Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm)*.

2.3. Concorrenza, misure cautelari e smaltimento delle bottiglie di plastica.

Con sentenza 16 dicembre 2021, n. 8402 la sez. VI ha affermato che il contenuto delle misure cautelari *ex art. 14 bis*, l. n. 287 del 1990, suscettibili di essere disposte in via interinale dall’Autorità per evitare che, nelle more della conclusione di un procedimento antitrust per l’accertamento di un abuso di posizione dominante *ex art. 102 Tfu*, possa concretizzarsi un (presunto) danno grave e irreparabile per la concorrenza, in applicazione del principio di strumentalità della tutela cautelare (anche sostanziale), non può eccedere quanto l’Autorità procedente potrebbe adottare con il provvedimento conclusivo del procedimento, avuto riguardo allo stato del mercato riscontrabile al momento della decisione.

Ha chiarito la Sezione che il provvedimento assunto dall’Autorità per evitare che, nelle more della conclusione di un procedimento antitrust per l’accertamento di un abuso di posizione dominante *ex art. 102 Tfu*, possa concretizzarsi un (presunto) danno grave e irreparabile per la concorrenza, in ragione della sua natura interinale, ha attuato un assetto di interessi di natura provvisoria, destinato ad essere sostituito con l’adozione del provvedimento conclusivo del procedimento *antitrust*.

La provvisorietà delle misure cautelari trova, dunque, la propria giustificazione (altresi) in ragione della fase procedimentale in cui la decisione viene assunta: l’Autorità, difatti, qualora sia in condizione di constatare la certa integrazione dell’infrazione, è chiamata ad assumere la decisione finale *ex art. 7 Regolamento n. 1 del 2003*, adottando misure tendenzialmente stabili; altrimenti, è tenuta a proseguire l’istruttoria procedimentale, eventualmente disponendo, nelle more, misure provvisorie qualora sussista il rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza.

Ne deriva che le misure cautelari sono assunte in pendenza del procedimento amministrativo, sulla base di un accertamento ancora non completo, avuto riguardo a quanto appare al momento della decisione provvisoria all’uopo adottata.

Occorre che il bene tutelato dalla norma giuridica, individuabile nell’interesse pubblico all’assetto concorrenziale del mercato - non confondibile con l’interesse privato all’inibizione dell’altrui condotta illecita o al risarcimento di un danno ingiusto derivante dall’infrazione in concreto commessa, stante la necessità di distinguere gli strumenti di *public enforcement* e *private enforcement* (Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773) – sia esposto ad un pericolo attuale, sussistendo il rischio di concretizzazione di un danno grave e irreparabile.

Al ricorrere dei delineati presupposti, l’Autorità procedente è abilitata ad adottare misure cautelari, assumendo una decisione dal contenuto corrispondente alle misure definitive suscettibili di essere disposte a conclusione del procedimento amministrativo.

Come precisato dalla giurisprudenza europea, in relazione all’art. 3 regolamento Cee n. 17 del 1962, ma con considerazioni di carattere generale riferibili anche alla vigente disciplina concernente l’applicazione delle regole di concorrenza dettate dagli artt. 101 e 102 Tfu, “i provvedimenti cautelari che la Commissione può adottare in via urgente

sono quelli che appaiono indispensabili onde evitare che l'esercizio del potere di decisione di cui all'art. 3 risulti vanificato, o addirittura illusorio, per effetto del comportamento di alcune imprese. Ne consegue che i provvedimenti d'urgenza devono rientrare nell'ambito della decisione che può venir adottata in via definitiva in forza dell'art. 3" (sentenza della Corte giust.comm. ue 28 febbraio 1984, in cause riunite C-228 e 229/82, Ford of Europe Incorporated, punto 19).

Si conferma, dunque, che il contenuto delle misure cautelari, suscettibili di essere disposte in via interinale, in applicazione del principio di strumentalità della tutela cautelare (anche sostanziale), non può eccedere quanto l'Autorità procedente potrebbe adottare con il provvedimento conclusivo del procedimento, avuto riguardo allo stato del mercato riscontrabile al momento della decisione.

La Sezione ha poi affermato che la nozione di "sfruttamento abusivo di posizione dominante" ai sensi dell'art. 102 Tfu è una nozione oggettiva che riguarda i comportamenti di un'impresa in posizione dominante, i quali, su un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito, abbiano l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza. L'esame del carattere abusivo di una pratica di un'impresa dominante deve essere effettuato prendendo in considerazione tutte le circostanze specifiche della controversia, avuto riguardo allo stato di fatto esistente al momento dell'adozione del provvedimento cautelare per cui è controversia. Difatti, "la legittimità di un atto amministrativo va accertata con riguardo allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, secondo il principio del *tempus regit actum*" (ex multis, Cons. Stato, sez. II, 8 marzo 2021, n. 1908), non potendo, dunque, valorizzarsi, al fine di dedurre l'illegittimità del provvedimento cautelare, circostanze sopravvenute rispetto alla sua adozione, che per propria natura non avrebbero potuto essere valutate in sede procedimentale in quanto non esistenti nel momento della decisione.

Nella sentenza è stato altresì aggiunto che la disciplina della gestione dei rifiuti di imballaggio risulta ispirata ai principi di chi inquina paga e di responsabilità condivisa tra gli operatori economici; pertanto, occorre che i produttori sostengano i costi della raccolta differenziata, della valorizzazione e dell'eliminazione dei rifiuti in proporzione alla quantità degli imballaggi da ciascuno immessa sul mercato nazionale.

Ha chiarito la Sezione che ai sensi dell'art. 221, comma 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, i produttori e gli utilizzatori degli imballaggi sono responsabili della corretta ed efficace gestione ambientale degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio generati dal consumo dei propri prodotti.

Per adempiere agli obblighi di riciclaggio e di recupero nonché agli obblighi della ripresa degli imballaggi usati e della raccolta dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari su superfici private, e con riferimento all'obbligo del ritiro, su indicazione del Consorzio nazionale imballaggi di cui all'art. 224, d.lgs. n. 152 del 2006, dei rifiuti di imballaggio conferiti dal servizio pubblico, i produttori possono alternativamente (ai sensi dell'art.

221, comma 3, d.lgs. n. 152 del 2006): a) organizzare autonomamente, anche in forma collettiva, la gestione dei propri rifiuti di imballaggio sull'intero territorio nazionale; b) aderire ad uno dei consorzi di cui all'art. 223, d.lgs. n. 152 del 2006; c) attestare sotto la propria responsabilità che è stato messo in atto un sistema di restituzione dei propri imballaggi, mediante idonea documentazione che dimostri l'autosufficienza del sistema. Con riguardo all'organizzazione autonoma della gestione dei rifiuti di imballaggio sul territorio nazionale, i produttori che non intendano aderire al sistema Conai e, dunque, al Consorzio Nazionale Imballaggi e al Consorzio di filiera, sono tenuti a presentare all'Osservatorio nazionale sui rifiuti il progetto del sistema di gestione autonomo, richiedendone il riconoscimento sulla base di idonea documentazione, attestante che il sistema di gestione è organizzato secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, è effettivamente ed autonomamente funzionante ed è in grado di conseguire, nell'ambito delle attività svolte, i prescritti obiettivi di recupero e di riciclaggio.

Il mancato riconoscimento del sistema o la revoca disposta dall'Autorità comportano per i produttori l'obbligo di partecipare ad uno dei consorzi di filiera e, assieme ai propri utilizzatori di ogni livello fino al consumo, al consorzio nazionale imballaggi.

Tale adesione è obbligatoria ed opera retroattivamente ai soli fini della corresponsione del contributo ambientale previsto dall'art. 224, comma 3, lettera h), d.lgs. n. 152 del 2006 e dei relativi interessi di mora.

La Sezione ha infine affermato che la pretesa di un consorzio di filiera di gestire per intero i rifiuti di imballaggio, anche a fronte di produttori che abbiano aderito ad un sistema autonomo di gestione provvisoriamente riconosciuto, come tale abilitato ad operare sul mercato, integra una condotta anomala, incentrata su mezzi diversi da quelli su cui si basa la concorrenza normale tra servizi fondata sulle prestazioni degli operatori economici, idonea ad impedire lo sviluppo della concorrenza nel mercato, come tale suscettibile di dare luogo ad uno sfruttamento abusivo di una posizione dominante *ex art. 102 Tfu*.

Ha chiarito la Sezione che per la gestione di rifiuti primari, in gran parte raccolti (se si esclude l'impiego degli eco-compattatori) attraverso il circuito della raccolta differenziata su iniziativa dei Comuni o degli operatori affidatari del relativo servizio pubblico, il consorzio avrebbe dovuto concludere un accordo quadro con l'Anci e singoli accordi con i vari enti comunali, al fine, da un lato, di assicurarsi la possibilità di ottenere il conferimento dei rifiuti da imballaggio in plastica derivanti dalla raccolta differenziata presso le piattaforme di selezione designate dal consorzio, dall'altro, di adempiere agli obblighi Epr gravanti sui propri consorziati, richiedenti (altresì) una partecipazione ai costi della raccolta differenziata.

Il consorzio, per potere operare concretamente, avrebbe dovuto concludere anche specifici accordi con i Centri di selezione, ai fini delle conseguenti attività di recupero e riciclo, pure rientranti nell'ambito delle responsabilità dei produttori ai sensi dell'art. 221, d.lgs. n. 152 del 2006.

La possibilità effettiva di concludere accordi con l'Anci, i Comuni e i Centri di Selezione era, dunque, essenziale per permettere l'operatività del sistema di gestione e, in ultima

analisi, per consentire ai produttori consorziati di potere adempiere ai propri obblighi di gestione ambientale, relativi ai rifiuti derivanti dal proprio immesso al consumo.

A fronte di un tale contesto di mercato, la condotta del consorzio di filiera detentore di una posizione dominante, volta ad impedire ai nuovi sistemi di gestione, beneficiari di un riconoscimento provvisorio, di raggiungere gli obiettivi necessari per consentire il riconoscimento definitivo, attraverso pratiche incompatibili con il quadro normativo di riferimento, incentrate sulla riserva a sé dell'intero quantitativo dei rifiuti da imballaggio - anche in relazione a quantità di rifiuti non riferibili all'immesso al consumo dai propri consorziati -, non può ritenersi rispettosa della disciplina antitrust.

In particolare, la pretesa del consorzio di filiera di gestire per intero i rifiuti di imballaggio, anche a fronte di produttori che abbiano aderito ad un sistema autonomo di gestione provvisoriamente riconosciuto, come tale abilitato ad operare sul mercato, integra una condotta anomala, incentrata su mezzi diversi da quelli su cui si basa la concorrenza normale tra servizi fondata sulle prestazioni degli operatori economici, idonea ad impedire lo sviluppo della concorrenza nel mercato, come tale suscettibile di dare luogo ad uno sfruttamento abusivo di una posizione dominante *ex art.* 102 TFUE.

Difatti, sotto il profilo giuridico, la normativa in materia di rifiuti di imballaggio, alla stregua di quanto *supra* osservato, si fonda sulla possibile coesistenza del consorzio di filiera e dei sistemi autonomi di gestione, chiamati a fornire un servizio di ottemperanza agli obblighi di tutela ambientale (in specie, in termini di raccolta, riciclaggio e recupero) posti dalla pertinente normativa settoriale a carico dei produttori.

Ciascun sistema di gestione è, dunque, chiamato a gestire i rifiuti derivanti dai prodotti immessi al consumo dai propri aderenti.

Nell'individuazione del materiale suscettibile di trattamento da parte di ciascun sistema di gestione occorre, peraltro, tenere conto della possibilità di identificare e separare materialmente i rifiuti del singolo produttore: particolari problemi si pongono proprio in relazione ai rifiuti di imballaggio primari conferiti al servizio pubblico di raccolta differenziata (quali quelli rilevanti nella specie), che, in ragione delle modalità di raccolta e selezione, non potrebbero essere materialmente separati sulla base del marchio o di altri segni distintivi dell'impresa produttrice.

Pertanto, in siffatte ipotesi, al fine di individuare i rifiuti suscettibili di essere trattati dal fornitore del servizio di ottemperanza agli obblighi di Epr, occorre avere riguardo, anziché all'*eadem res*, al *tantundem eiusdem generis et qualitatis* e, dunque, ai rifiuti della stessa tipologia e quantità corrispondenti a quelli generati dai prodotti immessi al consumo dal singolo operatore.

Per l'effetto, a fronte di rifiuti insuscettibili di materiale separazione, il consorzio di filiera non potrebbe pretendere di trattare anche il quantitativo di rifiuti riconducibili ai volumi immessi al consumo dai produttori consorziati aderenti ad un diverso sistema di gestione.

Una tale condotta, oltre a non essere espressamente ammessa dal quadro normativo di riferimento, incentrato sulla possibile coesistenza del consorzio di filiera e dei sistemi autonomi di gestione: da un lato, darebbe luogo ad un servizio (di adempimento agli

obblighi Epr) non richiesto dal committente, erogato dal consorzio di filiera in favore di soggetti terzi, aderenti ad un diverso sistema di gestione; si tratterebbe, dunque, di un servizio non giustificato sul piano causale, in assenza di un rapporto qualificato tra il fornitore e il produttore committente su cui, in ultima analisi, dovrebbero gravare gli obblighi di gestione ambientale; dall'altro e conseguentemente, sottrarrebbe i produttori aderenti al sistema autonomo dai propri obblighi di gestione ambientale, che verrebbero adempiuti spontaneamente dal consorzio di filiera, in assenza di un corrispondente onere economico (sotto forma di contributo consortile) a carico del produttore interessato; in tale modo si violerebbe la disciplina positiva, incentrata sulla valorizzazione della responsabilità dei produttori in relazione ai rifiuti derivanti dal proprio imnesso al consumo, richiedente un effettivo concorso di ciascun produttore ai costi di gestione ambientale generati dalla propria attività economica.

La pretesa del consorzio di filiera di gestire rifiuti per un quantitativo eccedente a quello di spettanza dei propri consorziati, oltre a non essere giuridicamente giustificata, non potrebbe neppure essere sorretta da effettive ragioni economiche, emergendo, come osservato, un servizio in assenza di una corrispondente remunerazione (sotto forma del contributo consortile).

Né potrebbe ritenersi che i costi del servizio siano comunque interamente coperti dai ricavi derivanti dalla vendita del materiale selezionato dai Ccs, trattandosi di mera eventualità, peraltro non adeguatamente provata.

Parimenti, non potrebbe valorizzarsi la previsione di cui all'art. 221, comma 9, d.lgs. n. 152 del 2006, che, in caso di mancato riconoscimento del sistema autonomo o di revoca del riconoscimento, impone ai produttori di partecipare ad uno dei consorzi filiera e, assieme ai propri utilizzatori di ogni livello fino al consumo, al Conai, con l'effetto di vincolare gli aderenti al pagamento in via retroattiva del contributo ambientale previsto dall'art. 224, comma 3, lettera h), d.lgs. n. 152 del 2006 e dei relativi interessi di mora.

Difatti, i contributi da corrispondere in via retroattiva dai produttori, aderenti ad un sistema autonomo di gestione non riconosciuto in via definitiva o titolare di un'autorizzazione successivamente revocata, configurano (ancora una volta) poste meramente eventuali, come tali insuscettibili di fondare le strategie di impresa di un investitore razionale. Una tale condotta, peraltro, disvelerebbe un intento escludente del sistema autonomo di gestione dal relativo mercato.

Emerge, dunque, che la pretesa del consorzio di filiera, titolare di una posizione dominante nel mercato, di gestire, altresì, i rifiuti riferibili all'imnesso al consumo di produttori terzi, non aderenti al consorzio stesso, non potrebbe essere giustificata sul piano giuridico ed economico.

Una tale strategia potrebbe, invero, essere sorretta dall'intenzione, attuata attraverso una condotta anomala (con mezzi diversi da quelli su cui si basa la concorrenza normale, preclusi dalla normativa di riferimento), da un lato, di impedire l'operatività dei sistemi autonomi di gestione legittimamente entrati nel mercato (in quanto destinatari di un riconoscimento ministeriale, seppure provvisorio), in tale modo posti nell'impossibilità di raggiungere gli obiettivi di tutela ambientali necessari per ottenere il riconoscimento

definitivo; dall'altro e per l'effetto, di dissuadere nuovi operatori dall'ingresso nel mercato, in tale modo consolidando la posizione di dominanza dell'*incumbent*; con conseguente violazione del divieto di cui all'art. 102 T'fue in ragione dell'effetto ostativo allo sviluppo della concorrenza nel mercato così emergente.

2.4. La responsabilità dell'*hosting provider* in materia di pratiche commerciali scorrette.

La sez. VI, con sentenza 18 maggio 2021, n. 3851, ha affermato che è ravvisabile una oggettiva incompatibilità tra la figura del professionista, ai sensi della normativa sulle pratiche commerciale scorrette, e quella di *hosting provider*, ai sensi della normativa sul commercio elettronico; è possibile sanzionare le condotte che violano le regole della correttezza professionale ma non è consentito che mediante l'applicazione della disciplina sulle pratiche scorrette si impongano all'*hosting provider* prestazioni non previste dalla disciplina sul commercio elettronico e dallo specifico contratto concluso.

Ha ricordato la Sezione che l'*hosting provider* è disciplinato dal d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, ha dato attuazione alla direttiva 2000/31/Ce, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico.

La nozione di “servizi della società dell'informazione” ricomprende i servizi prestati normalmente dietro retribuzione, a distanza, mediante attrezzature elettroniche di trattamento e di memorizzazione ed a richiesta individuale di un destinatario dei servizi stessi (art. 2, lett. a della suddetta direttiva).

Il provider è il soggetto che organizza l'offerta ai propri utenti dell'accesso alla rete internet e dei servizi connessi all'utilizzo di essa.

Si distinguono, ai sensi del decreto in esame, tre figure di soggetti che operano nel presente mercato, articolate in ragione della tipologia di prestazione resa a cui corrisponde una specifica forma di responsabilità: a) attività di semplice trasporto – *mere conduit* (art. 14); b) attività di memorizzazione temporanea – *caching* (art. 15); c) attività di memorizzazione di informazione – *hosting* (art. 16).

In relazione a tale ultima attività la giurisprudenza europea distingue due figure di *hosting provider*.

La prima figura è quella di *hosting provider* “passivo”, il quale pone in essere un'attività di prestazione di servizi di ordine meramente tecnico e automatico, con la conseguenza che detti prestatori non conoscono né controllano le informazioni trasmesse o memorizzate dalle persone alle quali forniscono i loro servizi.

La seconda figura è quella di *hosting provider* “attivo”, che si ha quando, tra l'altro, l'attività non è limitata a quanto sopra indicato ma ha ad oggetto anche i contenuti della prestazione resa (Corte giust.comm.ue 7 agosto 2018, punti 47 e 48; Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708).

La Sezione ha già evidenziato come non vi sia una oggettiva incompatibilità tra la figura del professionista, ai sensi della normativa sulle pratiche commerciale scorrette, e quella di *hosting provider*, ai sensi della normativa sul commercio elettronico.

Esse, però, devono essere coordinate nel senso che è possibile sanzionare le condotte che violano le regole della correttezza professionale ma non è consentito che mediante l'applicazione della disciplina sulle pratiche scorrette si impongano all'hosting provider prestazioni non previste dalla disciplina sul commercio elettronico e dallo specifico contratto concluso.

In termini di ulteriore approfondimento del ruolo degli *internet providers*, va evidenziato che nel vigente ordinamento, se per un verso, viene riconosciuta l'importanza di questi soggetti sia dal punto di vista economico - essi intermediano la maggior parte delle attività imprenditoriali che hanno luogo in rete - sia dal punto di vista socio-culturale - essi permettono la circolazione e l'accesso all'informazione, per altro verso, da più parti si lamenta che gli illeciti telematici avvengano proprio in virtù dell'attività svolta dagli intermediari di Internet, che devono dunque essere coinvolti nella responsabilità o almeno nelle operazioni di prevenzione e rimozione di tali illeciti.

In tale contesto, se si guarda al regime di responsabilità degli Internet service providers, oggi in vigore nel nostro ordinamento, la scelta operata dal legislatore europeo e, conseguentemente, nazionale è stata quella di affiancare alle normative già esistenti - la disciplina generale sulla responsabilità da fatto illecito di cui all'art. 2043 cod. civ. e, più in generale, le ordinarie regole della responsabilità civile - alcune norme speciali, ad altro contenuto tecnico, sulla responsabilità dei prestatori di servizi nella società dell'informazione.

Tali norme, secondo la prospettazione accolta anche dalla giurisprudenza civile (Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2019, nn. 7708 e 7709), dettano il criterio di imputazione della responsabilità della colpa, che viene ad essere dotato di un contenuto di specificità, e, ad un tempo, conformato e graduato, *ex lege*, per così dire, ritagliato, a misura dell'attività professionale svolta dai prestatori dei servizi Internet.

Secondo tale condiviso orientamento, va esclusa la responsabilità in caso di mancata manipolazione dei dati memorizzati; in tale contesto si valorizza la varietà di elementi idonei a delineare la peculiare figura dell'hosting attivo, comprendente attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti pubblicati dagli utenti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione.

Trattasi all'evidenza, anche dinanzi all'evoluzione tecnologica, di indici esemplificativi e che non debbono essere tutti compresenti. Ciò che rileva è che deve trattarsi, in ogni caso, di condotte che abbiano in sostanza l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte degli utenti, il cui accertamento in concreto non può che essere rimesso al giudice di merito.

- *Autorità di regolazione dei trasporti (Art).*

2.5. Finanziamento dell'Autorità di regolazione dei trasporti.

La sez. VI, con sentenza 4 gennaio 2021, n. 5 ha affermato che sono assoggettabili a contribuzione in favore di Autorità di regolazione dei trasporti i gestori i concessionari

autostradali, a prescindere dalla data di affidamento dei relativi atti concessori, potendo, dunque, influire, altresì, sulle concessioni già assentite alla data della sua istituzione; invece, in disparte gli operatori economici già incisi in quanto ricompresi nella previgente nozione di ‘gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati’, tutte le altre imprese possono ritenersi assoggettabili a contributo solo dal momento in cui, a seguito della modifica normativa, il contributo è diventato concretamente esigibile dalle imprese di categoria, ossia dall’anno 2019.

Ha ricordato la Sezione che la disposizione in tema di finanziamento della Autorità di regolazione dei trasporti è contenuta nel comma 6, lettere a) e b), dell’art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214. Mentre la lettera a) prevedeva un regime transitorio di finanziamento, limitato alla sola fase di avvio dell’Art e caratterizzato dal trasferimento una tantum di risorse erariali, il finanziamento a regime è stato regolato dalla successiva lettera b).

La disposizione, nella sua formulazione originaria, prevedeva che l’Art facesse fronte alle proprie spese “mediante un contributo versato dai gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati, in misura non superiore all’uno per mille del fatturato derivanti dall’esercizio delle attività svolte percepiti nell’ultimo esercizio. Il contributo è determinato annualmente con atto dell’Autorità, sottoposto ad approvazione da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze. Nel termine di trenta giorni dalla ricezione dell’atto, possono essere formulati rilievi cui l’Autorità si conforma; in assenza di rilievi nel termine l’atto si intende approvato”.

In questo senso, il legislatore ha tendenzialmente uniformato l’Autorità di regolazione dei trasporti alle altre autorità indipendenti, che parimenti vedono l’autofinanziamento come modalità esclusiva di copertura dei costi, previsto per quelle di regolazione dei servizi di pubblica utilità (Arera e Agcom) già dall’art. 2, comma 38, lettera b), l. 14 novembre 1995 n. 481, poi esteso a Consob, Anac e Covip dall’art. 1, comma 65, l. 23 dicembre 2005, n. 266 e, da ultimo, all’Agcm (art. 5-*bis*, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1). Inoltre, per le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità ivi espressamente nominate la l. n. 266 del 2005 ha previsto un sistema di contribuzione applicato ai “mercati di competenza” (art. 1, commi 65 e 68-*bis*), in quanto ambiti interessati dai poteri di intervento delle Autorità, così superando la disposizione della l. n. 481 del 1995, riferita ai soli “soggetti esercenti i servizi” (disposizione invece rimasta a regolare fino al decreto c.d. decreto legge Morandi d.l. 28 settembre 2018, n. 109, convertito con modificazioni dalla l. 16 novembre 2018, n. 130 il contributo dell’Art).

In merito poi alla qualificazione giuridica del contributo, è da tener presente la posizione della Corte costituzionale, espressa con sentenza 6 luglio 2007, n. 256 con riferimento alla stessa spettanza dall’Anac (già Avcp), che ne ha individuato la natura di entrata tributaria in quanto caratterizzato dalla doverosità della prestazione, in assenza di un rapporto sinallagmatico rispetto ai servizi resi; dal collegamento con una spesa pubblica; e dal riferimento a un presupposto economicamente rilevante.

Con riferimento alla quantificazione del contributo, con sentenza 7 aprile 2017, n. 69 la Corte ha richiamato il proprio orientamento sull’inquadramento del contributo quale

prestazione patrimoniale imposta e come tale soggetto alla riserva di legge prevista dalla detta disposizione. Esaminando i temi sottoposti al suo sindacato, la Corte si è sostanzialmente soffermata sulla compatibilità costituzionale delle disposizioni rispetto, da un lato, all'art. 23, per verificare il rispetto della riserva di legge e della sufficiente definizione degli elementi della contribuzione da parte della normativa primaria; e dall'altro, all'art. 3, per verificare l'eguaglianza della contribuzione.

Sul tema dell'individuazione dei soggetti obbligati, la Corte costituzionale ha affermato (punto 7.3) che "la stessa disposizione fa riferimento ai 'gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati', ossia a coloro nei confronti dei quali l'Art abbia effettivamente posto in essere le attività (specificate al comma 3 dell'art. 37) attraverso le quali esercita le proprie competenze (enumerate dal comma 2 del medesimo articolo). Dunque, la platea degli obbligati non è individuata, come ritiene il rimettente, dal mero riferimento a un'ampia, quanto indefinita, nozione di 'mercato dei trasporti' (e dei 'servizi accessori'); al contrario - come può ben essere per scelta insindacabile del legislatore tributario al quale, ovviamente, va notato in consonanza a quanto statuito dal giudice delle leggi, solo spetta l'individuazione astratta dei soggetti passivi del tributo in ossequio al principio cardine del diritto costituzionale *no taxation without representation* - deve ritenersi che includa solo coloro che svolgono attività nei confronti delle quali l'Art ha concretamente esercitato le proprie funzioni regolatorie istituzionali".

In merito poi ai risvolti procedurali della quantificazione del contributo, sempre la Corte ha evidenziato l'assenza di profili critici, in quanto la dialettica tra le istituzioni interessate (l'Art, la Presidenza del Consiglio e il Ministero dell'economia e delle finanze) consente una valutazione ponderata delle delibere sul contributo in quanto "L'intervento del Presidente del Consiglio e del Ministro dell'economia e delle finanze costituisce un significativo argine procedimentale alla discrezionalità dell'Art e alla sua capacità di determinare da sé le proprie risorse" e si è anche sottolineato il momento partecipativo, dato dal coinvolgimento delle associazioni di categoria.

In relazione all'entità del contributo e al suo perimetro, la Corte ha poi notato come questi siano stati determinati in modo sufficiente dalla norma primaria in senso proporzionato e ragionevole. Infatti, "Quanto alla misura delle risorse per il cui approvvigionamento l'Autorità si avvale del contributo oggetto del giudizio, essa non può ritenersi illimitata ovvero rimessa alla determinazione unilaterale dell'Autorità. La loro entità è correlata alle esigenze operative dell'ART e corrisponde al fabbisogno complessivo della medesima, risultante dai bilanci preventivi e dai rendiconti della gestione, soggetti al controllo della Corte dei conti e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale (...) Limiti più specifici sono poi stabiliti da singole disposizioni di legge, anch'essi soggetti a controllo".

Venendo poi al presupposto della tassazione, si è infine affermato che "Per quanto, poi, riguarda l'identificazione del 'fatturato' come base imponibile per la determinazione del contributo da parte dei soggetti obbligati (...) si può osservare che la nozione in esame, utilizzata anche in altri luoghi dell'ordinamento, ben si presta a essere precisata, con riguardo allo specifico settore di riferimento, in base a criteri tecnici di carattere economico e contabile".

In applicazione dei principi derivanti dalla sentenza n. 69 del 2017 della Corte costituzionale, l'Art ha approvato la delibera n. 75/2017 al fine di riparametrare le proprie competenze e le attività concretamente alla lettura fattane dal giudice delle leggi.

La delibera de qua determinava anch'essa un contenzioso amministrativo, complesso e articolato in relazione alle diverse posizioni delle singole categorie imprenditoriali incise dal prelievo.

Nelle more dei detti giudizi, interveniva peraltro una ulteriore riforma, data dal d.l. 28 settembre 2018 n.109, convertito con modificazioni dalla l. 16 novembre 2018, n. 130 "Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze" dove, con l'art. 16 "Competenze dell'Autorità di regolazione dei trasporti e disposizioni in materia di tariffe e di sicurezza autostradale", si modifica il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 il cui art. 37, comma 6, lettera b), il primo periodo è così sostituito: "mediante un contributo versato dagli operatori economici operanti nel settore del trasporto e per i quali l'Autorità abbia concretamente avviato, nel mercato in cui essi operano, l'esercizio delle competenze o il compimento delle attività previste dalla legge, in misura non superiore all'1 per mille del fatturato derivante dall'esercizio delle attività svolte percepito nell'ultimo esercizio, con la previsione di soglie di esenzione che tengano conto della dimensione del fatturato. Il computo del fatturato è effettuato in modo da evitare duplicazioni di contribuzione".

A seguito di tale modifica, l'Art adottava una nuova delibera, la n. 141 del 19 dicembre 2018 (la "Delibera"), recante "Misura e modalità di versamento del contributo dovuto all'Autorità di regolazione dei Trasporti per l'anno 2019", adeguandosi alla disciplina sopravvenuta

Ha ancora chiarito la Sezione, in merito all'inquadramento delle categorie imprenditoriali nei due diversi schemi normativi dei 'gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati' e degli 'operatori economici operanti nel settore del trasporto', come l'intervento normativo del 2018 abbia dato vita ad un oggettivo ampliamento della platea delle imprese tenute alla contribuzione; infatti, mentre, fino al d.l. 28 settembre 2018, n. 109 (e quindi fino all'esercizio finanziario 2018) la contribuzione era in carico unicamente a soggetti gestori, successivamente l'onere viene a ricadere anche sui meri operatori economici.

In questo senso, deve essere meglio vagliato il significato della citata sentenza n. 69 del 2017 della Corte costituzionale ai fini del presente giudizio. La pronuncia in esame è inseribile nel novero delle sentenze interpretative di rigetto, quelle in cui il giudice delle leggi utilizza una modalità della tecnica del sindacato di costituzionalità che consente di reinterpretare la norma impugnata, plasmandone il contenuto in termini compatibili con la Carta costituzionale ed evitando, così, che una dichiarazione di incostituzionalità produca una lacuna nell'ordinamento.

In questi casi, il vincolo che deriva, sia per il giudice a quo sia per tutti gli altri giudici comuni, da una sentenza interpretativa di rigetto, resa dalla Corte costituzionale, è soltanto negativo, consistente cioè nell'imperativo di non applicare la norma ritenuta non conforme al parametro costituzionale evocato e scrutinato dalla Corte costituzionale,

così da non ledere la libertà dei giudici di interpretare ed applicare la legge, ai sensi dell'art. 101 Cost., comma 2, non essendo preclusa la possibilità di seguire, nel processo a quo o in altri processi, terze interpretazioni ritenute compatibili con la Costituzione, oppure di sollevare nuovamente, in gradi diversi dello stesso processo a quo o in un diverso processo, la questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione, sulla base della interpretazione rifiutata dalla Corte costituzionale - eventualmente evocando anche parametri costituzionali diversi da quello precedentemente indicato e scrutinato (da ultimo, Cass. civ., sez. IV, 9 luglio 2020, n. 14632).

Il contenuto vincolante, nel senso negativo sopra vagliato, della sentenza n. 69 del 2017 sta quindi nell'impedire che, anche portata ai suoi massimi confini applicativi, la disposizione contrasti con i dettati costituzionali. E tale contrasto non si verifica quando il soggetto passivo ulteriore sia individuato con riferimento alla legalità procedurale ma non intesa come regolazione di un ambito di mercato (ossia presenza di una regolazione di cui si sia meri beneficiari) ma come concreto e diretto indirizzamento di un atto di regolazione ad un operatore o ad una categoria di operatori del vasto mercato dei trasporti.

Questo il delicato punto di equilibrio raggiunto dal giudice delle leggi.

Nell'ambito di tale recinto, tuttavia, resta del tutto possibile, e dovuta, l'interpretazione del testo quale derivante dal suo contenuto conformativo che, come si è detto, fa riferimento unicamente a soggetti gestori di servizi regolati, restando fermo che tale recinto (in fondo connotato da una certa innominatività) possa estendersi solo a fronte di una concreta prova di imposizione di obblighi a specifiche categorie di operatori di un mercato peraltro molto differenziato, vasto ed eterogeneo (il resto fisiologicamente spettando al legislatore poi puntualmente intervenuto a conferma della imperfezione - non dell'incostituzionalità - della disciplina pregressa).

Conclusivamente, deve ritenersi che, fino all'ampliamento categoriale determinato dal d.l. 28 settembre 2018, n. 109, pur rientrando concettualmente nelle tipologie imprenditoriali astrattamente assoggettabili (a certe condizioni ossia essere destinatari di atti di regolazione non meri beneficiari della stessa) a contribuzione in favore di Art, gli 'operatori economici operanti nel settore del trasporto' diversi dai 'gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati' non fossero soggetti al contributo de qua e che solamente dopo la riforma del 2018 il contributo in favore di Art sia divenuto esigibile anche nei loro confronti.

La Sezione ha quindi concluso nel senso che i gestori i concessionari autostradali sono assoggettabili a contribuzione in favore di Art. L'art. 37, comma 2, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 alla lett. g), prevede, "con particolare riferimento al settore autostradale", il potere di "stabilire per le nuove concessioni sistemi tariffari dei pedaggi basati sul metodo del *price cap*, con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale per ciascuna concessione; a definire gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione; a definire gli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni; a definire gli ambiti

ottimali di gestione delle tratte autostradali, allo scopo di promuovere una gestione plurale sulle diverse tratte e stimolare la concorrenza per confronto”.

Al riguardo, emerge che le disposizioni dettate dalla lett. g) risultavano esemplificative, in relazione al settore autostradale, di taluni dei poteri già esercitabili dall'Art sulla base della lett. a), riguardante la regolamentazione dell'accesso a tutte le infrastrutture di trasporto, ivi comprese, dunque, le reti autostradali (salve rimanendo le competenze dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali).

Una diversa interpretazione, volta ad intendere la locuzione “particolare” di cui alla lett. g), anziché in termini esemplificativi, come una limitazione degli obiettivi generali dell'attività di regolamentazione - con l'effetto di limitare le competenze regolatorie in materia di infrastrutture autostradali ai soli poteri declinati dalla lett. g) - non parrebbe compatibile con la lettera della disposizione, il contesto in cui è inserita e la finalità di protezione sottesa alla sua previsione.

Sotto un profilo letterale, la locuzione “particolare” pone un rapporto di specialità tra due proposizioni, individuando una *species* del *genus* degli obiettivi di tutela all'uopo perseguibili, in tale modo chiarendo che rientrano nel *genus* degli obiettivi assegnati alla cura dell'Autorità anche (e non solo) le finalità espressamente indicate con particolare riguardo al settore autostradale.

Sotto il profilo sistematico, si osserva che la competenza in materia autostradale risulta espressamente prevista anche nella lett. a) del medesimo comma, che attribuisce all'Autorità il potere di garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, condizioni di accesso eque e non discriminatorie (altresi) alle reti autostradali; non potendo, pertanto, limitarsi la competenza in materia di infrastrutture autostradali ai soli poteri elencati alla lett. g), cit.

Tenuto conto dell'elemento teleologico, l'accoglimento dell'interpretazione estensiva, volta a consentire l'esercizio di competenze non limitate a quelle delineate dalla lett. g) del comma 2 risponde all'esigenza di tutela sottesa all'istituzione dell'Art, ente chiamato ad operare in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione nell'intero settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori, come espressamente previsto dall'art. 37, comma 1, d.l. n. 201 del 2011 cit.; il che permette di configurare un'Autorità amministrativa indipendente titolare di un'ampia competenza regolatoria in relazione a tutte le tipologie di infrastrutture, ivi comprese quelle autostradali. Ne deriva che, non esauendo l'art. 37, comma 2, lett. g), cit. le competenze dell'Autorità in materia autostradale, il riferimento ivi recato alle “nuove concessioni” non potrebbe comunque operare come limite all'esercizio delle funzioni regolatorie esercitabili sulla base di distinte previsioni normative.

2.6. Regolazione delle tariffe ferroviarie.

La sez. VI, con sentenza 26 maggio 2021, n. 4067 ha affermato che nella regolazione dell'infrastruttura, la determinazione dei criteri di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria assume un rilievo centrale: da una parte, infatti, il pedagaggio deve consentire

al gestore dell'infrastruttura di coprire (in tutto o in parte) dei costi per la gestione, la manutenzione e lo sviluppo della rete; d'altra parte, esso deve garantire un accesso equo e indiscriminato a tutte gli le imprese che volessero intraprendere un'iniziativa commerciale di offerta di servizi ferroviari, passeggeri e merci.

Per arrivare a tale conclusione la Sezione ha premesso una breve ricostruzione del quadro normativo.

In Italia, il settore ferroviario è stato per quasi un secolo sotto il controllo dell'Azienda autonoma Ferrovie dello Stato, costituita nel 1905 in seguito alla nazionalizzazione del settore.

Con la Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 29 luglio 1991 relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie (91/440/CEE) è stato avviato in Europa il processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario, che si è andato definendo nel corso degli anni successivi (2011-2013) attraverso l'emanazione di direttive, regolamenti e comunicazioni raccolte nei cosiddetti quattro "pacchetti ferroviari", attraverso i quali, si è inteso sviluppare il pieno potenziale del trasporto ferroviario, passeggeri e merci, introducendo la competitività tra le imprese, promuovendo l'affidabilità dei servizi offerti, riducendo le inefficienze delle gestioni governative, con l'obiettivo ultimo di spostare quote di domanda verso la ferrovia che rappresenta una modalità di trasporto più sostenibile, sicura e meno inquinante del trasporto stradale e del trasporto aereo.

Tale evoluzione si colloca nel quadro dell'ampio processo di privatizzazione, aziendalizzazione (l'implementazione cioè di criteri gestori economico-aziendali) e liberalizzazione (mediante l'introduzione della forma di concorrenza più adatta allo specifico settore) che ha interessato la quasi totalità delle aziende pubbliche italiane, a partire dagli anni novanta del secolo scorso.

Nel trasporto ferroviario, la leva della concorrenza (al fine di determinare un incremento nei servizi in termini di qualità ed anche una riduzione dei costi) trova un limite nel fatto che i sistemi ferroviari sono caratterizzati da economie di densità di traffico, con la conseguenza che, a parità di ogni altra condizione, un particolare livello di produzione su una certa linea può essere più economicamente realizzato da un singolo operatore ferroviario che non nel caso di operatori ferroviari multipli.

In presenza di una domanda di mercato troppo esigua per supportare un cospicuo numero di operatori, la forma di mercato più ricorrente risulta essere la concorrenza oligopolistica.

Ecco le ragioni per cui il processo di riforma è stato per lo più attuato mediante l'implementazione di modelli intermedi, come il c.d. *third party access*, dove un operatore integrato verticalmente con il gestore dell'infrastruttura viene costretto ad accettare sulla linea anche altri operatori.

Ai fini regolatori, va pure considerata la c.d. concorrenza intermodale: le imprese di trasporto ferroviario sono cioè in competizione anche con altre modalità di trasporto, come quello aereo, privato automobilistico o tramite pullman o autobus.

Ha aggiunto la Sezione che il punto nodale della funzione di regolazione delle *network industries* (quali, per l'appunto, i trasporti in generale, e quelli ferroviari in particolare)

concerne la rete. In presenza di infrastrutture non replicabili (dove cioè le condizioni di monopolio naturale rendono non economicamente conveniente la realizzazione di forme concorrenziali dirette nella produzione o nella gestione), la teoria economica della regolazione impone due tipi di correttivi: a) quelli necessari a garantire l'uso efficiente della rete, attraverso dispositivi in grado di simulare pressioni concorrenziali, incentivando l'innovazione ed il contenimento dei costi; b) quelli finalizzati a garantire "l'uso comune della rete", in funzione della libera competizione degli operatori, attraverso l'adozione di meccanismi di "neutralità".

La Sezione ha quindi chiarito che quest'ultimo profilo è assai delicato: le modalità tecniche ed economiche della messa a disposizione dell'infrastruttura dal proprietario (e dal gestore) ai diversi operatori chiamati a erogare il servizio di trasporto ferroviario, e le relative modalità tecniche, è suscettibile di applicazioni differenziate, in grado di condizionare fortemente l'effettivo svolgersi della concorrenza.

La liberalizzazione del mercato ferroviario italiano, a partire dal 2000, con l'apertura del mercato a nuovi operatori merci e passeggeri, è stata accompagnata dalla separazione, con conseguente scissione tra il gestore dell'infrastruttura (Rete ferroviaria italiana s.p.a.) e l'impresa ferroviaria (Trenitalia s.p.a.), le quali sono rimaste tuttavia sotto la proprietà e il controllo della società di partecipazione Ferrovie dello Stato Holding.

Alla separazione verticale si ricollegano vantaggi in termini di: trasparenza delle informazioni a disposizione del decisore politico; specializzazione degli operatori; sfruttamento di economie di scala; neutralità dell'accesso; maggiore concorrenza, con conseguente riduzione dei costi, maggiore innovazione e qualità.

Rete ferroviaria italiana s.p.a. è il gestore dell'infrastruttura ferroviaria nazionale, in virtù dell'atto di concessione di cui al decreto-ministeriale 31 ottobre 2000 n. 138T ed è tenuta all'attuazione dei piani di potenziamento e di sviluppo dell'infrastruttura ferroviaria, approvati dal CIPE e descritti nel Contratto di Programma stipulato con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. In quanto gestore dell'infrastruttura, Rfi è soggetta al rispetto degli obblighi di legge sanciti con il d.lgs. 15 luglio 2015, n. 112, che disciplina l'attuazione della direttiva n. 2012/34/UE e che, unitamente al già richiamato atto di concessione, individua il gestore dell'infrastruttura come il "soggetto incaricato, in particolare, della realizzazione, della gestione e della manutenzione dell'infrastruttura ferroviaria, compresa la gestione del traffico, il controllo-comando e il segnalamento".

Il gestore ha l'obbligo di garantire l'accesso e l'utilizzo equo e non discriminatorio dell'infrastruttura ferroviaria nazionale a favore delle singole imprese ferroviarie ("IF"), a fronte della corresponsione di un "canone" la cui determinazione – ai sensi dell'art. 17, commi 1 e 2, d.lgs. n. 112 del 2015 – spetta al gestore stesso.

L'art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 ha previsto, al comma 2, lettera i), che l'Autorità fosse competente a svolgere tutte le funzioni di organismo di regolazione di cui all'art. 37, d.lgs. 8 luglio 2003, n. 188 (ad oggi ripreso nell'art. 37, d.lgs. n. 112 del 2015), e, in particolare, "a definire i criteri per la determinazione dei pedaggi da parte del gestore dell'infrastruttura e i criteri di assegnazione delle tracce e della capacità e a vigilare sulla loro corretta applicazione da parte del gestore dell'infrastruttura".

Nella regolazione dell'infrastruttura, la determinazione dei criteri di accesso e utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria assume un rilievo centrale: da una parte, infatti, il pedaggio deve consentire al gestore dell'infrastruttura di coprire (in tutto o in parte) dei costi per la gestione, la manutenzione e lo sviluppo della rete; d'altra parte, esso deve garantire un accesso equo e indiscriminato a tutte le imprese che volessero intraprendere un'iniziativa commerciale di offerta di servizi ferroviari (passeggeri e merci).

La normativa di riferimento, che regola le modalità di individuazione del canone e stabilisce l'equilibrio di principi e regole tra i vari attori del settore del trasporto ferroviario, fa riferimento principalmente alla Direttiva 2012/34/UE (*"Recast"*) – direttiva che ha "rifiuto e "riunito" in un unico atto la direttiva 91/440/CEE del Consiglio, del 29 luglio 1991, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie, la direttiva 95/18/CE del Consiglio, del 19 giugno 1995, relativa alle licenze delle imprese ferroviarie e la direttiva 2001/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2001, relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, introducendo, altresì, ulteriori modifiche alla disciplina europea dei trasporti ferroviari –, recepita in Italia con il d.lgs. n. 112 del 2015. Il Regolamento 2015/909, attuativo della direttiva, definisce invece le modalità di calcolo dei costi direttamente legati alla prestazione del servizio ferroviario. L'obiettivo del *'recast'*, è la creazione di un mercato unico ferroviario dell'Unione europea, che agevoli il trasporto ferroviario tra gli Stati membri dell'Unione europea, promuovendo lo sviluppo della competizione e la libera circolazione di persone e merci.

La Sezione ha aggiunto che il canone per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria – in quanto, per legge, strettamente correlato ai costi di infrastruttura – è per sua stessa natura soggetto a variazioni nel corso del tempo, non potendosi pretendere la cristallizzazione del relativo costo, trattandosi invece di una variabile insita della specifica attività imprenditoriale in questione, rispetto alla quale, per le ragioni già esposte, l'Autorità si è mostrata sensibile e della quale l'impresa ferroviaria deve inevitabilmente tenere conto nella proprie scelte aziendali; pertanto, se da un lato non può sussistere un diritto dell'impresa esercente il trasporto ferroviario alla immodificabilità del sistema tariffario, dall'altro deve ritenersi sussistente una legittima pretesa dell'impresa a che il passaggio tra due regimi tariffari tenga conto degli effetti che ciò potenzialmente esplica sull'equilibrio finanziario della stessa, attraverso misure quali la previsione di un regime transitorio, tempistiche dilazionate nel tempo, ed eventuali oneri spalmati su più anni.

Ha ricordato la Sezione che è stato messo in luce (sez. VI, n. 6119 del 2019) ha avuto modo di mettere in luce che all'esito di un articolato itinerario normativo – dipanatosi nelle seguenti disposizioni: l'art. 12, l. 23 dicembre 1992, n. 498; gli artt. 1 e 2, commi 17 e 18, l. 14 novembre 1995, n. 481; l'art. 117, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; l'art. 165, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – appare oramai sedimentata nell'ordinamento amministrativo una chiara direttrice regolativa: le tariffe dei servizi di interesse economico generale devono assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione, quale che sia la metodologia concretamente applicata.

La strumentalità del sistema tariffario rispetto al conseguimento degli obiettivi di carattere economico-industriale impone l'integrale copertura dei costi di produzione del servizio, ivi compresi quelli di indiretta imputazione e quelli generali: quali ammortamenti, costi finanziari della raccolta e del servizio al debito, costi generali di *governance*, nonché i costi figurativi di remunerazione del capitale investito.

La determinazione delle modalità di copertura dei costi di produzione dei pubblici servizi costituisce uno degli aspetti di maggiore impatto sul piano della garanzia degli equilibri gestionali dell'impresa erogatrice. Se, infatti, non viene remunerata adeguatamente la funzione svolta dall'unità economica il servizio non è in grado di offrire alcuna garanzia di continuità e di sviluppo nel tempo.

La finalità di garantire l'equilibrio economico-finanziario del gestore è ribadita dal legislatore nazionale all'art. 37, d.l. n. 201 del 2011, che ha istituito l'Autorità dei Trasporti, e ripresa anche all'interno del d.lgs. n. 112 del 2015, che ha trasposto nell'ordinamento italiano le specifiche disposizioni della direttiva n. 2012/34/UE, e di cui ha fatto corretta applicazione l'Autorità, come di seguito meglio precisato. In particolare, l'art. 16, d.lgs. n. 112 del 2015 prevede che "I conti del gestore dell'infrastruttura ferroviaria devono presentare, in condizioni normali di attività e nell'arco di un periodo ragionevole non superiore a cinque anni, almeno un equilibrio tra, da un lato, il gettito dei canoni per l'utilizzo dell'infrastruttura, i contributi statali definiti nei contratti di programma di cui all'art. 15, le eccedenze provenienti da altre attività commerciali e le eventuali entrate non rimborsabili da fonti private e pubbliche, e, dall'altro, i costi di infrastruttura almeno nelle sue componenti di costi operativi, ammortamenti e remunerazione del capitale investito".

- *Autorità di regolazione del mercato elettrico italiano (Arera).*

2.7. Servizio idrico integrato.

La sez. VI, con sentenza 14 maggio 2021, n. 3809 si è soffermata sul "servizio idrico integrato", così definito perché comprensivo di più segmenti produttivi: l'attività di captazione dalla falda, la potabilizzazione, la distribuzione, il trasporto dei reflui nella fognatura, la depurazione della risorsa idrica. Ha spiegato che è un servizio di interesse economico generale, in quanto attività economica prestata dietro corrispettivo economico, ma che al tempo stesso non sarebbe assicurata dal mercato senza un intervento statale (o lo sarebbe ma condizioni difformi da quelle giudicate coerenti con gli obiettivi di interesse generale). Di tale attività sono quindi regolati diversi aspetti: la dimensione gestionale (organizzata sulla base di ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici), la struttura operativa, le modalità di affidamento (secondo il principio di unicità della gestione per ciascun ambito), le dotazioni infrastrutturali, il contenuto del rapporto convenzionale tra concedente e gestore, il corrispettivo contrattuale del rapporto di utenza.

Le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, ora attribuite all'Autorità per l'energia elettrica il gas e il servizio idrico (ora Autorità di regolazione del mercato elettrico italiano: Arera), investono specificatamente la definizione dei costi

ammissibili e dei criteri per la determinazione delle tariffe a copertura di questi costi, la regolazione sulla qualità del servizio, la verifica dei piani d'ambito, nonché la predisposizione delle convenzioni tipo per l'affidamento del servizio.

La vigente disciplina del servizio idrico integrato – a partire dalla legge “Galli” (l. 5 gennaio 1994, n. 36), i cui contenuti sono stati poi in larga misura trasposti nel decreto legislativo n. 152 del 2006 – ha inteso superare le precedenti gestioni pubbliche in economia, considerate oramai inadeguate per un'efficace amministrazione del settore.

I principali contenuti “riformatori” dell'impianto normativo sono: a) l'industrializzazione della filiera realizzata attraverso la gestione integrata di tutti i segmenti produttivi (in passato gestiti separatamente); b) il riconoscimento della rilevanza economica del servizio, la quale si delinea tramite l'adozione di un modello organizzativo efficiente, in quanto tendenzialmente idoneo a remunerare i fattori produttivi; c) la facoltà per l'amministrazione di scegliere tra il monopolio pubblico e quello privato contendibile (concorrenza “per” il mercato); d) un modello di organizzazione basato su unità geografiche e idrologiche naturali, delineati sulla scorta di parametri non meramente geografici, ma anche tecnici ed economici: la dimensione ottimale dei servizi mira soprattutto alla realizzazione di economie di scala e alla finalità di prevenire il possibile conflitto di interessi tra enti locali e gestori; e) il coordinamento amministrativo, coincidente con l'estensione dell'ambito territoriale, attraverso l'adozione del piano d'ambito, il potere tariffario e l'esternalizzazione; f) una gestione integrata del servizio caratterizzata dalla «unicità» all'interno degli Ato; g) la disciplina dei rapporti tra il regolatore dell'ambito e gestore mediante una convenzione i cui contenuti concorrono all'organizzazione consensuale del servizio, alla definizione sinallagmatica degli aspetti patrimoniali della gestione, all'assunzione degli obblighi di servizio pubblico, alla gestione delle infrastrutture, alla pianificazione degli investimenti in manutenzione e relativi alla innovazione tecnologica; h) l'unicità della tariffa, calcolata in modo da assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio.

La trama regolativa, così sommariamente riportata, riflette una precisa “misura compositiva” tra fini sociali (l'erogazione di un bene fondamentale ma scarso) e sostenibilità economica. La scelta politica, in particolare, è consistita nella ricerca di un modello di gestione in cui trovi adeguata sintesi la dialettica tra efficienza, anche imprenditoriale, del servizio, nell'ambito dei vincoli europei, garanzia degli utenti, che sono titolari di un diritto fondamentale, e universalità del servizio.

Si tratta di una scelta politica nazionale, in quanto la normativa europea in materia di acque (Direttiva 2000/60/UE) non contiene indicazioni rigide sull'organizzare il servizio idrico come un servizio a rilevanza economica, in buona parte suggerita dalla circostanza che il sistema idrico italiano sconta, come è noto, un pesante debito infrastrutturale.

Ha ancora ricordato la Sezione che la tariffa è definita dall'art. 154, d.lgs. n. 152 del 2006 come “il corrispettivo del servizio idrico integrato” che viene determinata “tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adegua-

menti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, [dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito] e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'ente di governo dell'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio 'chi inquina paga'.

La norma ricalca l'art. 9 della direttiva n. 2000/60/CE, secondo cui "Gli Stati membri tengono conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e relativi alle risorse, prendendo in considerazione l'analisi economica effettuata in base all'allegato III e, in particolare, secondo il principio 'chi inquina paga', in linea con la configurazione – diffusamente delineata nella Comunicazione Com 2000/447 – della tariffa dei servizi idrici quale «mezzo per garantire un uso più sostenibile delle risorse idriche ed il recupero dei costi dei servizi idrici nell'ambito di ogni specifico settore economico».

Il comma 1 dell'art. 154 è stato abrogato in esito al referendum indetto con d.P.R. 23 marzo 2011, limitatamente alle parole: "dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito", a decorrere dal 21 luglio 2011, dall'art. 1, comma 1, d.P.R. 18 luglio 2011, n. 116 e successivamente modificato dall'art. 7, comma 1, lettera a), d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164.

La tariffa base viene predisposta dall'ente di governo dell'ambito, nell'osservanza del metodo tariffario regolato dall'Aeegsi cui viene trasmessa per l'approvazione.

La giurisprudenza della Corte costituzionale definisce la disciplina statale relativa alla determinazione della tariffa del servizio idrico integrato come complesso di norme atte a preservare il bene giuridico "ambiente" dai rischi derivanti da una tutela non uniforme ed a garantire uno sviluppo concorrenziale del settore. L'azione unitaria svolta dallo Stato, in particolare, viene giustificata sotto un duplice aspetto.

L'uniforme metodologia tariffaria adottata dalla legislazione statale deve, in primo luogo, garantire sull'intero territorio nazionale un trattamento uniforme alle varie imprese operanti in concorrenza tra loro, per evitare che si producano arbitrarie disparità di trattamento sui costi aziendali, conseguenti a vincoli imposti in modo differenziato sul territorio nazionale. Il nesso con la tutela della concorrenza si spiega anche perché la regolazione tariffaria deve assicurare l'equilibrio economico-finanziario della gestione e l'efficienza ed affidabilità del servizio (art. 151, comma 2, lettere c, d, e, del Codice dell'ambiente), attraverso il meccanismo di *price cap* (artt. 151 e 154, comma 1, del Codice dell'ambiente), "diretto ad evitare che il concessionario [*rectius*, gestore] unico abusi della sua posizione dominante" (sentenza n. 246 del 2009, che richiama anche le sentenze n. 335 e n. 51 del 2008).

Sotto altro profilo, attraverso la determinazione della tariffa il legislatore statale fissa livelli uniformi di tutela dell'ambiente, perseguendo la finalità di garantire la tutela e l'uso delle risorse idriche secondo criteri di solidarietà e salvaguardando così la vivibilità dell'ambiente e le aspettative e i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale. La finalità della tutela dell'ambiente viene anche posta alla base

della scelta delle tipologie dei costi che la tariffa è diretta a recuperare, tra i quali il legislatore ha incluso espressamente quelli ambientali.

Ha ancora chiarito la Sezione che l'effetto abrogante prodottosi sull'art. 154, comma 1, d.lgs. n. 152 del 2006, in conseguenza del *referendum* del 12 e 13 giugno 2011 (proclamato con il d.P.R. 18 luglio 2011, n. 116), deve ritenersi esteso anche alla norma transitoria, di cui all'art. 170, comma 3, lettera l), d.lgs. n. 152 del 2006, secondo cui “fino all'emanazione del decreto di cui all'articolo 154, comma 2, continua ad applicarsi il d.m. 1 agosto 1996” – recante il metodo normalizzato per la definizione delle componenti di costo e la determinazione della tariffa di riferimento del servizio idrico integrato, in attuazione dell'art. 13, l. 5 gennaio 1994, n. 36 – che del criterio della “adeguatezza della remunerazione del capitale investito” (oggetto del quesito referendario) faceva per l'appunto applicazione.

Al *referendum* abrogativo deve riconoscersi una valenza espansiva rispetto alle disposizioni legislative non coinvolte in maniera espressa dal quesito referendario, ma comunque incompatibili con la volontà manifestata dagli elettori. Si è al cospetto in casi siffatti di un'abrogazione tacita conseguente al contrasto tra contenuti normativi che si susseguono nel tempo (in tal senso, sul piano esclusivamente tecnico, non si condivide il riferimento operato nel citato parere del 2013 alla categoria della sopravvenuta «inoperatività», la quale riguarda il diverso caso della mera incongruenza, sul piano degli effetti pratici, all'interno della legislazione superstite).

Al referendum abrogativo, del resto, deve riconoscersi una ‘forza’ politica peculiare – in quanto attraverso di esso il popolo esprime una volontà preminente su ogni altra –, idonea a dilatare le potenzialità espansive dello strumento in modo tale da trascendere anche i connotati legati alla efficacia della legge formale (vale ricordare la sentenza n. 16 del 1978, della Corte costituzionale, secondo cui “il tema del quesito sottoposto agli elettori non è tanto formato [...] dalla serie delle singole disposizioni da abrogare, quanto dal comune principio che se ne ricava”; posizione ripresa nella sentenza n. 68 del 1978; anche se, con la sentenza n. 13 del 2012, la stessa Corte costituzionale ha dichiarato che il “*referendum* comporta [...], in caso di esito positivo, l'abrogazione di disposizioni, non di norme: esso produce la cessazione non dell'efficacia della norma pro futuro, ma della vigenza della disposizione”).

La diversa opinione che avesse ritenuto la nuova formulazione del citato art. 154 applicabile solo alle nuove convenzioni, con esclusione di quelle in essere, avrebbe comportato evidentemente la radicale vanificazione degli effetti del referendum del 2011, soprattutto tenuto conto della lunga durata delle convenzioni in essere (a tale conclusione il Consiglio di Stato è già pervenuto con la sentenza 22 gennaio 2014, n. 319).

La stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 26 gennaio 2011, n. 26 – nel verificare se la struttura del quesito proposto rispondesse alle esigenze di chiarezza, univocità ed omogeneità –, ha ritenuto ammissibile il “quesito, benché formulato con la cosiddetta tecnica del ritaglio”, perché con esso “si persegue, chiaramente, la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua”.

Nel descritto quadro, era l'Amministrazione a dover garantire prima di chiunque altro il risultato referendario e a costruire le condizioni più idonee per la sua attuazione.

Ponendosi il d.m. 1 agosto 1996 – nel periodo compreso tra il 21 luglio e il 31 dicembre 2011 – in contrasto con il quadro normativo delineatosi a seguito del *referendum* del 12 e 13 giugno del 2011, l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente ben poteva – e anzi doveva – ripristinare 'ora per allora' la legalità violata, avviando il procedimento per la restituzione agli utenti della componente tariffaria corrispondente alla remunerazione del capitale per il suddetto periodo successivo alla celebrazione del *referendum* e rimasto regolato da una disciplina che non ne aveva "introiettato" gli esiti.

Ha aggiunto la Sezione che l'effetto abrogativo prodottosi sull'art. 154, comma 1, d.lgs. n. 152 del 2006 ha inciso sui contratti già stipulati, ma con decorrenza successiva alla sua entrata in vigore, ovvero con esclusivo riguardo alle prestazioni (al momento della definizione dell'esito referendario) non ancora eseguite; si tratta pertanto di un caso di retroattività c.d. "impropria": la norma (abrogativa) ha prodotto effetti solo *ex nunc*, anche se con riferimento a fatti compiuti nel passato (i contratti "vigenti").

Ha chiarito la Sezione che la 'base affidante' dei soggetti incisi dal provvedimento dell'Autorità deve apprezzarsi sulla scorta del canone della prevedibilità (sovente applicato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea: cfr. le sentenze 29 aprile 2004, in cause C-487/01 e C-7/02; 10 settembre 2009, causa C-201/08, Plantanol, punti 46 e seguenti; sentenza 19 dicembre 2013, resa nella causa C-563/12).

Va rimarcato che gli operatori del servizio idrico integrato non sono semplici fornitori di servizi del tutto deresponsabilizzati rispetto al governo del settore, bensì sono soggetti di un complesso sistema pubblico-privato apprestato per assolvere ai compiti di interesse economico generale, le cui relazioni contrattuali sono conformate, come si è visto, da precise esigenze superiori di carattere organizzatorio, a protezione di una esigenza primaria della persona.

I rapporti di gestione di un servizio pubblico di lunga durata (spesso di durata ultravventennale), del resto, sono sempre esposti alle novità normative sopravvenute nel corso del tempo (tanto che nelle convenzioni del servizio idrico integrato sono spesso inserite clausole di adeguamento alla normativa sopravvenuta).

Su queste basi e alla luce del risalente e acceso dibattito pubblico sulla gestione pubblica dell'acqua, l'operatore prudente e accorto non poteva non sapere di essere esposto a possibili correttivi dei contenuti economici del corrispettivo.

Ai fini della valutazione della ragionevolezza del disposto regolatorio in esame, va da ultimo verificato il rispetto di un "necessario bilanciamento" tra il perseguimento dell'interesse pubblico e la tutela da riconoscere al legittimo affidamento nella sicurezza giuridica.

La Sezione ha ancora affermato che a seguito del *referendum* abrogativo del 12 e 13 giugno 2011, la tariffa del servizio idrico deve assicurare l'integrale copertura dei costi di investimento e di esercizio secondo i principi del recupero dei costi, in piena coerenza con quanto disposto dal diritto eurounitario; l'esito referendario è, infatti, consistito nell'eliminazione della sola quota della componente tariffaria che assicurava, in maniera fissa

e predeterminata, la remunerazione netta del capitale investito, e non anche delle quote della componente tariffaria correlate al costo del capitale; è pertanto illegittima la delibera che ha previsto la restituzione integrale della remunerazione, al netto dei costi per oneri finanziari, fiscali e degli accantonamenti per svalutazione dei crediti, e non dei costi di capitale ‘proprio’, che dunque non risultano coperti, in contrasto con la direttrice normativa che permea l’intera regolazione dei servizi economici di interesse generale.

2.8. Silenzio assenso sull’approvazione, da parte di Arera, della proposta tariffaria del servizio idrico integrato.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 22 aprile 2021, n. 354 ha affermato che l’istituto del silenzio assenso non si applica al procedimento relativo all’approvazione, da parte dell’Autorità di regolazione per energia reti e ambiente, della proposta tariffaria del servizio idrico integrato predisposta dall’ente d’ambito.

Ha premesso il C.g.a. che fra i poteri riconosciuti dalla l. 14 novembre 1995, n. 481 all’Arera vi è il potere di stabilire e aggiornare la tariffa base, i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe del servizio idrico integrato, nonché le modalità per il recupero dei costi eventualmente sostenuti nell’interesse generale in modo da assicurare la qualità, l’efficienza del servizio e l’adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale, nonché la realizzazione degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse e di verificare la conformità ai criteri così predeterminati delle proposte di aggiornamento delle tariffe annualmente presentate di cui all’art. 2, comma 12, lett. e), che individua poi le modalità di esercizio del potere tariffario stabilendo che l’Arera si pronuncia, sentiti eventualmente i soggetti esercenti il servizio, entro novanta giorni dal ricevimento della proposta e che, qualora la pronuncia non intervenga entro tale termine, le tariffe si intendono verificate positivamente.

L’Arera, con i poteri regolatori che le sono attribuiti, ha definito il procedimento di approvazione delle tariffe e di aggiornamento delle medesime, enucleando le funzioni svolte dai soggetti coinvolti nel medesimo, che si possono riassumere nel senso che l’ente d’ambito le predisporre e l’Arera le approva.

La proposta tariffaria predisposta dall’ente d’ambito è trasmessa all’Autorità ai fini della sua valutazione ed approvazione entro i successivi 90 giorni (art. 7.4 della deliberazione n. 664/2015/R/idr e art. 13.3 della deliberazione n. 918/2017/R/idr per l’aggiornamento tariffario).

Ha aggiunto il C.g.a. che la mancata previsione del silenzio assenso in relazione all’approvazione tariffaria dell’Arera è, da un lato, in linea con la disciplina speciale di settore contenuta nel d.lgs. n. 152 del 2006 che, nel prevedere la trasmissione della predisposizione della tariffa di base all’Arera, non fa cenno alla formazione del silenzio assenso (art. 154, comma 4). Né depone in senso contrario il richiamo di cui all’art. 21, commi 13 e 19, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 ai “medesimi poteri attribuiti all’Autorità stessa

dalla l. 14 novembre 1995, n. 481”, che non comprende le modalità con i quali i medesimi vengono esercitati (di cui al d.P.C.M. 20 luglio 2012).

In mancanza di un’espressa previsione di silenzio assenso neppure può ritenersi applicabile l’istituto del silenzio assenso di cui all’art. 19, l. 7 agosto 1990, n. 241, il quale ricorre nei casi in cui l’inerzia dell’amministrazione è attribuito il valore di provvedimento di accoglimento dell’istanza presentata dal privato.

Alla luce del tenore letterale della norma, nei procedimenti ad istanza di parte il silenzio assenso rappresenta istituto di carattere generale, nel senso che esso opera senza necessità di un’espressa previsione.

L’istituto non è applicabile al caso di specie. Innanzitutto la proposta tariffaria è trasmessa non dal privato ma dall’ente d’ambito nello svolgimento di una funzione d’interesse pubblico. Pertanto il silenzio assenso non potrebbe assolvere alla funzione di rimediare all’inerzia dell’amministrazione garantendo un risultato direttamente favorevole al privato sul piano sostanziale dal momento che l’ente d’ambito potrebbe avere modificato la domanda del privato.

In secondo luogo, la regola del silenzio assenso non trova applicazione alla materia dell’ambiente e della salute pubblica.

La direttiva n. 2000/60/CE, nell’istituire un quadro per l’azione eurolunitaria in materia di acque, definisce l’acqua un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale e la fornitura idrica un servizio d’interesse generale, ritenendo l’adozione della direttiva espressione dei poteri conferiti all’Unione europea dall’art. 174 del Trattato allora vigente, dedicato alla materia ambientale.

A fronte di un rafforzamento progressivo della concezione unitaria dell’ambiente, in una pluralità di pronunce la Corte di Giustizia ha espresso il principio per cui sussiste – in capo alle amministrazioni preposte alla tutela dei valori ambientali – l’obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso che presupponga e dia conto dell’istruttoria svolta.

Nel caso di specie l’attribuzione del compito di approvare le tariffe all’Arera si giustifica proprio con la necessità di assicurare un alto livello di competenza settoriale nello svolgimento di una funzione direttamente correlata al raggiungimento delle finalità pubbliche riconosciute dalla normativa (garanzia della diffusione, fruibilità e qualità del servizio all’utenza in modo omogeneo sull’intero territorio nazionale, definizione di un sistema tariffario equo, certo, trasparente, non discriminatorio, tutela dei diritti e degli interessi degli utenti, gestione dei servizi idrici in condizioni di efficienza e di equilibrio economico e finanziario e attuazione dei principi comunitari “recupero integrale dei costi”, compresi quelli ambientali e relativi alla risorsa, e “chi inquina paga”, ai sensi degli artt. 119 e 154, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e dell’art. 9 della direttiva 2000/60/CE, così l’art. 2, d.P.C.M. 20 luglio 2012).

2.9. Potere prescrittivo esercitato dall’Arera relativamente all’ordine di restituzione di somme oggetto di rapporti contrattuali privatistici.

La sez. VI, con ordinanza 31 dicembre 2021, n. 8737 ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue le questioni se la normativa europea contenuta nella direttiva del Parlamento e del Consiglio 13 luglio 2009, n. 72 – in particolare nell’art. 37, commi 1 e 4, che disciplinano i poteri delle autorità di regolazione e nell’Allegato I – possa essere interpretata nel senso di: a) ricomprendere anche il potere prescrittivo esercitato dall’Autorità di regolazione del mercato elettrico italiano (Arera) nei confronti delle società operanti nel settore elettrico con il quale si impone a dette società di restituire ai clienti, anche cessati e morosi, la somma corrispondente al corrispettivo economico da questi versata a copertura di spese di gestione amministrativa, in adempimento di una clausola contrattuale oggetto di sanzione da parte della stessa Autorità; b) ricomprendere, nell’ambito dell’indennizzo e delle modalità di rimborso applicabili ai clienti del mercato elettrico se i livelli di qualità del servizio stipulati non sono raggiunti dall’operatore del mercato, anche la restituzione di un corrispettivo economico da questi versato, disciplinato espressamente in una clausola del contratto sottoscritto ed accettato, del tutto indipendente dalla qualità del servizio stesso, ma previsto a copertura di costi di gestione amministrativa dell’operatore economico.

Ad avviso dell’Autorità assume rilievo preminente la normativa che, in materia di protezione dei consumatori al fine di migliorare e integrare i mercati competitivi dell’energia elettrica, ha previsto compiti e competenze dell’Autorità di regolazione nei servizi liberalizzati, con particolare riferimento all’art. 37 della direttiva 13 luglio 2009, n. 2009/72/CE. Per ciò che concerne il contenuto delle disposizioni nazionali attuative della predetta disciplina europea e rilevanti nel caso di specie, la normativa applicata dall’Autorità fa riferimento al potere prescrittivo di cui all’art. 2, comma 20, lett. d), l. 14 novembre 1995, n. 481, così come evidenziato nella stessa statuizione recante l’ordine di restituzione in contestazione, secondo cui l’Autorità “d) ordina al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo, ai sensi del comma 12, lettera g), l’obbligo di corrispondere un indennizzo”.

La Sezione ha quindi affermato che la direttiva 2009/72 mira essenzialmente a creare un mercato interno aperto e competitivo nel settore dell’energia elettrica, che consenta a ogni consumatore la libera scelta dei fornitori e a ogni fornitore la libera fornitura ai propri clienti, a creare parità di condizioni in questo mercato, a garantire la sicurezza dell’approvvigionamento energetico e a combattere il cambiamento climatico. Ai fini del perseguimento di tali obiettivi la stessa direttiva conferisce all’autorità nazionale di regolamentazione ampie prerogative in materia di regolamentazione e di sorveglianza del mercato dell’energia elettrica (Corte giust.comm.Ue, sez. V, 11 giugno 2020, n. 378). Con particolare riferimento alla norma in questione, è stato evidenziato che l’art. 37 della direttiva 2009/72/CE non impone agli Stati membri di conferire necessariamente all’autorità di regolamentazione del mercato dell’energia elettrica anche la competenza a dirimere le controversie tra i clienti civili e i gestori di sistemi di trasmissione o di distribuzione dell’energia. In base alla direttiva, gli Stati membri possono attribuire la competenza in materia di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra i clienti e le im-

prese elettriche anche ad un'autorità diversa dall'autorità di regolamentazione, a condizione che essa sia indipendente ed eserciti tale competenza predisponendo procedure rapide, efficaci, trasparenti, semplici e poco onerose per il trattamento dei reclami, che consentano un'equa e rapida soluzione delle controversie (Corte giust.comm.Ue, sez. V, 23 gennaio 2020, n. 578).

Nella prospettazione di parte appellante, la normativa interna applicata, laddove intesa come legittimante l'ordine di restituzione di somme oggetto di rapporti contrattuali privatistici, si pone in contrasto con la normativa europea, che esclude una tale estensione del potere autoritativo affidato all'autorità di regolazione.

- *Banca d'Italia*.

2.11. La valutazione della Banca di Italia sui contratti posti in essere dagli intermediari finanziari.

La sez. VI, con sentenza 30 novembre 2021, n. 7972 ha affermato che la valutazione della Banca di Italia relativa alla natura dei contratti posti in essere dagli intermediari finanziari, finalizzata a stabilire se rientrano o meno nell'ambito dell'attività autorizzata, deve essere svolta avendo riguardo alla causa del contratto che deve essere intesa come funzione-economico individuale dell'operazione negoziale (nella fattispecie concreta il criterio causale è stato utilizzato per distinguere il contratto di cessione del credito e il contratto di fideiussione).

Ha ricordato la Sezione che l'art. 106, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) prevede che «l'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia».

L'art. 107 dello stesso decreto dispone che la Banca d'Italia autorizza gli intermediari finanziari ad esercitare la propria attività al ricorrere di specifiche condizioni che, nel loro complesso, devono garantire “la sana e prudente gestione” (Cons. Stato, sez. VI, 30 aprile 2019, n. 2826).

Il d.m. 17 febbraio 2009, n. 29 (Regolamento in materia di intermediari finanziari) prevede l'obbligo di iscrizione in un elenco speciale per gli intermediari finanziari che intendono svolgere attività di rilascio di garanzie nei confronti del pubblico. Agli intermediari iscritti nell'elenco generale è vietato svolgere tale attività in via esclusiva o prevalente (art. 11) ed è consentito, invece, svolgere attività di “acquisto di crediti”.

L'attività di valutazione della Banca d'Italia ha avuto ad oggetto lo svolgimento di attività negoziale dell'intermediario il che impone di delineare la distinzione tra contratto di garanzia fideiussoria e di cessione di credito. L'attività di qualificazione giuridica deve essere svolta muovendo dalla causa del contratto. L'orientamento costante della giurisprudenza più recente è nel senso che la causa deve essere intesa come funzione economico-individuale del contratto o, con altra terminologia, come causa concreta o ragione pratica dell'affare, il che impone di avere riguardo all'assetto reale degli interessi programmati dalle parti per stabilire quale sia la “funzione” ovvero il “senso” dell'operazione economica (tra le altre, Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490). Una volta

definita tale funzione si può procedere all'inquadramento del singolo contratto nell'ambito dei tipi legali, se previsti, ovvero, in assenza di una specifica disciplina, qualificare il contratto come atipico (art. 1322 cod. civ.).

Il contratto di fideiussione è un contratto tipico ad effetti obbligatori disciplinato dagli artt. 1936 -1957 cod. civ, che si può perfezionare anche con la sola proposta del fideiussore non rifiutata dal creditore secondo il meccanismo dell'art. 1333 cod. civ.. L'art. 1936 cod. civ. prevede che "è fideiussore colui che, obbligandosi personalmente, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui". Si tratta di una forma di garanzia personale dell'adempimento dell'obbligazione che si caratterizza per il fatto che si aggiunge alla garanzia generica costituita dal patrimonio del debitore principale la garanzia generica costituita dal patrimonio del garante (art. 2740 cod. civ.). Il debitore principale e il garante sono obbligati in solido, con possibilità anche di stabilire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale (art. 1944 cod. civ.). Si tratta di una obbligazione solidale unisoggettiva perché prevista nell'interesse esclusivo del debitore principale.

La cessione di credito è un contratto ad effetti reali disciplinato dagli artt. 1260 - 1267 cod. civ. che realizza, ai sensi dell'art. 1376 cod. civ, una vicenda traslativa del credito e, in particolare, il trasferimento a titolo particolare del credito che si perfeziona con il consenso del cedente (l'originario creditore) e del cessionario (nuovo creditore). Si tratta di uno schema negoziale generale che non identifica uno specifico tipo contrattuale ed, in quanto tale, è compatibile con diverse funzioni economico-individuali. In particolare, la ragione pratica dell'affare può essere variabile nel senso che la finalità che le parti intendono perseguire può consistere in una vendita di credito, in una cessione di pagamento e anche in una cessione a causa di garanzia (Cass. civ., sez. I, 16 novembre 2018, n.29608; id., sez. III, 3 aprile 2009, n. 8145). La cessione può essere pro solvendo o pro soluto: nel primo caso il cedente risponde della solvenza del debitore, nel secondo caso tale garanzia non è prevista (art. 1267 cod. civ.). In presenza di una cessione pro solvendo, il cedente assume la qualifica di fideiussore o di garante autonomo nei confronti del ceduto.

Nel riportato contesto, la Banca d'Italia svolge una valutazione peculiare che ha ad oggetto le modalità di svolgimento e la qualificazione giuridica di una particolare attività negoziale da parte degli intermediari finanziari. Il sindacato giurisdizionale su tali provvedimenti si atteggia anch'esso in modo peculiare perché impone di stabilire se tale valutazione sia fondata su presupposti di fatto corretti e se la stessa qualificazione giuridica della vicenda negoziale risulti conforme alle regole civilistiche.

- *Consob.*

2.12. Progressione di carriera del personale stabilizzato della Consob.

Con sentenza 20 maggio 2021, n. 3899 la sez. VI ha affermato che per accedere allo scrutinio finalizzato alla promozione del dipendente a tempo determinato della Consob alla qualifica di funzionario di 1[^] costituisce requisito essenziale l'aver maturato quattro anni di anzianità nella qualifica di funzionario di 2[^], per cui, ai fini della partecipazione

alla procedura selettiva per la stabilizzazione, è ininfluente il servizio prestato prima dell'acquisizione di tale ultima qualifica; l'anzianità nella qualifica decorre dalla immissione in ruolo, ovvero da un dato puramente formale rappresentato dall'atto di nomina. La Sezione ha chiarito che l'appellante ha dedotto che il mancato riconoscimento del servizio prestato a titolo precario si porrebbe in contrasto con il diritto euro unitario e in particolare con la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 e allegato alla direttiva 1999/70/Ce del Consiglio in data 28 giugno 1999, ma l'argomentazione non è idonea a influire sulle conclusioni raggiunte. Ad avviso della Sezione la violazione del diritto euro unitario da parte dell'amministrazione che agisca nell'esercizio di poteri autoritativi si risolve pur sempre in un vizio del provvedimento amministrativo adottato, con la conseguenza che la violazione va fatta valere negli ordinari termini decadenziali (Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874; id. 15 febbraio 2012, n. 750; id. 31 marzo 2011, n. 1983; id. 22 novembre 2006, n. 6832 e n. 6833; id., sez. V, 2 luglio 2018, n. 4040; id., sez. III, 8 settembre 2014, n. 4538). D'altra parte, per consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in mancanza di una specifica disciplina euro unitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno stato membro stabilire "le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale" (Corte giust.comm.Ue 16 dicembre 1976, in C-33/76) e che non devono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico euro unitario (principio di effettività). Con riguardo al suddetto principio si è ritenuta compatibile con il diritto dell'Unione Europea la fissazione di termini di ricorso ragionevoli (come devono giudicarsi quelli applicabili nella fattispecie) posti a pena di decadenza, in quanto essa costituisce espressione del fondamentale principio di certezza del diritto (Corte giust.comm.ue 10 luglio 1997, in C-261/95; id. 28 novembre 2000, in C-88/99; id. 12 dicembre 2002, in C-470/99; id. 17 giugno 2004, in C-30/02).

3. Enti locali.

3.1. Debiti degli Enti locali.

Con ordinanza 21 luglio 2021, n. 5502 la sez. V ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 248, comma 4, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, in relazione agli artt. 3, 5, 81, 97, 114 e 118 Cost. nella parte in cui prevede che dalla data in cui è deliberato il dissesto e sino all'approvazione del rendiconto di cui all'art. 256 dello stesso testo unico i debiti insoluti a tale data e le somme dovute per anticipazioni di cassa già erogate non producono più interessi né sono soggetti a rivalutazione monetaria.

Ha chiarito la Sezione che con la riforma del titolo V della Costituzione del 2001, da ultimo livello di governo e del decentramento amministrativo, i Comuni hanno visto

riconosciuta in modo pieno la loro posizione di ente pubblico territoriale di base, esponenziale delle comunità locali, in attuazione del principio fondamentale del pluralismo autonomistico espresso dall'art. 5 Cost. ("La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali"), a sua volta basato sul substrato storico-sociale del Comune quale ente radicato per plurisecolare tradizione nell'organizzazione pubblica territoriale. Con la riforma del 2001 è stato quindi attribuito ai Comuni il compito di soddisfare in via primaria gli interessi dei cittadini, secondo il principio di sussidiarietà verticale, in un rinnovato contesto ordinamentale che pur nel permanere di un modello di finanza pubblica locale "derivata" dallo Stato è contraddistinto da una maggiore autonomia finanziaria dell'ente locale sul versante tanto delle entrate quanto delle spese, ancorché vincolato a tutti i livelli di spesa dal rispetto dell'equilibrio dei bilanci pubblici per il raggiungimento degli obiettivi derivanti dalla partecipazione della Repubblica all'Unione europea (artt. 114, 118 e 119 Cost.).

Con specifico riguardo al dissesto finanziario degli enti locali, sin dalla sua introduzione nell'ordinamento giuridico (art. 25, d.l. 2 marzo 1989, n. 66, Disposizioni urgenti in materia di autonomia impositiva degli enti locali e di finanza locale; convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 1989, n. 144), l'evoluzione normativa dell'istituto si è connotata per la primaria esigenza di risanamento gli enti locali non in grado di onorare il servizio del debito attraverso la propria capacità di autofinanziamento e quindi di svolgere le funzioni ed i servizi pubblici di loro competenza.

Nell'ambito del carattere derivato della finanza degli enti locali l'obiettivo del risanamento si è manifestato con la previsione di un intervento finanziario dello Stato (mutuo presso la Cassa depositi e prestiti con onere a totale carico dello Stato stesso, erogabile attraverso anticipazioni di liquidità secondo interventi normativi successivi), in concorrenza con misure sul piano delle entrate e delle spese di competenza dello stesso ente locale, intese all'aumento delle prime e alla riduzione delle seconde, oltre che sulla consistenza organica dell'ente.

In questa prospettiva, con un primo significativo intervento normativo riformatore dell'istituto, con l'art. 21, d.l. 18 gennaio 1993, n. 8 (recante: Disposizioni urgenti in materia di finanza derivata e di contabilità pubblica, convertito, con modificazioni, dalla l. 19 marzo 1993, n. 68), si è introdotta una separazione tra la nuova gestione, di competenza dell'ente destinato ad essere risanato una volta rimossi in modo permanente gli squilibri di bilancio che hanno condotto al dissesto, e quella passata, affidata ad un organo straordinario di liquidazione di nomina governativa con il compito di accertare e liquidare l'indebitamento.

A base della descritta separazione si era posta l'esigenza di assicurare massima certezza ed una maggiore rapidità nella soddisfazione del ceto creditorio dell'ente locale, nei confronti dei quali era posta la regola dalla sospensione delle azioni esecutive a tutela dei loro diritti, in conformità ad un principio ordinatore di carattere concorsuale. Con la medesima separazione tra le attività finalizzate al risanamento e quelle di liquidazione della massa passiva il dissesto ha assunto una fisionomia analoga al fallimento privatistico.

Essa si è ulteriormente accentuata con l'introduzione di limiti al contributo dello Stato per il pagamento dell'indebitamento pregresso in rapporto alla popolazione dell'ente dissestato (artt. 4 e 21, d.l. n. 8 del 1993), da cui è derivata la possibilità che in caso di incapacienza della massa attiva - destinata ad essere formata anche attraverso l'alienazione dei beni patrimoniali disponibili dell'ente - i crediti facenti parte della massa passiva subissero una falciatura percentuale;

Di qui il corollario per cui la parte del credito insoluto era destinata a gravare nuovamente sull'ente locale tornato *in bonis*, e dunque dell'effetto solo temporaneo, di carattere sospensivo, del blocco del decorsi degli accessori del credito, ancorato alla chiusura della gestione dell'organo di liquidazione.

Il processo di omologazione tra dissesto degli enti locali e fallimento privatistico si è poi accentuato con i successivi interventi normativi, realizzati con il già citato d.lgs. 25 febbraio 1995, n. 77 (Ordinamento finanziario e contabile degli enti locali) e il relativo decreto correttivo (d.lgs. 11 giugno 1996, n. 336), con i quali si sono tra l'altro introdotte delle cause di prelazione dei crediti e si è previsto che l'organo straordinario di liquidazione predisponga un primo piano di rilevazione dei debiti recante l'elenco di quelli esclusi dalla massa passiva della procedura, strumentale all'erogazione del mutuo con la Cassa depositi e prestiti e il pagamento in acconto dei debiti inseriti nel piano di rilevazione.

Con le caratteristiche finora sommariamente tratteggiate, espressive del bilanciamento a livello normativo tra la necessità, da un lato, di ripristinare la continuità di esercizio dell'ente locale incapace di assolvere alle funzioni e i servizi indispensabili per la comunità locale, e dall'altro lato di tutelare i creditori, il dissesto finanziario è stato infine trasfuso nel Testo unico sull'ordinamento degli enti locali di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

Sotto il profilo della tutela dei creditori deve peraltro segnalarsi che l'attività contrattuale della pubblica amministrazione è stata assoggettata alla normativa sul contrasto ai ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali, di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali), in particolare per effetto delle modifiche introdotte dal d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192 - Modifiche al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, per l'integrale recepimento della direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, a norma dell'art. 10, comma 1, l. 11 novembre 2011, n. 180).

Il dissesto finanziario degli enti locali si colloca quindi all'interno dell'antitesi Stato-mercato.

Per la copertura del disavanzo dell'ente locale e per il suo risanamento è previsto un intervento sia pure non illimitato dello Stato, con funzione tipica di "pagatore di ultima istanza" all'interno del sistema di finanza pubblica che da esso promana; a ciò si contrappone un regime dei debiti commerciali dell'ente locale proprio delle transazioni tra imprese, in cui non sono ordinariamente previsti interventi di sostegno pubblico contro

l'insolvenza e nel quale, pertanto, la remunerazione dei crediti attraverso gli interessi di mora ai sensi del citato d.lgs. n. 231 del 2002 ne riflette il relativo rischio.

Al medesimo riguardo, nel contrapposto ambito della finanza pubblica e del dissesto degli enti locali è ammessa l'ipotesi che l'intervento dello Stato possa non essere sufficiente, ed infatti l'art. 256, comma 12, T.u.e.l. prevede che in caso di massa attiva incapiente, tale "da compromettere il risanamento dell'ente" il Ministro dell'interno "può stabilire misure straordinarie per il pagamento integrale della massa passiva della liquidazione, anche in deroga alle norme vigenti", in questo caso senza tuttavia oneri a carico dello Stato;

tuttavia, la disposizione ora richiamata, introdotta nel 2016, include tra le misure straordinarie in questione la possibilità che l'ente locale acceda alla "procedura di riequilibrio finanziario pluriennale prevista dall'art. 243-*bis*", contraddistinta dall'incapacità solo temporanea di fare fronte al servizio del debito e, al pari del dissesto finanziario, dall'intervento di risorse a carico del bilancio dello Stato, ovvero il Fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali di cui all'art. 243-*ter* T.u.e.l.

Sulla base della ricognizione normativa finora svolta si ricava quindi che in coerenza con l'obiettivo primario dell'istituto del dissesto finanziario dell'ente locale, consistente nel suo stabile risanamento, un nuovo dissesto costituisce per l'ordinamento giuridico un'evenienza in grado di frustrare le finalità dell'istituto, contro la quale sono pertanto previste soluzioni per quanto possibile in grado di assicurare lo stabile riequilibrio di bilancio.

3.2. Scioglimento del Consiglio comunale.

- Per dimissione dei componenti il Consiglio comunale.

La sez. III, con sentenza 17 marzo 2021, n. 2273 ha affermato che è consentito procedere alla surroga dei consiglieri comunali dimissionari anche laddove non sia possibile una valida riunione del Consiglio in prima convocazione per via delle sopravvenute dimissioni di un numero di consiglieri tale da non consentire il raggiungimento del quorum costitutivo, purché l'assemblea sia in grado di deliberare in seconda convocazione con il *quorum* previsto dal regolamento, nel rispetto dell'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 267 del 2000 (Cons. Stato, sez. III, 12 giugno 2020, n. 3736).

Ha chiarito la Sezione che l'illegittimità delle delibere che hanno rifiutato la doverosa surroga, esprimendosi immotivatamente per ben due volte in senso negativo rispetto ad essa, impone necessariamente non solo il loro annullamento, ma anche una pronuncia sulla fondatezza della pretesa qui fatta valere, con la conseguenza che, venendo qui in rilievo, ai sensi dell'art. 31, comma 3, c.p.a., una attività vincolata consistente nella necessaria adozione della delibera di surroga illegittimamente mancata, si deve ritenere legittimamente, doverosamente, subentrato al posto del consigliere dimissionario il primo dei non eletti nella medesima lista.

Non è condivisibile l'assunto in ordine alla necessità di dover procedere alla surroga con il *quorum* costitutivo richiesto per la prima convocazione, perché una simile tesi si scontra con il rilievo che, in base all'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 267 del 2000, il quale si riferisce

ai consiglieri “assegnati” al comune, e non a quelli in carica, deve ritenersi indifferente per la validità delle deliberazioni, che risultino adottate in seconda convocazione, con la presenza di un terzo dei consiglieri assegnati al comune, conoscere le ragioni del mancato raggiungimento del numero legale in prima convocazione.

La seconda convocazione di un collegio deliberante ha lo scopo di ridurre il quorum strutturale necessario per la validità delle deliberazioni, per evitare, in base ad un principio di efficienza dell'organo collegiale, la paralisi di questo. In relazione a tale finalità, come questo Consiglio di Stato ha chiarito nella sentenza della sez. V, 17 febbraio 2006, n. 640, sono irrilevanti le ragioni per le quali non si è potuta tenere l'adunanza in prima convocazione, qualunque ne possa essere il motivo.

Una diversa interpretazione non solo sarebbe contraria all'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 267 del 2000, ma presterebbe il fianco ad interpretazioni formalistiche e, soprattutto, ad azioni opportunistiche in grado, diversamente, di paralizzare la vita dell'ente e condurre allo scioglimento anticipato della consiliatura in contrasto patente con la volontà popolare espressasi nelle elezioni.

Vale infatti ricordare che la surroga del consigliere comunale dimissionario, laddove non vi ostino ragioni di incompatibilità o incompatibilità, costituisce un atto dovuto e, in quanto tale, non può essere impedita o venire a mancare per effetto di manovre dilatorie ed ostruzionistiche in seno al Consiglio comunale che paralizzino il regolare svolgimento della vita democratica dell'ente locale e il funzionamento dei suoi organi elettivi, conducendo addirittura al suo scioglimento in ipotesi estreme.

- *Per infiltrazione mafiosa.*

La sez. III, con sentenza 7 aprile 2021, n. 2793 ha preliminarmente ricordato che le indicazioni di principio dettate dalla Corte costituzionale 19 marzo 1993, n. 103, secondo le quali il potere di scioglimento in questione deve essere esercitato in presenza di situazioni di fatto che compromettono la libera determinazione degli organi elettivi, suffragate da risultanze obiettive e con il supporto di adeguata motivazione; tuttavia, la presenza di risultanze obiettive esplicitate nella motivazione, anche *ob relationem*, non deve coincidere con la rilevanza penale dei fatti, né deve essere influenzata dall'esito di eventuali procedimenti giudiziari che abbiano lambito o investito la medesima vicenda storica.

Recisa la connessione con la materia processual-penalistica, va al contempo rimarcata la natura di provvedimento non sanzionatorio ma preventivo della misura *ex art.* 143, t.u. 18 agosto 2000, n. 267, in quanto posto a salvaguardia dell'amministrazione pubblica di fronte alla pressione e all'influenza della criminalità organizzata. Alla stregua di tale *ratio* trovano giustificazione sia il margine, particolarmente ampio, della potestà di apprezzamento di cui fruisce l'Amministrazione; sia la possibilità di dare peso anche a situazioni non traducibili in addebiti personali, ma tali da rendere plausibile, nella concreta realtà contingente e in base ai dati dell'esperienza, l'ipotesi di una possibile soggezione degli amministratori alla criminalità organizzata.

Rilevano, perciò, anche “situazioni che non rivelino né lascino presumere l'intenzione degli amministratori di assecondare gli interessi della criminalità organizzata”, anche perché, diversamente, ove questa intenzione emergesse, sussisterebbero i presupposti per l'avvio dell'azione penale o, almeno, per l'applicazione delle misure di prevenzione a carico degli amministratori, mentre la scelta del legislatore è stata quella di non subordinare lo scioglimento del consiglio comunale né a tali circostanze, né al compimento di specifiche illegittimità (Cons. Stato, sez. V, n. 3784 del 2005; id., sez. IV, n. 1156 del 2004).

Tutto quanto sopra chiarito spiega anche perché, nell'ipotesi di scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazioni mafiose – finalizzato, dunque, a contrastare una patologia del sistema democratico – l'Amministrazione goda di ampia discrezionalità, non richiedendosi né che la commissione di reati da parte degli amministratori, né che i collegamenti tra l'amministrazione e le organizzazioni criminali risultino da prove inconfutabili, ma solo che sussistano sufficienti elementi univoci e coerenti volti a far ritenere un relazione dinamica tra l'Amministrazione e i gruppi criminali.

Sulla base della stessa ratio si comprende perché il sindacato del giudice amministrativo sulla ricostruzione dei fatti e sulle implicazioni desunte dagli stessi non possa spingersi oltre il riscontro della correttezza logica e del non travisamento dei fatti (Cons. Stato, sez. III, n. 4845 del 2014), svolgendosi quindi come scrutinio finalizzato a verificare eventuali vizi di eccesso di potere quanto all'adeguatezza dell'istruttoria, alla ragionevolezza del momento valutativo nonché alla congruità e proporzionalità rispetto al fine perseguito (Cons. Stato, sez. III, n. 96 del 2018); del pari si comprende come in sede giurisdizionale non sia affatto necessario un puntiglioso e cavilloso accertamento di ogni singolo episodio, più o meno in sé rivelatore della volontà degli amministratori di assecondare gli interessi della criminalità organizzata, né, come detto, delle responsabilità personali, anche penali, di questi ultimi (Cons. Stato, sez. III, n. 1266 del 2012).

A quanto sin qui posto, deve infine aggiungersi che le evidenziate puntualizzazioni concordano con l'assenza di sovrapposizioni fra la vertenza avente ad oggetto la legittimità del provvedimento *ex art.* 143, comma 1, d.lgs. n. 267 del 2000 e quella avente ad oggetto la declaratoria d'incandidabilità degli *ex* amministratori considerati responsabili degli accadimenti posti a fondamento della misura dissolutoria.

Quest'ultima investe un frammento della prima, riguardando solo ed esclusivamente ciò che costituisce oggetto di addebito all'*ex* amministratore che, con la propria condotta, ha provocato ovvero contribuito a provocare il verificarsi delle situazioni di cui al citato comma 1 dell'art. 143. Per tale motivo, essa riguarda in via diretta e immediata solo parte del sostrato fattuale della misura dissolutoria, del quale il giudice civile può (e deve) accertare la veridicità e, circostanza ancor più importante, può autonomamente apprezzare la rilevanza e significatività soprattutto al fine di stabilire la sussistenza o meno di responsabilità dovute anche a mera “*culpa in vigilando*”.

Neppure può esigersi che il giudizio di permeabilità dell'ente al condizionamento esterno passi attraverso il bilanciamento dei “meriti” e dei “demeriti” ascrivibile alla

gestione pubblica, in quanto l'eventuale allegazione di “.. provvedimenti utilmente adottati dall'amministrazione comunale [...] non dimostra che l'inerzia di questa in altri ambiti o settori della vita pubblica non abbia potuto favorire, consapevolmente, il perdurare o l'insorgere di un condizionamento o di un collegamento mafioso”. D'altra parte, “.. il condizionamento o il collegamento mafioso dell'ente non necessariamente implicano una paralisi o una regressione dell'intera attività di questo, in ogni suo settore, ma ben possono convivere e anzi convivono con l'adozione di provvedimenti non di rado, e almeno in apparenza, anche utili per l'intera collettività, secondo una logica compromissoria, “distributiva”, “popolare”, frutto di una collusione tra politica e mafia” (Cons. Stato, sez. III, n. 4727 del 2018).

Ha ricordato la Sezione che lo scioglimento del consiglio comunale per infiltrazione mafiosa si può fondare su un complesso di elementi indiziari da valutare in un'ottica inferenziale complessiva.

Questa valenza sintomatica si apprezza, viepiù, in virtù della più generale considerazione che, oltre all'ipotesi del "collegamento" di politici e dipendenti locali con la criminalità organizzata, l'art. 143, d.lgs. n. 267 del 2000 prevede anche il parametro normativo del "condizionamento", potendo entrambe le situazioni - collegamento e/o condizionamento - realizzarsi nella vita amministrativa degli enti locali influenzati dalle cosche.

La ratio della legge è quella di intervenire per interrompere il rapporto di connivenza o di convenienza degli amministratori locali con sodalizi criminali di stampo mafioso che può rintracciarsi sia nella cosiddetta contiguità compiacente in presenza di clientelismo e di corruzione, come nel caso di specie; sia nella cosiddetta contiguità soggiacente esercitata con pressioni, minacce e atti intimidatori che influenzano in maniera determinante e diretta la vita dell'ente.

Secondo pacifica giurisprudenza, inoltre, lo scioglimento si giustifica tanto nelle ipotesi in cui emergano sintomi di condizionamento riguardanti le scelte strettamente di governo, quanto nei casi in cui i sintomi di condizionamento riguardino le attività di gestione, le quali sostanzialmente finiscono per essere quelle di maggior interesse per le consorterie criminali, visto che attraverso di esse si possono più facilmente e rapidamente ottenere benefici e vantaggi. Al contempo, l'adozione della misura dissolutiva di cui all'art. 143, comma 1, d.lgs. n. 267 del 2000 è legittima come nel caso di diretto coinvolgimento dell'apparato politico-amministrativo, così anche nel caso di “inadeguatezza” dello stesso nel regolare compimento dei poteri di vigilanza e nella regolare gestione burocratica dell'amministrazione pubblica.

La sentenza ha anche affermato che lo scioglimento di un consiglio comunale per infiltrazione mafiosa non deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento.

Ha affermato la Sezione che l'esclusione della garanzia partecipativa nelle forme dettate dall'art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241 è legata alla stessa natura dell'atto di scioglimento che dà ragione dell'esistenza, oltre che della gravità, dell'urgenza del provvedere, cui non può non correlarsi l'affievolimento dell'esigenza di salvaguardare in capo ai destinatari,

nell'avvio dell'iter del procedimento di scioglimento, le garanzie partecipative e del contraddittorio assicurate dalla comunicazione di avvio del procedimento.

Questa impostazione trova autorevole avallo, sotto il profilo della sua compatibilità con l'art. 97 Cost., nella pronuncia della Corte costituzionale n. 103 del 1993, stando alla quale la mancanza della previsione della preventiva contestazione degli addebiti (e della possibilità, di conseguenza, di dedurre in ordine ad essi) nel corso del procedimento amministrativo relativo alle ipotesi di scioglimento appare giustificata dalla loro peculiarità, essendo quelle misure caratterizzate dal fatto di costituire la reazione dell'ordinamento alle ipotesi di attentato all'ordine ed alla sicurezza pubblica. Una evenienza dunque che esige interventi rapidi e decisi, il che esclude che possa ravvisarsi l'asserito contrasto con l'art. 97 Cost., dato che la disciplina del procedimento amministrativo è rimessa alla discrezionalità del legislatore nei limiti della ragionevolezza e del rispetto degli altri principi costituzionali, fra i quali, secondo la giurisprudenza di questa Corte (sent. n. 23 del 1978; ordinanza n. 503 del 1987), non è compreso quello del 'giusto procedimento' amministrativo, dato che la tutela delle situazioni soggettive è comunque assicurata in sede giurisdizionale dagli artt. 24 e 113 Cost..

4. Elezioni.

4.1. Obbligo di rappresentatività di entrambi i sessi nelle liste elettorali nei comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti.

Con ordinanza 4 giugno 2021, n. 4294 la sez. III ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 51, primo comma, 3, secondo comma, 117, primo comma, Cost., in riferimento all'art. 14 Cedu, art. 1 Protocollo Addizionale n. 12, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 71, comma 3 *bis*, d.lgs. n. 267 del 2000 nella parte in cui non prevede la necessaria rappresentanza di entrambi i generi nelle liste elettorali nei comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, nonché dell'art. 30, lett. d) *bis* e lett. e), d.P.R. n. 570 del 1960 nella parte in cui esclude dal regime sanzionatorio sub specie "esclusione della lista", le liste elettorali presentate in violazione della necessaria rappresentatività di entrambi i sessi in riferimento ai comuni con meno di 5.000 abitanti per contrasto con gli artt. 51, primo comma, 3, secondo comma, 117, primo comma, Cost. in riferimento all'art. 14 Cedu, art. 1 Protocollo Addizionale n. 12.

Ha premesso la Sezione che nell'attuale assetto normativo, determinato da successivi interventi legislativi e dalle pronunce della Corte costituzionale, sono individuabili tre livelli di tutela crescente la cui applicazione dipende dal numero di abitanti del Comune interessato dalla competizione elettorale.

In un'ottica decrescente: a) nel caso dei Comuni con più di 15.000 abitanti il legislatore, attraverso il combinato disposto degli artt. 73, comma 1, d.lgs. n. 267 del 2000 e art. 33, comma 1, lett. d-bis, d.P.R. n. 570 del 1960, ha predisposto il massimo livello di protezione con due differenti meccanismi, uno di riduzione e l'altro di esclusione. Ed inverso, l'art. 2, comma 1, lett. d), al punto 1), del n. 215 del 2012 - aggiungendo un periodo al comma 1 dell'art. 73, d.lgs. n. 267 del 2000, ha previsto che nessuno dei due sessi può

essere rappresentato in ciascuna lista in misura superiore a due terzi dei candidati (ammessi). Il calcolo viene effettuato secondo una modalità precisata dalla stessa norma. L'art. 2, comma 2, lettera b), punto 1) della legge, modificando l'art. 33, comma 1, d.P.R. n. 570 del 1960, ha prescritto che la Commissione elettorale circondariale verifichi il rispetto della suddetta previsione sulle quote di genere e, se necessario, riduca la lista cancellando, partendo dall'ultimo, i nomi dei candidati appartenenti al genere rappresentato in misura eccedente i due terzi dei candidati. In questa ipotesi trova applicazione il meccanismo di esclusione della lista previsto dall'art. 33, comma 1, lett. d-*bis* cit.; qualora questa, anche dopo tale riduzione, contenga un numero di candidati ammessi inferiore a quello previsto, la Commissione stessa procederà alla ricusazione della lista; b) nei Comuni con popolazione tra i 5.000 e i 15.000 abitanti, gli artt. 71, comma 3-bis, d.lgs. n. 267 del 2000 e 30, comma 1, lett. d-*bis*, d.P.R. n. 570 del 1960, prevedono un livello di protezione "intermedio". In caso di violazione delle disposizioni a tutela della parità tra sessi, la lista viene ridotta cancellando i nomi dei candidati appartenenti al genere rappresentato in misura eccedente i due terzi dei candidati, procedendo in tal caso dall'ultimo della lista. La riduzione della lista non può, in ogni caso, determinare un numero di candidati inferiore al minimo prescritto per l'ammissione della lista medesima; c) nel caso dei Comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti l'unica previsione di riequilibrio di genere è contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. c), al punto 1), l. n. 215 del 2012 che, aggiungendo il comma 3-*bis* all'art. 71, d.lgs. n. 267 del 2000, enuncia, al primo periodo, il principio secondo cui "Nelle liste dei candidati è assicurata la rappresentanza di entrambi i sessi". La rubrica della norma "elezione del sindaco e del consiglio comunale nei comuni sino a 15.000 abitanti" consente con certezza di estendere la sua efficacia ai Comuni che presentino tale densità anagrafica e tuttavia non è prevista dalla vigente normativa alcuna misura sanzionatoria a carico delle liste che non assicurano la rappresentanza di entrambi i sessi.

L'art. 71, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 267 del 2000, pur dopo avere espressamente previsto l'obbligo di assicurare la parità di genere nelle elezioni di qualsiasi Comune, ha chiaramente e volutamente ommesso di disciplinare le conseguenze della violazione di tale obbligo nei Comuni più piccoli. Un'estensione analogica della normativa prevista per i Comuni più grandi equivarrebbe ad un'attività di creazione legislativa che farebbe sconfinare la Sezione dai limiti dell'attività giurisdizionale. Ad un'interpretazione estensiva si oppongono peraltro, oltre al dato letterale già messo in rilievo, argomentazioni di carattere sistematico desumibili dai lavori preparatori alla l. n. 215 del 2012 che, ha inciso profondamente sulla materia.

Ad una interpretazione compatibile con il dettato costituzionale non si potrebbe giungere neanche attraverso l'eventuale disapplicazione della normativa de qua per contrasto con l'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea rubricata "parità tra donne e uomini", a mente del quale "La parità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione. Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato". La norma infatti non presenta

efficacia immediata e diretta, quanto meno con riferimento alla legislazione promozionale, rimettendo al legislatore nazionale la scelta dei migliori strumenti per l'affermazione del principio di parità. Mancano quindi le condizioni che consentono al giudice di disapplicare la norma interna per contrasto con il diritto comunitario.

Deve quindi concludersi che la questione di legittimità costituzionale che la Sezione intende sollevare è rilevante e non risolvibile attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata del dettato normativo.

Ha ancora chiarito la Sezione che la questione della parità di genere rispetto all'accesso alle cariche politiche ha generato un ampio e vivace dibattito in seno all'Assemblea Costituente. È noto che furono predisposte due versioni della disposizione di cui all'art. 51, entrambe con l'intento comune di riconoscere una piena capacità giuridica di diritto pubblico alla donna. Le conseguenze del riconoscimento di tale diritto che, secondo la giurisprudenza costituzionale, rappresenta "un diritto politico fondamentale con i caratteri dell'inviolabilità di cui all'art 2 Cost." (*ex multis*, sentenze n. 25 del 2008, n. 288 del 2007, n. 160 del 1997, n. 344 del 1993, n.539 del 1990, n. 571 del 1989, n. 235 del 1988, da ultimo richiamate nella sentenza n. 48 del 2021) si comprendono solo se lo stesso si contestualizza nel periodo storico della sua formulazione. La visione della donna come strumento di protezione dell'identità nazionale quale moglie e madre cedette il passo alla rimozione degli ostacoli che impedivano (e impediscono) l'accesso a tutti gli ambiti della vita pubblica del Paese a condizioni di parità con gli uomini.

Nell'ambito degli interventi di promozione della parità di genere occorre segnalare il d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità). Ratio della novella, ai sensi dell'art. 1 del Codice, è quella di predisporre "misure volte ad eliminare ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza, o come scopo, di compromettere o di impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo". Dopo aver definito la nozione di discriminazione diretta ovvero indiretta, all'art. 25, il Codice si occupa – tra le altre cose - degli interventi promozionali finalizzati a contrastarle.

Fulcro della disciplina in commento è rappresentato infatti dall'art. 42, rubricato "adozione e finalità delle azioni positive". Tali sono le azioni predisposte per rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità, nell'ambito della competenza statale.

Peraltro, è proprio in merito all'art 3 Cost. che viene in rilievo la premessa sul sindacato della Corte nella materia elettorale. Il giudizio, secondo quanto già detto, "deve svolgersi attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti". E ancora, secondo la costante giurisprudenza della Corte costituzionale il trattamento si configura come "discriminatorio" quando la differenziazione di disciplina sia "ingiustificata", "formalmente contraddittoria" ovvero "irrazionale, secondo le regole del discorso pratico" (sentenze n. 155 del 2014; n. 108 del 2006; n. 340

e n. 136 del 2004). Se è vero – come è – che ogni discriminazione è una differenza, non è vero il contrario. Solo alcune differenze sono qualificabili come discriminazione e ciò in presenza di determinati presupposti. Nel caso di specie appare irragionevole non già l'aver previsto da parte del legislatore differenti modalità di partecipazione minima dei candidati di sesso differente in relazione alle dimensioni del Comune, ma il non avere indicato alcun vincolo nella formazione delle liste elettorali nei Comuni fino a 5.000 abitanti e l'aver privato gli aspiranti candidati agli organi elettivi di tali Comuni di ogni forma di tutela avverso le violazioni del principio di parità di genere nelle competizioni elettorali, principio che – si è detto – è stato per essi espressamente affermato dallo stesso legislatore.

In tal modo appare violato l'art. 3 Cost. con riferimento alla predisposizione di regimi di tutela differenziati con riferimento al diritto fondamentale all'elettorato passivo inteso, come già più volte ribadito, nei termini di "diritto politico fondamentale che l'art. 51 Cost. garantisce ad ogni cittadino con i caratteri propri dell'inviolabilità ex art. 2 Cost."

In tema di parità di genere, non può dirsi supportata da razionalità la misura che esclude dall'ambito della sua applicazione milioni di cittadini - e specialmente di cittadine - per il solo fatto di vivere in aree urbane a bassa densità demografica. Nessuna evidenza statistica, sociologica o scientifica esclude che in questi Comuni sia superfluo un intervento promozionale del legislatore. Intervento che, anzi, può risultare talora indispensabile per le minori opportunità che alcuni piccoli o piccolissimi offrono rispetto alle grandi aree urbane.

Analoghe riflessioni merita la censura avente per oggetto l'art. 117, comma primo, in riferimento all'art 14 della Cedu, art. 1 Protocollo Addizionale n. 12. L'art. 14 della Cedu dispone che: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione.

La discriminazione che viene a realizzarsi impatta su due piani. Tra generi, quello maschile (statisticamente più rappresentato) e quello femminile da un lato e nello stesso genere femminile tra i Comuni con più di 5.000 abitanti in cui è comunque assicurata la presenza e quelli con meno di 5.000 abitanti – che, occorre ribadirlo ancora una volta, sono la quasi totalità – in cui il genere femminile rischia di rimanere completamente escluso dalla vita politica con un *vulnus* che coinvolge, in un certo qual modo, anche il principio del buon andamento della Pubblica amministrazione. La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare che "l'equilibrata rappresentanza di entrambi i sessi in seno agli organi amministrativi elettivi garantisce l'acquisizione al *modus operandi* dell'ente, e quindi alla sua concreta azione amministrativa, di tutto quel patrimonio, umano, culturale, sociale, di sensibilità e di professionalità, che assume una articolata e diversificata dimensione in ragione proprio della diversità del genere. Organi squilibrati nella rappresentanza di genere, in altre parole, oltre ad evidenziare un deficit di rappresentanza democratica dell'articolata composizione del tessuto sociale e del corpo elettorale risultano anche potenzialmente carenti sul piano della funzionalità, perché sprovvisti dell'apporto collaborativo del genere non adeguatamente rappresentato".

4.2. Contrassegno di lista nelle elezioni amministrative comunali.

La sez. II, 17 settembre 2021, n. 6371 ha giudicato legittima l'esclusione della Lista "Prima Napoli" dalle elezioni amministrative al Comune di Napoli per non essere stato indicato il contrassegno della lista nel relativo modulo.

Ha chiarito la Sezione che il d.P.R. 6 maggio 1960, n. 570, per i Comuni con popolazione inferiore ai diecimila abitanti prevede che "é obbligatoria la presentazione di un contrassegno di lista, anche figurato. Il contrassegno deve essere depositato a mano su supporto digitale o in triplice esemplare in forma cartacea"; nell'art. 32, n. 1), per la presentazione delle candidature nei Comuni con popolazione superiore ai diecimila abitanti, indica "con la lista devesi anche presentare:1) un modello di contrassegno depositato a mano su supporto digitale o in triplice esemplare in forma cartacea".

Entrambe le norme devono essere quindi interpretate nel senso della obbligatorietà della prescrizione in ordine al contrassegno, essendo evidente che le esigenze di formalità in funzione della celerità e speditezza del procedimento elettorale sussistono maggiormente per i Comuni più grandi. Nel contesto della suddetta esigenza di certezza delle situazioni giuridiche nel celere procedimento elettorale anche la ratio della disposizione di consentire alle tipografie all'uopo incaricate la facile riproduzione del contrassegno, che dovrà essere oggetto di votazione sui manifesti elettorali e sulle schede di votazione, risulta assolutamente prevalente sulla necessità di consentire eventuali integrazioni documentali.

5. Sicurezza pubblica.

5.1. Informativa antimafia.

Molte le decisioni del Consiglio di Stato e del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana che hanno approfondito l'istituto dell'informativa antimafia sotto diversi aspetti.

- Compatibilità della disciplina dell'interdittiva antimafia con le norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie.

Con sentenza 20 aprile 2021, n. 3182 la sez. III ha affermato che la disciplina dettata dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 in materia di informativa antimafia non si pone in contrasto con i principi costituzionali ed eurounitari.

La Sezione ha premesso di non ignorare che voci fortemente critiche si sono alzate rispetto alla presunta indeterminatezza dei presupposti normativi che legittimano l'emissione dell'informazione antimafia, soprattutto dopo la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 febbraio 2017, riguardante le misure di prevenzione personali, e taluni autori, nel preconizzare l'"onda lunga" di questa pronuncia anche nella contigua materia della documentazione antimafia, hanno fatto rilevare come anche l'informazione antimafia generica, nelle ipotesi dell'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), d.lgs. n. 159 del 2011 (accertamenti disposti dal Prefetto da compiersi anche avvalendosi dei

poteri di accesso), scontrerebbe un deficit di tipicità non dissimile da quello che, secondo i giudici di Strasburgo, affligge l'art. 1, lett. a) e b), del medesimo d.lgs. n. 159 del 2011. Si è osservato che l'assoluta indeterminatezza delle condizioni che possono consentire al Prefetto di emettere una informazione antimafia "generica", in tali ipotesi di non meglio determinati accertamenti disposti dal Prefetto, apparirebbe poco sostenibile in un ordinamento democratico che rifugga dagli antichi spettri del diritto di polizia o dalle "pene" del sospetto e voglia ancorare qualsiasi provvedimento restrittivo di diritti fondamentali a basi legali precise e predeterminate.

L'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), d.lgs. n. 159 del 2011 – ma con un ragionamento applicabile anche alla seconda parte dell'art. 91, comma 6, dello stesso Codice, laddove si riferisce a non meglio precisati "concreti elementi" – non contemplerebbe, secondo tale tesi, alcun parametro oggettivo, anche il più indeterminato, che possa in qualche modo definire il margine di apprezzamento discrezionale del Prefetto, rendendo del tutto imprevedibile la possibile adozione della misura.

La Sezione ha ritenuto, alla stregua di quanto già affermato dalla Sezione (5 settembre 2019, n. 6105), che questa tesi non possa essere seguita e che, ferma restando ovviamente, se del caso, ogni competenza del giudice europeo per l'applicazione del diritto convenzionale e, rispettivamente, della Corte costituzionale per l'applicazione delle disposizioni costituzionali, non sia prospettabile alcuna violazione dell'art. 1, Protocollo 1 addizionale, Cedu, con riferimento al diritto di proprietà, e, per il tramite di tale parametro interposto, nessuna violazione dell'art. 117 Cost. per la mancanza di una adeguata base legale atta ad evitare provvedimenti arbitrari.

Anche gli accertamenti disposti dal Prefetto, nella stessa provincia in cui ha sede l'impresa o in altra, sono finalizzati, infatti, a ricercare elementi dai quali possa desumersi, ai sensi dell'art. 84, comma 3, d.lgs. n. 159 del 2011 (v. anche art. 91, comma 4), "eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate" e tali tentativi, per la loro stessa natura, possono essere desunti da situazioni fattuali difficilmente enunciabili a priori in modo tassativo.

Nella stessa sentenza sopra ricordata, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rammentato, in via generale, che "mentre la certezza è altamente auspicabile, può portare come strascico una eccessiva rigidità e la legge deve essere in grado di tenere il passo con il mutare delle circostanze", conseguendone che "molte leggi sono inevitabilmente formulate in termini che, in misura maggiore o minore, sono vaghi e la cui interpretazione e applicazione sono questioni di pratica" (§ 107), e ha precisato altresì che "una legge che conferisce una discrezionalità deve indicare la portata di tale discrezionalità" (§ 108). Ora, non si può negare che la legge italiana, nell'ancorare l'emissione del provvedimento interdittivo antimafia all'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, come si è visto, abbia fatto ricorso, inevitabilmente, ad una clausola generale, aperta, che, tuttavia, non costituisce una "norma in bianco" né una delega all'arbitrio dell'autorità amministrativa imprevedibile per il cittadino, e insindacabile per il giudice, anche quando il Prefetto non fondi la propria valutazione su elementi "tipizzati" (quelli dell'art. 84, comma 4,

lett. a), b), c) ed f)), ma su elementi riscontrati in concreto di volta in volta con gli accertamenti disposti, poiché il pericolo di infiltrazione mafiosa costituisce, sì, il fondamento, ma anche il limite del potere prefettizio e, quindi, demarca, per usare le parole della Corte europea, anche la portata della sua discrezionalità, da intendersi qui non nel senso, tradizionale e ampio, di ponderazione comparativa di un interesse pubblico primario rispetto ad altri interessi, ma in quello, più moderno e specifico, di equilibrato apprezzamento del rischio infiltrativo in chiave di prevenzione secondo corretti canoni di inferenza logica.

L'annullamento di qualsivoglia discrezionalità nel senso appena precisato in questa materia, che postula la tesi in parola (sostenuta, invero, da autorevoli studiosi del diritto penale e amministrativo), prova troppo, del resto, perché l'ancoraggio dell'informazione antimafia a soli elementi tipici, prefigurati dal legislatore, ne farebbe un provvedimento vincolato, fondato, sul versante opposto, su inammissibili automatismi o presunzioni *ex lege* e, come tale, non solo inadeguato rispetto alla specificità della singola vicenda, proprio in una materia dove massima deve essere l'efficacia adeguatrice di una norma elastica al caso concreto, ma deresponsabilizzante per la stessa autorità amministrativa.

Quest'ultima invece, anzitutto in ossequio dei principi di imparzialità e buon andamento contemplati dall'art. 97 Cost. e nel nome di un principio di legalità sostanziale declinato in senso forte, è chiamata, esternando compiutamente le ragioni della propria valutazione nel provvedimento amministrativo, a verificare che gli elementi fattuali, anche quando "tipizzati" dal legislatore, non vengano assunti acriticamente a sostegno del provvedimento interdittivo, ma siano dotati di individualità, concretezza ed attualità, per fondare secondo un corretto canone di inferenza logica la prognosi di permeabilità mafiosa, in base ad una struttura bifasica (diagnosi dei fatti rilevanti e prognosi di permeabilità criminale) non dissimile, in fondo, da quella che il giudice penale compie per valutare gli elementi posti a fondamento delle misure di sicurezza personali, lungi da qualsiasi inammissibile automatismo presuntivo, come la Suprema Corte di recente ha chiarito (v., sul punto, Cass. civ., sez. un., 4 gennaio 2018, n. 111).

Il giudice amministrativo è, a sua volta, chiamato a verificare la gravità del quadro indiziario, posto a base della valutazione prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio, con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria, della misura in esame. Il sindacato per eccesso di potere sui vizi della motivazione del provvedimento amministrativo, anche quando questo rimandi *per relationem* agli atti istruttori, scongiura il rischio che la valutazione del Prefetto divenga, appunto, una "pena del sospetto" e che la portata della discrezionalità amministrativa in questa materia, necessaria per ponderare l'esistenza del pericolo infiltrativo in concreto, sconfini nel puro arbitrio.

La funzione di “frontiera avanzata” svolta dall’informazione antimafia nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato impone, a servizio delle Prefetture, un uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come atipica, del resto, è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini. E solo di fronte ad un fatto inesistente od obiettivamente non sintomatico il campo valutativo del potere prefettizio, in questa materia, deve arrestarsi. Negare però in radice che il Prefetto possa valutare elementi “atipici”, dai quali trarre il pericolo di infiltrazione mafiosa, vuol dire annullare qualsivoglia efficacia alla legislazione antimafia e neutralizzare, in nome di una astratta e aprioristica concezione di legalità formale, proprio la sua decisiva finalità preventiva di contrasto alla mafia, finalità che, per usare ancora le parole della Corte europea dei diritti dell’uomo nella citata sentenza, consiste anzitutto nel “tenere il passo con il mutare delle circostanze” secondo una nozione di legittimità sostanziale. Ma, come è stato recentemente osservato anche dalla giurisprudenza penale, il sistema delle misure di prevenzione è stato ritenuto dalla stessa Corte europea in generale compatibile con la normativa convenzionale poiché “il presupposto per l’applicazione di una misura di prevenzione è una ‘condizione’ personale di pericolosità, la quale è desumibile da più fatti, anche non costituenti illecito, quali le frequentazioni, le abitudini di vita, i rapporti, mentre il presupposto tipico per l’applicazione di una sanzione penale è un fatto-reato accertato secondo le regole tipiche del processo penale” (Cass. pen., sez. II, 9 luglio 2018, n. 30974).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha così enucleato – in modo sistematico a partire dalla sentenza n. 1743 del 3 maggio 2016 e con uno sforzo ‘tassativizzante’ – le situazioni indiziarie, tratte dalle indicazioni legislative o dalla casistica giurisprudenziale, che possono costituire altrettanti ‘indici’ o ‘spie’ dell’infiltrazione mafiosa, non senza precisare che esse, per la loro stessa necessaria formulazione aperta, costituiscono un catalogo aperto e non già un *numerus clausus* in modo da poter consentire all’ordinamento di poter contrastare efficacemente l’infiltrazione mafiosa all’interno dell’impresa via via che essa assume forme sempre nuove e sempre mutevoli. Basti qui ricordare a mo’ di esempio, nell’ambito di questa ormai consolidata e pur sempre perfettibile tipizzazione giurisprudenziale, le seguenti ipotesi, molte delle quali tipizzate, peraltro, in forma precisa e vincolata dal legislatore stesso: a) i provvedimenti “sfavorevoli” del giudice penale; b) le sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui pure emergano valutazioni del giudice competente su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa, nelle multiformi espressioni con le quali la continua evoluzione dei metodi mafiosi si manifesta; c) la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso d.lgs. n. 159 del 2011; d) i rapporti di parentela, laddove assumano una intensità tale da far ritenere una conduzione familiare e una “regia collettiva” dell’impresa, nel quadro di usuali metodi mafiosi fondati sulla regia “clanica”, in cui il ricambio generazionale mai sfugge al “controllo immanente” della figura del patriarca, capofamiglia, ecc., a seconda dei casi; e) i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; f)

le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa; g) le vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa, incluse le situazioni, recentemente evidenziate in pronunzie di questa Sezione, in cui la società compie attività di strumentale pubblico sostegno a iniziative, campagne, o simili, antimafia, antiusura, antiriciclaggio, allo scopo di mostrare un "volto di legalità" idoneo a stornare sospetti o elementi sostanziosi sintomatici della contaminazione mafiosa; h) la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi "benefici"; i) l'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità.

Come condivisibilmente affermato nella sentenza 5 settembre 2019, n. 6105, deve essere riaffermato, e con forza, che il sistema della prevenzione amministrativa antimafia non costituisce e non può costituire, in uno Stato di diritto democratico, un diritto della paura, perché deve rispettare l'irrinunciabile principio di legalità, non solo in senso formale ma anche sostanziale, sicché il giudice amministrativo, chiamato a sindacare il corretto esercizio del potere prefettizio nel prevenire l'infiltrazione mafiosa, deve farsi attento custode delle irrinunciabili condizioni di tassatività sostanziale e di tassatività processuale di questo potere per una tutela giurisdizionale piena ed effettiva di diritti aventi rango costituzionale, come quello della libera iniziativa imprenditoriale (art. 41 Cost.), nel necessario, ovvio, bilanciamento con l'altrettanto irrinunciabile, vitale, interesse dello Stato a contrastare l'insidia delle mafie. La libertà "dalla paura", obiettivo al quale devono tendere gli Stati democratici, si realizza anche, e in parte rilevante, smantellando le reti e le gabbie che le mafie costruiscono, a scapito dei cittadini, delle imprese e talora anche degli organi elettivi delle amministrazioni locali, imponendo la legge del potere criminale sul potere democratico, garantito e, insieme, incarnato dalla legge dello Stato, per perseguire fini illeciti e conseguire illeciti profitti.

Al delicato bilanciamento raggiunto dall'interpretazione di questo Consiglio di Stato non osta nemmeno l'orientamento assunto dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 24 del 27 febbraio 2019 e n. 195 del 24 luglio 2019, orientamento di cui, per la sua importanza sistematica anche nella materia della documentazione antimafia, occorre dare qui conto.

Come ha ben posto in rilievo la Corte costituzionale nella sentenza n. 24 del 2019, infatti, allorché si versi – come nel caso di specie – al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base "dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione". Essenziale – nell'ottica costituzionale così come in quella convenzionale (Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. V, 26 novembre 2011, Gochev c. Bulgaria; id., sez. I, 4 giugno 2002, Olivieiria c. Paesi Bassi; id. 20 maggio 2010, Lelas c. Croazia) – è, infatti, che tale interpretazione giurisprudenziale sia in grado di porre la persona potenzialmente destinataria delle misure limitative del diritto in condizioni di poter ragionevolmente prevedere l'applicazione della misura stessa.

Nel caso di specie, non si può dubitare che l'interpretazione giurisprudenziale tassativizzante, a partire dalla sentenza n. 1743 del 3 maggio 2016, consenta ragionevolmente di prevedere l'applicazione della misura interdittiva in presenza delle due forme di contiguità, compiacente o soggiacente, dell'impresa ad influenze mafiose, allorquando, cioè, un operatore economico si lasci condizionare dalla minaccia mafiosa e si lasci imporre le condizioni (e/o le persone, le imprese e/o le logiche) da questa volute o, per altro verso, decida di scendere consapevolmente a patti con la mafia nella prospettiva di un qualsivoglia vantaggio per la propria attività. Né elementi di segno diverso sul piano della tassatività sostanziale, per di più, si traggono dalla ancor più recente sentenza n. 195 del 24 luglio 2019, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale l'art. 28, comma 1, d.l. n. 113 del 2018, che aveva inserito il comma 7-*bis* nell'art. 143 del T.u.e.l., laddove la Corte costituzionale ha rilevato che, mentre per l'attivazione del potere di scioglimento del Consiglio comunale o provinciale occorre che gli elementi in ordine a collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata di tipo mafioso, raggiungano un livello di coerenza e significatività tali da poterli qualificare come "concreti, univoci e rilevanti" (art. 143, comma 1, del T.u.e.l.), invece, quanto alle "condotte illecite gravi e reiterate", di cui al comma 7-bis censurato avanti alla Corte, è sufficiente che risultino mere "situazioni sintomatiche", sicché il presupposto positivo del potere sostitutivo prefettizio "è disegnato dalla disposizione censurata in termini vaghi, ampiamente discrezionali e certamente assai meno definiti di quelli del potere governativo di scioglimento dei Consigli comunali e provinciali, pur essendo il primo agganciato a quest'ultimo come occasionale appendice procedimentale".

Non è questo il caso, invece, dell'informazione antimafia, anche quella emessa ai sensi dell'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), d.lgs. n. 159 del 2011, poiché gli elementi di collegamento con la criminalità organizzata di tipo mafioso devono essere sempre concreti, univoci e rilevanti, come la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha costantemente chiarito. Anzi proprio la sentenza n. 195 del 24 luglio 2019 della Corte costituzionale sembra confermare sul piano sistematico, a contrario, che l'infiltrazione mafiosa ben possa fondarsi su elementi gravi, precisi e concordanti, dotati di coerenza e significatività, quali enucleati dalla giurisprudenza di questo Consiglio, sì che venga soddisfatto il principio, fondamentale in ogni Stato di diritto come il nostro, secondo cui ogni potere amministrativo deve essere "determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa", per usare le parole della Corte costituzionale (sentenza n. 195 del 24 luglio 2019, che richiama la sentenza n. 115 del 7 aprile 2011 della stessa Corte costituzionale sull'art. 54, comma 4, del T.u.e.l.)

Ritiene questo Collegio che, alla luce di quanto si è chiarito, siano così soddisfatte le condizioni di tassatività sostanziale, richieste dal diritto convenzionale e dal diritto costituzionale interno, e indefettibili anche per la delicatissima materia delle informazioni antimafia a tutela di diritti fondamentali, come la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale nella propria costante giurisprudenza ribadiscono. La tassatività sostanziale, come appena ricordato nella citazione della giurisprudenza costituzionale,

ben si concilia con la definita (dalla stessa Corte costituzionale) “elasticità della copertura legislativa”, giacché, come sopra detto, nella prevenzione antimafia lo Stato deve assumere almeno la stessa flessibilità nelle azioni e la stessa rapida adattabilità nei metodi, che le mafie dimostrano nel contesto attuale.

Parimenti la Sezione ha ritenuto che il criterio del “più probabile che non” soddisfi, a sua volta, le indeclinabili condizioni di tassatività processuale, pure menzionate dalla Corte costituzionale nella già richiamata sentenza n. 24 del 27 febbraio 2019, afferenti alle modalità di accertamento probatorio in giudizio e, cioè, al *quomodo* della prova e “riconducibili a differenti parametri costituzionali e convenzionali [...] tra cui, in particolare, il diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost. e il diritto a un ‘giusto processo’ ai sensi, assieme, dell’art. 111 Cost. e dall’art. 6 Cedu [...] di fondamentale importanza al fine di assicurare la legittimità costituzionale del sistema delle misure di prevenzione” (Corte cost. 27 febbraio 2019, n. 24).

Lo *standard* probatorio sotteso alla regola del “più probabile che non”, nel richiedere la verifica della c.d. probabilità cruciale, impone infatti di ritenere, sul piano della tassatività processuale, più probabile l’ipotesi dell’infiltrazione mafiosa rispetto a “tutte le altre messe insieme”, nell’apprezzamento degli elementi indiziari posti a base del provvedimento prefettizio, che attingono perciò una soglia di coerenza e significatività dotata di una credibilità razionale superiore a qualsivoglia altra alternativa spiegazione logica, laddove l’esistenza di spiegazioni divergenti, fornite di un qualche elemento concreto, implicherebbe un ragionevole dubbio (Cons. Stato, sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483), non richiedendosi infatti, in questa materia, l’accertamento di una responsabilità che superi qualsivoglia ragionevole dubbio, tipico delle istanze penali, né potendo quindi traslarsi ad essa, impropriamente, le categorie tipiche del diritto e del processo penale, che ne frustrerebbero irrimediabilmente la funzione preventiva.

Per queste ragioni la Sezione ha ribadito il proprio orientamento, già riaffermato nella sentenza n. 758 del 30 gennaio 2019, senza dover rimettere la questione di legittimità costituzionale e comunitaria degli artt. 84, comma 4, e 91, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011, per violazione degli artt. 1 Prot. add. Cedu, art. 2 Prot. nn. 4 e 6 Cedu e degli artt. 3, 24, 41, 42, 97 e 111 Cost..

Ciò che connota la regola probatoria del “più probabile che non” non è un diverso procedimento logico, va del resto qui ricordato, ma la (minore) forza dimostrativa dell’inferenza logica, sicché, in definitiva, l’interprete è sempre vincolato a sviluppare un’argomentazione rigorosa sul piano metodologico, “ancorché sia sufficiente accertare che l’ipotesi intorno a quel fatto sia più probabile di tutte le altre messe insieme, ossia rappresenti il 50% + 1 di possibilità, ovvero, con formulazione più appropriata, la c.d. probabilità cruciale” (Cons. Stato, sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483). E questo Consiglio ha già esaurientemente illustrato nella già richiamata sentenza n. 758 del 2019, alle cui argomentazioni tutte qui ci si richiama, le ragioni per le quali a questa materia, sul piano della c.d. tassatività processuale, non è legittimo applicare le regole probatorie del giudizio penale, dove ben altri e differenti sono i beni di rilievo costituzionali a venire in gioco, e in particolare i criteri di accertamento, propri del giudizio dibattimentale, e

la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, tipica inferenza logica che, se applicata al diritto della prevenzione, imporrebbe alla pubblica amministrazione una probatio diabólica, come si è osservato in dottrina, in quanto, se intesa in senso assoluto, richiederebbe di falsificare ogni ipotesi contraria e, se intesa in senso relativo (secondo il modello dell'abduzione pura, che implica l'assunzione di una ipotesi che va corroborata alla luce degli specifici riscontri probatori), richiederebbe alla pubblica amministrazione uno sforzo istruttorio sproporzionato rispetto alla finalità del suo potere e ai mezzi di cui è dotata per esercitarlo.

Le preoccupazioni, espresse dalla dottrina e da una parte minoritaria della giurisprudenza amministrativa, circa la tenuta costituzionale della prevenzione antimafia sono agevolmente superabili, per gli argomenti già esposti in merito all'istituto dell'informazione antimafia, ma anche ricorrendo al criterio dell'interpretazione sistematica, cui il giudice ben può ricorrere per valutare i profili applicativi e interpretativi di un istituto, esaminandone la coerenza con il sistema normativo in cui esso è inserito.

Ed allora, per la materia in esame, non può sfuggire come il codice antimafia abbia, al suo interno, principi ed istituti – ancorché diversi dalla interdittiva antimafia – che sono posti a presidio di un ragionevole temperamento tra l'interesse generale prioritario alla prevenzione contro la mafia e il diritto di ciascun imprenditore alla tutela costituzionale di cui all'art. 41 Cost., appunto con i limiti che spetta al legislatore stabilire.

L'istituto della gestione con controllo giudiziale di cui all'art. 34-*bis* del Codice antimafia, introdotto dall'art. 11, l. n. 161 del 2017, dimostra in particolare come il legislatore abbia ben considerato ipotesi in cui – pur in presenza di una informazione antimafia – l'interesse alla sopravvivenza di una impresa può essere tutelato accordando una “occasione” per rimuovere entro un periodo temporale breve, grazie appunto al controllo giudiziale sulla gestione aziendale, la contaminazione mafiosa che il provvedimento interdittivo aveva rilevato. E non a caso l'effetto sulla informazione antimafia non è certo caducante, giacché il giudice ordinario, che non ha potere di sindacarne la legittimità, determina solo la sospensione dell'effetto interdittivo dell'impresa per tutto il periodo della amministrazione controllata.

Il legislatore, quindi, ha stabilito: a) che l'informazione antimafia è meramente sospesa nei suoi effetti, fermo restando il sindacato del giudice amministrativo, che parimenti resta sospeso, potendo riprendere il procedimento dopo la conclusione del periodo fissato dal giudice ordinario; b) che, ove la contaminazione mafiosa sia ritenuta occasionale e quindi rimovibile in tempi brevi, la tutela costituzionale dell'impresa può essere garantita, seppure sotto il controllo del giudice cui spetterà valutare se durante il periodo stabilito – di solito uno o due anni – le infiltrazioni siano state tutte rimosse, anche attraverso riscontrabili modifiche nella compagine e nel “portafoglio contratti” della società.

Questa ulteriore riflessione vale in modo compiuto a sgombrare il campo da dubbi relativi alla sistematica condizione di equilibrio e temperamento realizzata dal codice antimafia con riguardo a interessi e diritti meritevoli di indubbia considerazione.

La Sezione ha escluso peraltro l'esistenza di un obbligo di rimessione alla Corte di giustizia nella presente sede d'appello, per essere questo Consiglio di Stato giudice di ultima istanza per gli effetti dell'obbligo di rimessione alla Corte europea sancito dall'art. 267, comma 3, T.fue. Tale obbligo, infatti, non sussiste nelle ipotesi in cui la questione sollevata sia identica ad altra sollevata in relazione ad analoga fattispecie già decisa in via pregiudiziale della Corte, o la giurisprudenza costante della Corte risolva il punto di diritto controverso, indipendentemente dalla natura del procedimento in cui tale giurisprudenza si sia formata (c.d. teoria dell'*acte éclairé*); ipotesi, quest'ultima, che, alla luce della sopra riportata giurisprudenza della Corte di giustizia in materia, appare ricorrere nel caso di specie (Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2019, n. 2212).

La sez. III, con sentenza 25 ottobre 2021, n. 7165 ha ribadito che la disciplina della interdittiva antimafia non viola le norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie. Ha chiarito che i dubbi di illegittimità sollevati con riguardo ai predetti profili per violazione delle norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie sono manifestamente infondati, in quanto secondo la normativa nazionale di riferimento le predette misure si concretizzano, non nella dedotta incisione su di uno status generale di capacità giuridica bensì, nella previsione di limiti e divieti temporanei e specifici, di contrattazione con la pubblica amministrazione e di esercizio di attività economiche sottoposte a vaglio autorizzativo a tutela di interessi pubblici generali, quali la tutela della salute, dell'ambiente e degli utenti, ma anche a tutela della stessa possibilità di un loro libero esercizio da parte di tutti i competitori economici, nel rispetto dei principi di libertà d'iniziativa economica privata e di concorrenza sanciti dall'art. 41 Cost. e dal Trattato UE. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, del resto, ha ricondotto ad una incapacità di agire temporanea l'effetto dell'interdittiva, essendovi – nello stesso cd "codice antimafia" – adeguate misure, compiutamente disciplinate, per ricostruire le condizioni di affidabile partecipazione della società al mercato, nella sua espressione libera e incondizionata da sospette infiltrazioni. D'altronde le medesime misure, ritenute estranee per comune ammissione e per costante giurisprudenza al sistema sanzionatorio penale in ragione del loro carattere cautelare ed anticipatorio, così come espressamente ammesso dalla medesima difesa di parte appellante sono sottoposte ai principi di legalità e del giusto procedimento amministrativo, secondo criteri di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità. La Corte costituzionale (n. 57 del 2020) ha quindi respinto i dedotti dubbi di incostituzionalità, affermando che: "... queste complesse valutazioni che – come si è rilevato - sono, sì, discrezionali, ma dalla forte componente tecnica, sono soggette ad un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo. Di fatto è questa la portata delle numerose sentenze amministrative che si sono occupate dell'istituto. Esse non si limitano ad un controllo "estrinseco" e, pur dando il giusto rilievo alla motivazione, procedono ad un esame sostanziale degli elementi raccolti dal prefetto, verificandone la consistenza e la coerenza". Ancora la parte appellante ammette che anche le Sezioni Unite della Corte di cassazione (decisione n. 1103 del 2014) hanno statuito, in ordine ai limiti della sindacabilità degli atti dell'amministrazione che contengono una componente tecnica, che non può esistere alcun limite alla sindacabilità, neanche laddove le questioni

da valutare siano attinenti la sfera del merito amministrativo. Del tutto infondati, inoltre, sono i richiami a violazioni sindacate o sindacabili innanzi alla Cedu. In considerazione della natura non repressiva ma preventiva, e della varietà di comportamenti con cui le mafie ricercano attrattive occasioni di infiltrazione in società e relativi settori economici, questo Consiglio ha ripetutamente – con la conferma della Corte costituzionale adita in sede incidentale – affermato che la “tipizzazione giurisprudenziale”, in costante evoluzione, effettuata dal Supremo organo di giustizia amministrativa costituisce parametro sufficientemente adeguato a evitare ogni pericolo di discrezionali se non arbitrarie azioni, nella vaghezza dei loro presupposti, da parte della autorità prefettizia nel definire i comportamenti sintomatici della infiltrazione mafiosa. Le pregresse considerazioni impediscono, quindi, di valorizzare le ulteriori dedotte censure concernenti una pretesa irragionevole limitazione degli strumenti di tutela giurisdizionale dell’impresa sottoposta ad interdittiva antimafia in violazione delle norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie richiamate a tal fine.

- *Presupposti dell’interdittiva antimafia e relative verifiche.*

Con sentenza 25 novembre 2021, n. 7890 la sez. III ha affermato che uno degli indici del tentativo di infiltrazione mafiosa nell’attività d’impresa - di per sé sufficiente a giustificare l’emanazione di una interdittiva antimafia - è identificabile nella instaurazione di rapporti commerciali o associativi tra un’impresa e una società già ritenuta esposta al rischio di influenza criminale, in ragione della valenza sintomatica attribuibile a cointeressenze economiche particolarmente pregnanti; queste, infatti, giustificano il convincimento, seppur in termini prognostici e probabilistici, che l’impresa controindicata trasmetta alla seconda il suo corredo di controindicazioni antimafia, potendosi presumere che la prima scelga come *partner* un soggetto già colluso o, comunque, permeabile agli interessi criminali a cui essa resta assoggettata (o che, addirittura, interpreta e persegue). Ad avviso della Sezione soltanto là dove l’esame dei contatti tra le società riveli il carattere del tutto episodico, inconsistente o remoto delle relazioni d’impresa deve escludersi l’automatico trasferimento delle controindicazioni antimafia (Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 520)

Ha ancora ricordato la Sezione che anche dalla Corte costituzionale n. 57 del 26 marzo 2020 – di fatto confermando la giurisprudenza della Sezione – a supportare il provvedimento interdittivo sono sufficienti anche situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale. Tra queste: i provvedimenti “sfavorevoli” del giudice penale; le sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui pure emergano valutazioni del giudice competente su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa; la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dal d.lgs. n. 159 del 2011; i rapporti di parentela, laddove assumano una intensità tale da far ritenere una conduzione familiare e una “regia collettiva” dell’impresa, nel quadro di usuali metodi mafiosi fondati sulla regia “clanica”; i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; le vicende anomale

nella formale struttura dell'impresa e nella sua gestione, incluse le situazioni in cui la società compie attività di strumentale pubblico sostegno a iniziative, campagne antimafia, antiusura, antiriciclaggio, allo scopo di mostrare un "volto di legalità" idoneo a stornare sospetti o elementi sostanziosi sintomatici della contaminazione mafiosa; la condizione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi "benefici"; l'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità. Vale ancora ricordare che ai fini della legittima adozione del provvedimenti interdittivo è sufficiente la contiguità soggiacente agli ambienti della criminalità organizzata, non richiedendosi necessariamente la ben più forte contiguità compiacente, essendo anche la prima insidiosa per la propria capacità pervasiva all'interno dell'economia (Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 2021, n. 3654; id. 31 gennaio 2019, n. 758; id. 5 settembre 2019, n. 6105), stigmatizzando la particolare insidiosità di quest'ultima, Ha sottolineato la Sezione (31 gennaio 2019, n. 758) il mutamento intervenuto nel fenomeno mafioso, che è passato dalle "tragiche stagioni di sangue degli attacchi frontali allo Stato" alla quotidiana occupazione di settori economici penetrando nell'economia legale. Il fenomeno è particolarmente evidente nel caso di contiguità compiacente, in cui si rinvencono condotte ambigue di operatori che, benché siano formalmente estranei ad associazioni mafiose, si pongono su una pericolosa linea di confine tra legalità e illegalità nell'esercizio dell'attività imprenditoriale.

Con decreto 3 agosto 2021, n. 544 il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha affermato che in sede di interdittiva antimafia la autonoma valutazione da parte della Prefettura di stralci delle risultanze investigative penali e della motivazione dei relativi provvedimenti giurisdizionali, in modo difforme rispetto alla magistratura penale, è operazione delicata, anche alla luce del *ne bis in idem* per come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo e soprattutto dell'esigenza di coerenza interna dell'ordinamento giuridico, che non può considerare talune condotte penalmente irrilevanti e al contempo rilevanti in un procedimento amministrativo che sfocia in un provvedimento che per i suoi dirompenti effetti ben può definirsi parapenale; pertanto, siffatta operazione di autonoma e difforme valutazione, da parte della Prefettura, delle risultanze investigative penali richiede sempre un attento vaglio del giudice amministrativo.

La sez. III, con sentenza 3 agosto 2021, n. 5723 ha dichiarato legittima l'interdittiva antimafia che si basi su una sola figura se, attorno alla stessa, si concentrano una serie di elementi, quali la vicinanza con soggetti controindicati nonché, attraverso questi e attraverso la figura della compagna convivente, il mondo dello spaccio di stupefacenti, nonché la vicinanza ad una locale cosca mafiosa.

Ha chiarito la Sezione che non rileva se tale figura controindicata non sia più l'amministratore unico della società. Come insegna una costante giurisprudenza di questa Sezione (2 maggio 2019, n. 2855) alcune operazioni societarie possono disvelare una attitudine elusiva della normativa antimafia ove risultino in concreto inidonee a creare una netta cesura con la pregressa gestione subendone, anche inconsapevolmente, i tentativi

di ingerenza (Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2018, n. 6707; id. 7 marzo 2013, n. 1386).

Contrariamente a quanto afferma il giudice di primo grado, tale operazione, se collegata alla persona controindicata, assume un significato pregnante, stante gli ulteriori elementi che rendono “più probabile che non” la sua cointeressenza con gli ambienti della criminalità organizzata. Aggiungasi la rilevanza che assume la frequentazione con soggetti controindicati ai fini antimafia, tutt’altro che generica, essendo ben individuati nella nota della legione Carabinieri i nominativi e i carichi penali.

No rileva neanche il carattere non attuale di alcuni episodi. Come chiarito dalla Sezione (21 gennaio 2019, n. 515), il mero decorso del tempo, di per sé solo, non implica la perdita del requisito dell’attualità del tentativo di infiltrazione mafiosa e la conseguente decadenza delle vicende descritte in un atto interdittivo, né l’inutilizzabilità di queste ultime quale materiale istruttorio per un nuovo provvedimento, donde l’irrelevanza della ‘risalenza’ dei dati considerati ai fini della rimozione della disposta misura ostativa, occorrendo, piuttosto, che vi siano tanto fatti nuovi positivi quanto il loro consolidamento, così da far virare in modo irreversibile l’impresa dalla situazione negativa alla fuoriuscita definitiva dal cono d’ombra della mafiosità.

E’ evidente che il momento in cui l’interdittiva è adottata non fotografa l’inizio della vicinanza della società agli ambienti della criminalità organizzata, che possono trovare la loro genesi anche in epoca di gran lunga antecedente.

In conclusione, la legittimità del provvedimento interdittivo si fonda sul principio secondo cui i fatti valorizzati dal provvedimento prefettizio devono essere valutati non atomisticamente, ma in chiave unitaria, secondo il canone inferenziale – che è alla base della teoria della prova indiziaria - *quae singula non prosunt, collecta inquant*, al fine di valutare l’esistenza o meno di un pericolo di una permeabilità della struttura imprenditoriale a possibili tentativi di infiltrazione da parte della criminalità organizzata, secondo la valutazione di tipo induttivo che la norma attributiva rimette al potere cautelare dell’amministrazione.

Il legame parentale non costituisce di per sé un indizio dell’infiltrazione mafiosa, specie laddove il parente deriva la propria presunta pericolosità dalla frequentazione di altri soggetti; la pericolosità sociale non si trasferisce infatti automaticamente da un parente all’altro ma occorre almeno ipotizzare che dal rapporto di parentela sia scaturita una cointeressenza in illeciti rapporti o compartecipazione in azioni sospette. Lo ha chiarito il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con sentenza 16 aprile 2021, n. 323 secondo cui ai sensi dell’art. 84, comma 4, d.lgs. n. 159 del 2011, l’informazione antimafia consiste nell’attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese. L’art. 93, comma 4, dispone che il prefetto valuta se dai dati raccolti possano desumersi elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa, e l’art. 91 comma 6, che il prefetto può, altresì, desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all’attività delle organizzazioni

criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché dall'accertamento delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'art. 3, l. 13 agosto 2010, n. 136, commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'art. 8-*bis*, l. 24 novembre 1981, n. 689.

La Corte costituzionale ha inquadrato l'istituto affermando che “il potere di adottare un'informazione interdittiva nei confronti delle imprese private oggetto di tentativi di infiltrazione mafiosa perché, pur comportando tale atto un grave sacrificio della libertà di impresa (nella specie era in gioco l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane), esso è giustificato dall'estrema pericolosità del fenomeno mafioso e dal rischio di una lesione della concorrenza e della stessa dignità e libertà umana” (Corte cost. 26 marzo 2020, n. 57).

Con riferimento ai rapporti di parentela la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, 8 luglio 2020, n. 4372) ha chiarito che laddove il nucleo forte della motivazione del provvedimento prefettizio consista nella valorizzazione dei legami affettivi o parentali intercorrenti tra esponenti della compagine sociale e soggetti affiliati o vicini alle consorterie criminali, dovranno con chiarezza emergere gli elementi concreti che abbiano indotto l'Autorità a ritenere il predetto legame affettivo o parentale una via d'accesso agevolata alla gestione dell'impresa. Non può dedursi, dal mero vincolo parentale con un soggetto controindicato, non supportato da ulteriori elementi validi, la vocazione criminale del parente stesso: tuttavia, è anche vero che, se non si può scegliere la propria parentela, si può cionondimeno scegliere di prendere le definitive distanze da essa, ove ponga in essere attività non accettabili. Detto altrimenti, ben può il parente di un soggetto riconosciuto affiliato alle consorterie mafiose svolgere attività imprenditoriale, anche interfacciandosi con la committenza pubblica: a condizione, però, che sia chiara la sua distanza concreta e certa dal metodo e dal mondo criminale”.

- Pronuncia del giudice della prevenzione penale.

Con sentenza 4 febbraio 2021, n. 1049 la sez. III ha ricordato che la valutazione del giudice della prevenzione penale si fonda su parametri non sovrapponibili alla ricognizione probabilistica del rischio di infiltrazione, che costituisce invece presupposto del provvedimento prefettizio, e rispetto ad essa si colloca in un momento successivo. Non è pertanto casuale che nella sistematica normativa il controllo giudiziario (e le relative valutazioni: inclusa quella sull'ammissione) presupponga l'adozione dell'informativa: rispetto alla quale rappresenta un post factum. Pretendere di sindacare la legittimità del provvedimento prefettizio alla luce delle risultanze della (successiva) delibazione di ammissibilità al controllo giudiziario, finalizzato proprio ad un'amministrazione dell'impresa immune da (probabili) infiltrazioni criminali, appare dunque operazione doppiamente viziata: perché inevitabilmente diversi sono gli elementi (anche fattuali) considerati – anche sul piano diacronico – nelle due diverse sedi, ma soprattutto perché diversa è la prospettiva d'indagine, id est l'individuazione dei parametri di accertamento e di valutazione dei legami con la criminalità organizzata.

La Sezione ha affrontato anche la questione relativa alla illegittimità costituzionale dell'attuale disciplina delle relazioni fra prevenzione amministrativa e prevenzione penale antimafia ("artt. 83 ss., d.lgs. n. 159 del 2011 in relazione all'art. 34 *bis* Codice antimafia per violazione degli artt. 2, 3, 24 e 41 Cost.").

La questione concerne la soglia di ammissione al controllo giudiziario, e la pretesa di parità di trattamento che si creerebbe fra un'impresa – quale l'appellante – giudicata a rischio d'infiltrazione dalla Prefettura ma non abbastanza dal giudice della prevenzione penale (al punto da non essere ammessa al controllo giudiziario), e l'impresa che invece, superando tale soglia, e dunque presentando un maggior rischio d'infiltrazione ("non occasionale"), paradossalmente si gioverebbe di un regime più favorevole, consistente nella prosecuzione (sia pure controllata) dell'attività d'impresa.

In questi termini la questione, in disparte la verosimile erroneità del suo presupposto interpretativo (per le ragioni, indicate al punto precedente, relative al diverso oggetto della valutazione del giudice della prevenzione penale rispetto a quello considerato dall'autorità amministrativa), difetta comunque del requisito della rilevanza, posto che, riguardando le condizioni di accesso al controllo giudiziario, andrebbe sollevata in quella sede giurisdizionale: tanto che la questione stessa è argomentata dall'appellante con riferimento alle pronunce (e al dedotto contrasto tra le stesse) della Prima Sezione penale della Corte di Cassazione e delle Sezioni unite penali.

- *Conseguenze dell'adozione dell'interdittiva antimafia.*

Ha ricordato la sez. III, con sentenza 23 febbraio 2021, n. 1579, che l'avvenuta interdizione determina un'incapacità giuridica *ex lege* ad essere titolare di rapporti giuridici con la Pubblica amministrazione. Il legislatore, infatti, vieta alle amministrazioni di stipulare, approvare o autorizzare contratti o subcontratti, autorizzare, rilasciare o, comunque, consentire concessioni ed erogazioni di denaro a favore di operatori economici, nei confronti dei quali sussista una causa di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 o un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'art. 84, comma 4, ed all'art. 91, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011 (art. 94, d.lgs. n. 159 del 2011). Secondo la giurisprudenza consolidata, l'incapacità in parola ha natura parziale in quanto limitata ai rapporti giuridici con la pubblica amministrazione e temporanea in quanto può cessare o per effetto dell'annullamento (amministrativo o giudiziario del provvedimento de quo) o per effetto di un successivo provvedimento del Prefetto, che attesta il venir meno delle condizioni ostative precedentemente riscontrate, nel senso di precludere all'imprenditore (persona fisica o giuridica) la titolarità della posizione soggettiva, che lo renderebbe idoneo a ricevere somme dovutegli dalla pubblica amministrazione, anche a titolo risarcitorio in relazione ad una vicenda sorta dall'affidamento (o dal mancato affidamento) di un appalto (Cons. Stato, Ad. plen., n. 3 del 2018).

- *Effetti del decorso del termine annuale di efficacia interdittiva del provvedimento antimafia.*

Con sentenza 13 dicembre 2021, n. 8309 la sez. III ha affermato che il decorso del termine annuale di efficacia interdittiva del provvedimento antimafia *ex art.* 86, comma

2, d.lgs. n. 159 del 2011 non va attribuito l'effetto di determinare automaticamente la perdita di efficacia del provvedimento interdittivo, ma quella di legittimare il soggetto interdetto a presentare un'istanza volta a sollecitare il riesame del provvedimento medesimo, alla luce delle circostanze sopravvenute alla sua adozione e tali da giustificare la rivalutazione da parte della Prefettura dei relativi presupposti, ovvero consentire *recta via* alla Prefettura di procedere alla attualizzazione della prognosi infiltrativa, laddove sia venuta a conoscenza di circostanze suscettibili di estinguere o attenuare il pericolo di condizionamento mafioso.

Ha affermato la Sezione che il decorso del termine annuale *ex art. 86, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011* non produce *ex se* la perdita di efficacia del provvedimento interdittivo, il quale, una volta spirato il termine suindicato, dovrebbe considerarsi *tamquam non esset*, ma produce l'effetto (strumentale e procedimentale) di imporre all'Autorità prefettizia il riesame della vicenda complessiva, ergo dei sintomi di condizionamento dai quali era stato distillato il pericolo infiltrativo, ai fini dell'aggiornamento della originaria prognosi interdittiva.

Tale conclusione interpretativa, del resto, è l'unica coerente con l'esigenza di non prefissare rigidamente la durata della vita del provvedimento interdittivo, ma di commisurarla alla reale natura ed intensità dell'esigenza preventiva cui lo stesso è preordinato, consentendo al soggetto interessato (titolare quantomeno di un potere di impulso) ed all'Amministrazione di apprezzare, in relazione alla concreta situazione ostativa ed alla potenzialità evolutiva che la stessa presenta, la sussistenza dei presupposti per procedere alla revisione, in chiave liberatoria, del provvedimento originario.

Ragionando diversamente, ovvero attribuendo al decorso del predetto termine annuale l'effetto automatico di "azzerare" gli effetti interdittivi dell'informativa, si imporrebbe alla Prefettura – cui sarebbe precluso determinare, con la sua inerzia, lacune temporali nella frontiera che l'interdittiva erige all'accesso dell'impresa contaminata o contaminabile ai rapporti con la P.A. – di procedere costantemente (o, almeno, al decorso del termine annuale) alla verifica della persistenza dei presupposti per la protrazione del regime inibitorio, anche quando nessun elemento nuovo (tale, cioè, da giustificare la sua revisione) si sia verificato (o sia stato addotto dal soggetto interessato), con la conseguente ineluttabilità della sua conferma.

Discende dai rilievi che precedono che al decorso del suddetto termine annuale non può essere attribuito l'effetto di determinare automaticamente la perdita di efficacia del provvedimento interdittivo, ma quella di legittimare il soggetto interdetto a presentare un'istanza volta a sollecitare il riesame del provvedimento medesimo, alla luce delle circostanze sopravvenute alla sua adozione e tali da giustificare la rivalutazione da parte della Prefettura dei relativi presupposti, ovvero consentire *recta via* alla Prefettura di procedere alla attualizzazione della prognosi infiltrativa, laddove sia venuta a conoscenza di circostanze suscettibili di estinguere o attenuare il pericolo di condizionamento mafioso. Tale interpretazione è sintonica con il dettato normativo richiamato, in quanto la "validità" a termine dell'informativa antimafia che esso prevede può essere correttamente

riferita alla prognosi interdittiva (che dell'informativa costituisce il fondamento legittimante), la cui intangibilità resta circoscritta al suindicato orizzonte temporale, con la conseguente esigenza del suo aggiornamento laddove si siano verificate circostanze meritevoli di considerazione ai fini della verifica della sua persistente attualità, ferma restando l'efficacia, nelle more e fino alla sua formale revoca, del provvedimento interdittivo e del connesso regime inibitorio (all'intrattenimento da parte dell'impresa interdetta di rapporti con la Pubblica amministrazione o comunque allo svolgimento di attività in settori cui sia estesa la vigenza della normazione antimafia).

- *Controllo giudiziario.*

Con sentenza 3 marzo 2021, n. 1791 la sez. III ha chiarito che la misura del sostegno e monitoraggio, individuata al comma 8 dell'art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, è agganciata alla durata del contratto cui si correla, siccome funzionale alla sua corretta gestione ed esecuzione, essendo la ratio sottesa di stabilire, nella pendenza del legame contrattuale con l'Amministrazione, le condizioni di piena legalità entro cui può e deve svilupparsi tale rapporto.

L'art. 32, d.l. n. 90 del 2014 rispetto alle misure ispirate da finalità di anticorruzione, prevede tre tipologie di misure applicabili: la prima, di cui al comma 1, lett. a), consistente nella rinnovazione degli organi sociali, mira alla immediata sostituzione del soggetto coinvolto dalle indagini, la seconda di cui al comma 1, lett. b), consistente nella gestione straordinaria e temporanea dell'impresa, implica una gestione sostitutiva ed è finalizzata alla completa esecuzione della prestazione oggetto del rapporto contratto in relazione al quale sono emerse le fattispecie di reato o gli altri comportamenti illeciti; la terza, definita sostegno e monitoraggio, individuata al comma 8, di minore impatto persegue una finalità indubbiamente meno invasiva atteso che si risolve nella nomina di uno o più esperti i quali "... forniscono all'impresa prescrizioni operative, elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza, riferite agli ambiti organizzativi, al sistema di controllo interno e agli organi amministrativi di controllo".

La misura del tutoraggio presuppone che le indagini penali pendenti coinvolgano "componenti di organi societari diversi", intesi come componenti di organi societari non necessari (Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2020, n. 4406) ai quali, dunque, non è demandata la responsabilità dell'amministrazione dell'azienda e che, dunque, riflettono un minore livello di infiltrazione criminale nei meccanismi vitali dell'impresa.

L'efficacia delle suddette misure è agganciata alla durata del contratto cui si correla la singola misura siccome funzionali alla sua corretta gestione ed esecuzione.

A tale approdo si giunge non solo in base al tenore letterale dell'art. 32 ma anche valorizzando, sulla scorta della giurisprudenza di questa Sezione formatasi in relazione alla misura del commissariamento (Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2017, n. 5568; id. 28 aprile 2016, n. 1630; id. 24 luglio 2015, n. 3653), la *ratio* sottesa al reticolo delle disposizioni argomento e che, a fronte di un'ipotesi di illecito penale che coinvolga un contratto pubblico, mira a coniugare le esigenze, da un lato, di evitare che si determinino soluzioni di continuità o difficoltà nella gestione del contratto che possano condurre a fattispecie

di inadempimento contrattuale a danno dell'interesse pubblico e, dall'altro lato, di garantire che il contratto stesso sia gestito ed eseguito in modo conforme ai principi di legalità, trasparenza ed efficienza.

D'altro canto, le stesse Linee guida Anac, fin dalla loro prima versione del 15 luglio 2014, aggiornata in data 8 luglio 2020), indicano la ratio dell'intervento legislativo giustappunto nell'esigenza di fare in modo che, in presenza delle situazioni patologiche descritte dalla norma, "l'esecuzione del contratto pubblico non venga oltremodo a soffrire di tale situazione", dal momento che "la prioritaria istanza a cui ha corrisposto il legislatore sembra essere quella di porre rimedio all'affievolimento dell'efficacia dei presidi legalitari da cui appaiono afflitte le procedure contrattuali, senza che ne risentano i tempi di esecuzione della commessa pubblica, finendo col coniugare, dunque, entrambe le descritte esigenze". Nella detta prospettiva, il legislatore ha, dunque, introdotto misure di chiaro stampo cautelare che spaziano da interventi che incidono, più o meno direttamente, sulla *governance* (sostegno e monitoraggio ovvero rinnovo degli organi sociali) a misure *ad contractum* (commisariamento) che si risolvono nella gestione controllata del contratto.

Nel caso del tutoraggio è pur vero che il beneficio della misura non ha un'immediata ricaduta sul contratto siccome volto a promuovere un percorso di revisione virtuosa dell'impresa attraverso l'introduzione di un presidio di esperti che, senza incidere sulla composizione ed i poteri degli organi di amministrazione, sono chiamati a riorientarne in senso lato la *governance* onde ricondurre la gestione complessiva dell'Azienda su binari di legalità e trasparenza con trasversale ricaduta sull'intero assetto organizzativo e gestionale dell'impresa.

Pur tuttavia, tanto i presupposti giustificativi della misura, che le modalità di attuazione non possono che essere permeati dalla finalità di fondo, che è quella di assicurare, nella cornice temporale in cui è attivo un legame contrattuale con l'Amministrazione, le condizioni di piena legalità entro cui può e deve svilupparsi tale rapporto. È, dunque, proprio il perdurante legame che lega l'impresa all'Amministrazione che fonda e giustifica un intervento autoritativo finalizzato a ripristinare una cornice di necessaria legalità entro cui ineludibilmente dovrà svilupparsi tale rapporto.

Con sentenza 11 gennaio 2021, n. 319 la sez. III ha affermato che il provvedimento favorevole, emanato all'esito del periodo di controllo giudiziario, che afferma l'inesistenza, a quella data, di elementi che possano far desumere l'esistenza di un rischio infiltrativo attuale, non può desumersi l'illegittimità dell'informativa antimafia resa in precedenza.

Ha chiarito la Sezione che la valutazione del giudice della prevenzione penale circa l'assenza di elementi che lascino supporre una disponibilità attuale dell'impresa a condizionamenti illeciti attiene ad un profilo diverso ed ulteriore (l'accertamento della c.d. "messa a disposizione") rispetto alla ricognizione probabilistica del rischio di infiltrazione, che costituisce invece presupposto del provvedimento prefettizio; ma soprattutto si colloca in un momento a questo successivo.

Non è peraltro casuale che nella sistematica normativa il controllo giudiziario presuppone l'adozione dell'informativa: rispetto alla quale rappresenta un *post factum*.

Pretendere di sindacare la legittimità del provvedimento prefettizio alla luce delle risultanze del (successivo) controllo giudiziario, finalizzato proprio ad un'amministrazione dell'impresa immune da (probabili) infiltrazioni criminali, appare dunque operazione doppiamente viziata: perché inevitabilmente diversi sono gli elementi fattuali considerati – anche sul piano diacronico – nelle due diverse sedi, ma soprattutto perché diversa è la prospettiva d'indagine, *id est* l'individuazione dei parametri di accertamento e di valutazione dei legami con la criminalità organizzata.

La valutazione finale del giudice della prevenzione penale si riferisce dunque alla funzione tipica di tale istituto, che è un controllo successivo all'adozione dell'interdittiva, ed ha riguardo alle sopravvenienze rispetto a tale provvedimento.

- *Revisione prezzi in caso di recesso dal contratto di appalto a seguito di interdittiva antimafia.*

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 6 agosto 2021, n. 14 (pronunciando su una questione rimessa dal C.g.a. con ordinanza 22 gennaio 2021, n. 48), ha affermato che negli appalti pubblici di servizi aggiudicati a seguito di una procedura di evidenza pubblica, aventi ad oggetto prestazioni periodiche o continuative connotate da standardizzazione, omogeneità e ripetitività, il “valore delle prestazioni già eseguite”, da pagarsi all'esecutore nei limiti delle utilità conseguite dalla stazione appaltante, in caso di interdittiva antimafia, ai sensi e per gli effetti degli artt. 92, comma 3, e 94, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, corrisponde al prezzo contrattuale pattuito dalle parti, salva la possibilità di prova contraria da parte della stazione appaltante che esercita il recesso; nella determinazione del valore-prezzo degli appalti di servizi da pagarsi per le prestazioni già eseguite, ai sensi e per gli effetti degli artt. 92, comma 3, e 94, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, deve intendersi compresa anche la somma risultante dall'applicazione del procedimento obbligatorio di revisione dei prezzi di cui all'art. 115, d.lgs. n. 163 del 2006.

Preliminarmente l'Adunanza plenaria ha richiamato i principi espressi, anche in ordine alla natura dell'interdittiva antimafia, dalla stessa Adunanza plenaria 6 aprile 2018, n. 3 e 26 ottobre 2020, n. 23.

Ha premesso l'Adunanza plenaria che negli appalti di servizi, quale è quello per cui è processo, in cui l'aggiudicazione e quindi la determinazione del prezzo contrattuale seguono a una procedura di evidenza pubblica, il valore dei servizi già eseguiti, pagabile nel limite delle utilità conseguite, può essere ritenuto coincidente con il prezzo contrattuale pattuito dalle parti.

Il prezzo contrattuale, stabilito a seguito di una procedura di gara ad evidenza pubblica, deve infatti ritenersi coincidente con il miglior prezzo di mercato conseguibile e quindi con il valore di mercato della prestazione. Finalità della gara è proprio quella di individuare il contraente che offra un prezzo che meglio corrisponda al valore di mercato della prestazione che la pubblica amministrazione intende acquisire per soddisfare i bisogni che la hanno indotta ad esperire il procedimento ad evidenza pubblica.

Nei contratti di prestazione periodica o continuativa di servizi, quindi, il prezzo tende a coincidere con il valore della prestazione, e sarebbe connotata da profili patologici una situazione in cui la pubblica amministrazione si trovasse a pagare un prezzo che sotto il profilo economico si allontanasse oltre misura dal valore dell'utilità che la stessa abbia, di fatto, a conseguire.

Ha aggiunto l'Alto consesso, con riferimento all'"utilità conseguite", che la peculiarità dell'appalto di servizi, connotato da prestazioni tipologicamente prefissate, standardizzate e "ripetitive" nel corso della durata contrattuale, con pagamenti periodici delle stesse, implica che le prestazioni eseguite siano scorporabili e omogenee nella loro utilità, ed è perciò ben difficile che le prestazioni eseguite prima del recesso e non ancora pagate abbiano una "utilità" diversa dalle prestazioni periodiche già pagate, salvo diversa dimostrazione, da parte della stazione appaltante, di aver conseguito dalle prestazioni ripetitive già eseguite e non ancora pagate una utilità inferiore rispetto alle prestazioni periodiche già eseguite e pagate.

L'Adunanza plenaria ha poi ricostruito i caratteri della revisione prezzi, al fine di rispondere al quesito sottoposto e cioè se, nella determinazione del prezzo contrattuale relativo ad un appalto di servizi, da pagarsi o già pagato in relazione alle prestazioni già eseguite dall'esecutore attinto da informativa antimafia, ai sensi e per gli effetti degli artt. 92, comma 3, e 94, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, debba farsi riferimento solo al prezzo originariamente pattuito nel contratto, ovvero a tale prezzo come integrato dalla revisione dei prezzi nel frattempo maturata (anche essa prima della interdittiva antimafia).

Ha escluso che l'istituto della revisione dei prezzi abbia finalità risarcitorie; lo stesso viene concepito dal legislatore unicamente al fine di garantire l'equilibrio del sinallagma contrattuale originariamente pattuito, ed evitare che una parte possa avvantaggiarsi *sine titulo* (del valore) di un servizio da altri sostenuto nei costi.

In questa prospettiva, non può revocarsi in dubbio che il compenso revisionale costituisca un fattore integrativo del corrispettivo contrattuale, anzi, per meglio dire, che il corrispettivo sia costituito dal prezzo come integrato.

La revisione dei prezzi serve, difatti, precipuamente a ragguagliare con pienezza la remunerazione contrattuale dell'appaltatore al valore della prestazione resa dal medesimo all'Amministrazione. Sicché, una volta riconosciuto dall'amministrazione il ricorrere delle condizioni della revisione, le somme da corrispondere per i servizi resi non potranno che avere come base di riferimento il prezzo come revisionato.

Proprio in considerazione della delineata ratio della revisione dei prezzi, è conseguenziale che essa svolga una funzione "integrativa" del prezzo contrattuale, nel senso che definisce l'esatto corrispettivo, rideterminando il prezzo dedotto nel contratto in retrospettiva, cioè con riferimento allo squilibrio che nel tempo si è venuto progressivamente a produrre rispetto alla prestazione oggetto del contratto.

Il carattere obbligatorio della revisione dei prezzi negli appalti di servizi, ai sensi dell'art. 115, d.lgs. n. 163 del 2006 (applicabile *ratione temporis*), corrobora tale conclusione. La revisione, infatti, opera anche se non espressamente pattuita dalle parti, in virtù di un

procedimento amministrativo da attivare obbligatoriamente al verificarsi dei presupposti di legge. Ne deriva che la somma determinata a seguito della revisione dei prezzi altro non è che una parte del prezzo, e, quale parte del tutto, ne ha la stessa natura e conseguentemente deve averne la stessa disciplina giuridica. Pertanto, tutte le norme giuridiche che si riferiscono al “prezzo” contrattuale dovuto devono perciò ritenersi riferite al prezzo legalmente integrato con la somma dovuta a titolo di revisione.

Se si ritenesse che in caso di interdittiva antimafia il prezzo da pagare per le prestazioni eseguite sia solo quello originario senza la integrazione derivante dalla revisione, si affermerebbe che all'esecutore vada pagato un prezzo inferiore alle utilità conseguite dall'amministrazione, il che sarebbe contrario alla lettera e alla *ratio legis*. La soluzione negativa, quindi, renderebbe concreto quel pericolo paventato dalla sentenza n. 23 del 2020 dell'Adunanza plenaria e cioè il fatto che la Pubblica amministrazione ne trarrebbe un “ingiustificato arricchimento”.

La Pubblica amministrazione così operando si approprierebbe ingiustificatamente della quantità di “valore” quale risultante dalla differenza tra quanto previsto originariamente nel contratto e il (maggior) costo del lavoro determinato tenendo conto della revisione: tale differenza costituirebbe quell'ingiustificato arricchimento che le norme richiamate e la stessa sentenza n. 23 del 2020 dell'Adunanza plenaria tendono a evitare.

- *Iscrizione nella white list.*

Con sentenza 26 maggio 2021, n. 4061 la sez. III ha affermato che il privato, che ha chiesto alla Prefettura l'iscrizione in *white list*, può attivarsi in caso di inerzia dell'Amministrazione con l'azione *ex art. 117 c.p.a.* avverso il silenzio e serbato, non avendo il termine per concludere il procedimento natura perentoria.

La Sezione ha ricordato che, ai sensi dell'art. 1, comma 52, l. n. 190 del 2012, per le attività imprenditoriali (di cui al comma 53) che il legislatore indica come “maggiormente a rischio di infiltrazione mafiosa”, la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria da acquisire indipendentemente dalle soglie stabilite dal codice di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è obbligatoriamente acquisita dalle stazioni appaltanti attraverso la consultazione, anche in via telematica, dell'apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori istituito presso ogni Prefettura e che all'iscrizione nell'elenco si applica l'art. 92, commi 2 e 3, del codice antimafia, di cui al d.lgs. n. 159 del 2011.

La Prefettura è tenuta ad effettuare verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa e, in caso di esito negativo, dispone la cancellazione dell'impresa dall'elenco.

L'iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (c.d. *white list*) è disciplinata dagli stessi principi che regolano l'interdittiva antimafia, in quanto si tratta di misure volte alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica amministrazione.

La Sezione ha altresì ricordato che le disposizioni relative all'iscrizione nella c.d. *white list* formano un corpo normativo unico con quelle dettate dal codice antimafia.

Anche in relazione al diniego di iscrizione nella *white list* - iscrizione che presuppone la stessa accertata impermeabilità alla criminalità organizzata - il Prefetto ha l'obbligo di pronunciarsi in via espressa sulla domanda di iscrizione presentatagli dall'impresa interessata, valutando discrezionalmente la sussistenza o meno del tentativo di infiltrazione mafiosa.

Quanto all'inutile decorso del termine previsto per evadere l'istanza del privato di iscrizione in *white list*, la Sezione ha chiarito che la violazione del termine, non qualificato da alcuna norma come perentorio, non comporta la consumazione del potere in capo all'Autorità procedente e la conseguente illegittimità del provvedimento adottato tardivamente.

Né potrebbe assimilarsi il termine per la conclusione del procedimento in questione con il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio, non avendo la misura interdittiva, né il diniego di iscrizione in *white list*, natura giuridica di "sanzione" in senso tecnico e neppure "di fatto", trattandosi piuttosto dell'esito di un accertamento del possesso da parte dell'imprenditore che aspira a contrattare con la Pubblica amministrazione del fondamentale requisito di impermeabilità al pericolo di ingerenze mafiose.

Non è pertinente, pertanto, il richiamo alle garanzie previste nel procedimento amministrativo di natura sanzionatoria, in particolare circa la durata del procedimento.

Vale la pena ricordare che in questa materia la Corte Ue (9 novembre 2017, in C-298/16, § 35), riconoscendo la specialità del procedimento finalizzato all'adozione delle informative antimafia, del tutto diverso da quello sanzionatorio, ha ritenuto, perfino, che l'assenza di una necessaria interlocuzione procedimentale non costituisce un *vulnus* al principio di buona amministrazione, perché il diritto al contraddittorio procedimentale e al rispetto dei diritti della difesa può soggiacere a restrizioni che "rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi".

La Sezione ha quindi affermato manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3, 24, 27, 41, 42 e 97 Cost., la questione di legittimità costituzionale degli artt. 89 *bis*, 91 e 94 d.lgs. n. 159 del 2011, sollevata sul rilievo che l'interdittiva prefettizia sarebbe più afflittiva delle misure di prevenzione applicate dall'autorità giudiziaria ed avrebbe una maggiore pervasività, toccando anche quei valori della persona che riguardano onore, dignità e la stessa agibilità sociale, peraltro con forti limitazioni del sindacato giurisdizionale; la questione, infatti, si fonda su un non corretto parallelismo tra le misure di prevenzione patrimoniali, da un lato, e l'informativa antimafia e il diniego di iscrizione in *white list*, dall'altro.

Ha affermato la Sezione che l'informativa, pur realizzando una misura di prevenzione in senso lato, in quanto soglia anticipata di tutela dell'ordinamento rispetto alle ingerenze della malavita organizzata nella gestione delle imprese che contrattano con lo Stato e gli enti pubblici, al fine evidente di non consentire alcuna forma di "sostegno" da parte

dello Stato neppure indiretto agli affari illeciti dei clan mafiosi, tuttavia è misura finalizzata a produrre effetti nel limitato settore della capacità di agire dell'appaltatore quale soggetto contraente nei contratti pubblici (e/o nelle concessioni).

Né è appropriato l'uso dell'espressione secondo cui l'informativa antimafia "comporta la morte dell'impresa", essendo la limitazione circoscritta ai soli rapporti economici con la P.A., nulla impedendo all'imprenditore di continuare la propria attività nei rapporti con privati.

Al contrario, la misura di prevenzione colpisce il soggetto destinatario (e tra questi anche gli "indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso", a partire dalla l. n. 575 del 1965), raggiunto dal giudizio di pericolosità sociale, con l'imposizione di una serie di obblighi, di fare e di non fare, in varie forme restrittive della sua personalità, di carattere ben più esteso e penetrante, limitandone pesantemente la disponibilità di beni di proprietà o la libertà personale, di iniziativa economica, di circolazione e residenza, etc., e per tali ragioni sia la Corte Edu che la Corte costituzionale hanno mostrato particolare attenzione ai requisiti di qualità della "base legale" della restrizione e alla tutela dei diritti fondamentali dei destinatari, che non possono essere esposti ad uno "spazio di incontrollabile discrezionalità" e che devono essere individuati come soggetti pericolosi sulla base di "elementi di fatto", non in modo generico, giustificandosi, tra l'altro, proprio in ragione di tale pervasività, l'opera di progressiva giurisdizionalizzazione di tali misure.

Scopo essenziale delle misure di prevenzione personali è il controllo, per il futuro, della pericolosità sociale del soggetto interessato (anche se non la punizione per ciò che questi ha compiuto nel passato - cfr. Corte Edu, sentenza 23 febbraio 2017, de Tommaso contro Italia, paragrafo 143); ratio delle misure di prevenzione di carattere patrimoniale - confisca e sequestro - (che la Corte cost. definisce "strumento di contrasto alla criminalità lucrogenetica") è quello di "sottrarre alla criminalità organizzata beni e denaro di origine illecita (dimostrata attraverso un classico schema presuntivo), evitando al tempo stesso di subordinare l'ablazione patrimoniale alla necessità di dimostrare, nell'ambito di un processo penale, la precisa derivazione di ogni singolo bene o somma di denaro da un particolare delitto", sulla base della ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita.

Così chiarita la ratio delle misure oggetto della pronuncia di incostituzionalità di cui alla sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019 e ribadita la differenza rispetto alla *ratio* dell'informativa antimafia, che è quella di fornire al Prefetto la possibilità di sconsigliare alla Pubblica amministrazione l'instaurazione di un rapporto con la società sulla base di un prudente apprezzamento, con ogni intuibile conseguenza sul piano della diversa incisività degli effetti nella sfera dei diritti fondamentali, è palese la non sostenibilità della violazione di principi costituzionali.

- *Contenzioso.*

Con ordinanza 19 luglio 2021, n. 726 il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha rimesso all'Adunanza plenaria le questioni se, in materia di impu-

gnazione di interdittive antimafia, vada o meno riconosciuta, in capo ad *ex* amministratori e soci della società attinta, autonoma legittimazione a ricorrere, avuto riguardo alla situazione giuridica dedotta in giudizio, e se gli stessi vadano ritenuti soggetti che patiscano “effetti diretti” dall’adozione di provvedimenti di siffatta natura; in caso di soluzione positiva al primo quesito, se l’effetto devolutivo proprio dell’appello si estenda anche al caso in cui il ricorso in primo grado non sia stato riunito a ricorsi aventi ad oggetto l’impugnazione del medesimo provvedimento da parte degli stessi ovvero da diversi ricorrenti.

Ha chiarito la Sezione che la specifica questione dei soggetti legittimati ad impugnare le informative prefettizie non si registra unanimità nella giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Secondo un orientamento (Tar Palermo, sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6205; id. 16 maggio 2018, n. 2895; 11 maggio 2018, n. 2829) il ricorso proposto da soggetti diversi dall’impresa destinataria dell’interdittiva è inammissibile per carenza di legittimazione attiva, in quanto il decreto prefettizio può essere impugnato solo dal soggetto che ne patisce gli effetti diretti sulla sua posizione giuridica di interesse legittimo.

Nel senso invece della legittimazione dell’amministratore della società attinta da informativa a impugnare in proprio, per proprio interesse morale, si è espressa sempre la sez. III del Tar Palermo con decisione 4 luglio 2017, n. 1559, relativa a ricorso proposto da *ex* amministratori della società, o loro parenti, menzionati nell’interdittiva quali soggetti partecipi degli elementi indiziari da cui viene desunto il pericolo di condizionamento di stampo mafioso, ritenendosi la sussistenza della legittimazione al ricorso, in ragione della lesione concreta ed attuale della situazione professionale e patrimoniale dei soggetti che abbiano dovuto rinunciare all’incarico di amministratori della società, nonché sotto il profilo della potenziale lesione dell’onore e reputazione personale dei soggetti sui quali nel provvedimento venga ipotizzato un condizionamento mafioso.

Una certa apertura pare evincersi anche dalla decisione del Consiglio di Stato, sez. III, 7 aprile 2021, n. 2793, sebbene nella diversa fattispecie di scioglimento dell’Organo consiliare ai sensi dell’art. 143, d.lgs. n. 267 del 2000, ove si ritiene “che l’ammissibilità del ricorso vada riconosciuta alla stregua del più recente e favorevole indirizzo propenso a conferire rilevanza all’interesse, quanto meno morale, a che gli amministratori del disciolto Consiglio, a tutela della loro stessa immagine e reputazione, facciano dichiarare l’erroneità delle affermazioni contenute nel provvedimento impugnato e, quindi, l’inesistenza di forme di pressione e di vicinanza della compagine governativa alla malavita organizzata (Cons. Stato, sez. III, n. 4074 del 2020 e n. 5548 del 2020).

Né varrebbe obiettare che la lesione dell’immagine del singolo *ex* amministratore discende semmai (e a tutto voler concedere) essenzialmente dai “fatti” posti a fondamento della misura dissolutiva, l’accertamento della cui veridicità è oggetto di verifica solo incidentale da parte del giudice amministrativo.

La tesi non persuade in quanto non si può negare che quei fatti assurgono a significanza proprio per il tramite del giudizio valutativo altamente discrezionale che ne rende l’am-

ministrazione, sicché, se la portata del loro disvalore è compendiata ed enucleata essenzialmente nell'atto ex art. 143, è certamente apprezzabile l'interesse demolitorio volto a contrastare l'interpretazione che in detto atto risulta trasposta e cristallizzata.

La questione che il C.g.a. ha sottoposto all'Adunanza Plenaria è quindi relativa alla possibilità, o meno, di riconoscere, in capo ad *ex* amministratori e soci di una società attinta da interdittiva antimafia, autonoma legittimazione a ricorrere, avuto riguardo alla situazione giuridica dedotta in giudizio, che si pretende direttamente ed immediatamente pregiudicata dall'interdittiva (a causa della sostituzione degli organi di gestione, con perdita, da parte degli *ex* amministratori, delle cariche ricoperte, e quindi pregiudizio professionale; impossibilità di effettuare scelte imprenditoriali strategiche e quindi compromissione degli investimenti economici profusi nell'azienda, quanto ai soci; con lesione della dignità e reputazione, quanto ai soggetti le cui vicende personali e familiari costituiscono diretto oggetto di motivazione). La questione postula anche la risoluzione del problema della individuazione dei soggetti che patiscano "effetti diretti" dall'adozione di provvedimenti di siffatta natura.

La soluzione cui tende il C.g.a. è quella seguita dal secondo orientamento giurisprudenziale, per le ragioni che si passano ad esporre, fondate sia sul quadro normativo, sia sulla specifica e peculiare situazione fattuale, avuto riguardo al contenuto concreto della informativa antimafia.

Dall'analisi degli artt. 84 e 91, d.lgs. n. 159 del 2011, emerge che l'emanazione dei provvedimenti interdittivi costituisce frutto di un procedimento amministrativo connotato da una natura tendenzialmente cautelare e con finalità preventiva dell'infiltrazione mafiosa, al quale, secondo la giurisprudenza, non possono essere estese le garanzie del contraddittorio di cui alla l. n. 241 del 1990, e ciò nonostante la decisione prefettizia si basi generalmente su accertamenti di fatto complessi, in qualche caso addirittura di tipo indiziario, nell'ambito dei quali ben possono manifestarsi significativi margini di errore. Al riguardo, il Tar Bari, con ordinanza della sez. III, 20 gennaio 2020, n. 28 di remissione alla Corte di Giustizia della questione della compatibilità degli artt. 91, 92 e 93 del Codice antimafia con il diritto eurounitario, aveva osservato che il provvedimento di cui si discute non costituisce una misura provvisoria e strumentale, adottata in vista di un provvedimento che definisca, con caratteristiche di stabilità e inoppugnabilità, il rapporto giuridico controverso, bensì atto conclusivo del procedimento amministrativo avente effetti definitivi, conclusivi e dissolutivi del rapporto giuridico tra l'impresa e la Pubblica amministrazione, con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili, evidenziando il possibile contrasto tra l'esclusione del contraddittorio endoprocedimentale e le fonti eurounitarie, con riferimento specifico al diritto a una buona amministrazione sancito dall'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (che comprende " il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio") riconosciuta avente "lo stesso valore giuridico dei trattati" *ex* art. 6, par. 1, del Trattato dell'Unione europea.

La Corte di Giustizia, come noto, con ordinanza della sez. IX, 28 maggio 2020, C-17/20, MC, ha dichiarato irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale ritenendo che l'ordinanza del giudice nazionale non avesse fornito dati idonei a dimostrare l'esistenza di un criterio di collegamento della disciplina nazionale con il diritto UE ovvero a dimostrare che detta disciplina costituisca attuazione di quest'ultimo, precisando che: l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si rivolge non agli Stati membri bensì unicamente alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione europea; se è vero che il principio del rispetto dei diritti della difesa costituisce un principio generale del diritto dell'Unione europea che trova applicazione quando l'amministrazione intende adottare nei confronti di una persona un atto che le arrechi pregiudizio – sicché in forza di tale principio i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione – è altrettanto vero che “tale obbligo incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ogniqualevolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, quand'anche la normativa dell'Unione applicabile non preveda espressamente siffatta formalità”.

Sebbene la decisione lasci il nodo irrisolto, specie se si consideri che i provvedimenti in questione appaiono “trasversali”, coinvolgendo la libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi previste dal Tfe e potendo impattare sulle disposizioni del diritto dell'Unione europea relative alle libertà fondamentali, occorre sottolineare che il principio ivi comunque espresso circa la rilevanza eurounitaria del contraddittorio riprende e rilancia i principi in precedenza espressi nella decisione del 9 novembre 2017, in C-298/16, secondo cui “..... il rispetto dei diritti della difesa costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che trova applicazione ogniqualevolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto che gli arreca pregiudizio. In forza di tale principio, i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione. Tale obbligo incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ogniqualevolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, quand'anche la normativa dell'Unione applicabile non preveda espressamente siffatta formalità (sentenza del 17 dicembre 2015, WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, punto 84 e giurisprudenza ivi citata)”.

Sotto ulteriore profilo, occorre considerare che, nonostante la giurisprudenza tradizionalmente affermi una netta demarcazione tra le aree di intervento della repressione penale e della prevenzione amministrativa, nell'ambito della quale si estrinsecano i provvedimenti in questione, è innegabile che gli elementi costitutivi dei presupposti applicativi dell'informazione antimafia siano correlati sovente ad una (libera) valutazione (o addirittura rivalutazione in senso ostativo) di fatti oggetto di procedimenti penali o indagini di polizia; ovvero, ad un giudizio prognostico-probabilistico applicato ad un in-

sieme di fatti ritenuti sintomatici, di apprezzabile significato indiziario, dai quali si perviene alla ragionevole conclusione di permeabilità mafiosa, secondo il criterio civilistico del "più probabile che non", con la conseguenza che non trovano nemmeno applicazione le regole della certezza al di là di ogni ragionevole dubbio necessaria per pervenire alla condanna penale, né la garanzia fondamentale della "presunzione di non colpevolezza" di cui all'art. 27, comma 2, Cost., alla quale è ispirato anche l'art. 6 Cedu.

Ciò, nonostante l'invasività degli effetti delle misure in questione, per pervenire alle quali si attinge normalmente a piene mani da atti di procedimenti penali, senza però che il procedimento in questione, formalmente amministrativo, contenga alcune delle garanzie riconosciute all'indagato e/o all'imputato.

La possibilità di ricorrere consentirebbe (a chi si trova definitivamente estromesso da ogni attività economica/professionale) di recuperare, quantomeno a provvedimento emesso, attraverso la tutela giudiziale, parte delle garanzie ordinariamente connesse a provvedimenti di natura gravemente afflittiva.

La questione è stata risolta dall'Adunanza plenaria con la sentenza 28 gennaio 2022, n. 3 affermando il principio secondo cui "gli amministratori ed i soci di una persona giuridica destinataria di interdittiva antimafia non sono titolari di legittimazione attiva all'impugnazione di tale provvedimento".

5.2. Ammonimento.

Con sentenza 21 dicembre 2021, n. 8468 la sez. III ha affermato che l'ammonimento è uno strumento preventivo funzionale alle esigenze di tutela primaria di una parte debole; si tratta di misura deputata a svolgere una funzione avanzata di prevenzione e di dissuasione dei comportamenti sanzionati dall'art. 612-*bis* cod. pen., fondata su una logica dimostrativa a base indiziaria e di tipo probabilistico che informa l'intero diritto amministrativo della prevenzione.

Ad avviso della Sezione nella fattispecie sottoposta al suo esame, anche in considerazione della consistenza e tipologia dei fatti segnalati, la finalità preventiva poteva essere perseguita, senza nulla cedere sul piano della sua efficacia, in forme e modalità compatibili con l'attuazione piena delle garanzie di partecipazione e di difesa della parte sospettata di essere autrice delle condotte moleste.

Le condotte persecutorie in una prima fase denunciate sarebbero consistite, essenzialmente, nell'invio (tramite *social network*) di flussi costanti di messaggi e nell'instaurazione da parte del destinatario dell'ammonimento di contatti diretti con terze persone alle quali sarebbero stati riferiti fatti ed episodi riguardanti la sfera privata della donna.

Nella seconda denuncia sono state denunciate ulteriori condotte moleste consistite, sempre nella versione della denunciante, in un appostamento in scooter e nella ricezione di "richieste di amicizia" inoltrate, sempre tramite piattaforme "social", da contatti "sospetti".

Su quest'ultima serie di episodi l'appellato ha avuto modo di fornire le proprie controdeduzioni solo in sede giudiziale.

La Sezione ha rimarcato altresì il difetto della fase partecipativa.

Difetta di coerenza un incedere procedimentale che consente l'interlocuzione con la parte sino ad un certo punto e solo su una quota dei dati istruttori, assumendo questo apporto come rilevante ed anzi decisivo nella lettura dell'assetto probatorio sino a quel momento determinatosi; e che, in un secondo momento e senza motivata ragione - pur nel contesto di un quadro istruttorio innovato da elementi inediti, ma di contenuto omogeneo ai precedenti e, quindi, al pari dei primi meritevoli di valutazione e riscontro - ritenga quel medesimo contributo trascurabile e non più reiterabile.

Non convince appieno neppure l'ulteriore assunto di principio per cui – stante l'unitarietà del procedimento – la parte, avendo beneficiato delle garanzie partecipative offerte dall'originaria comunicazione di avvio del procedimento e dalla possibilità di presentare in allora le proprie controdeduzioni, potendo di ciò dirsi definitivamente appagata, null'altro avrebbe potuto pretendere nel corso del successivo sviluppo procedimentale.

L'argomento fonda su una considerazione formalistica e schematica degli obblighi partecipativi, oramai superata da un indirizzo interpretativo di tipo “funzionalistico e pragmatico” che, nel giudicare del rispetto delle facoltà riconosciute alle parti e a queste garantite o negate nella singola vicenda procedimentale, si ispira ad un criterio di “concretezza” e, quindi, guarda alla dinamica e alla ricaduta “effettiva” (in termini di esplicazione o di limitazione reale del diritto al contraddittorio) che la modalità applicativa della norma ha offerto al soggetto privato nello specifico rapporto con la pubblica amministrazione.

Se, dunque, è il coefficiente di realizzazione “effettiva” delle garanzie partecipative il parametro chiave al quale rapportare, in questa materia, il giudizio di legittimità, non ci si può esimere dal considerare l'andamento concreto con il quale il contraddittorio è venuto a svolgersi nel singolo caso: ed in questa valutazione assume rilievo anche lo specifico profilo, qui rilevante, della corrispondenza dei dati ostesi alle parti, sottoposti al loro contributo e poi posti a base della decisione conclusiva.

5.3. Daspo.

La sez. III, con sentenza 28 maggio 2021, n. 4123 ha giudicato legittimo il provvedimento di Daspo inflitto per minacce all'arbitro durante un allenamento calcistico, potendo l'allenamento rientrare nella “manifestazione sportiva”. La Sezione ha segnalato la presenza, sul punto, di orientamenti diversi anche dei giudici penali. L'art. 6, l. 13 dicembre 1989, n. 401 prevede che il provvedimento Daspo possa essere adottato nei confronti “delle persone che risultano denunciate o condannate anche con sentenza non definitiva nel corso degli ultimi cinque anni per uno dei reati di cui all'art. 4, commi 1 e 2, l. 18 aprile 1975, n. 110, all'art. 5, l. 22 maggio 1975, n. 152, all'art. 2, comma 2, d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, l. 25 giugno 1993, n. 205, all'art. 6-*bis*, commi 1 e 2, e all'art. 6-*ter* della stessa legge, ovvero per aver preso parte attiva ad episodi di violenza su persone o cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive, o che nelle medesime circostanze abbiano incitato, inneggiato o indotto alla violenza, (...).

La disposizione indica con chiarezza che le condotte sanzionabili sono non soltanto quelle realizzate “in occasione” di una manifestazione sportiva, ma anche quelle poste in essere “a causa” della manifestazione sportiva stessa.

In tale quadro di riferimento non è dubitabile che gli episodi in contestazione verificatisi durante l'allenamento di una squadra di calcio partecipante alle competizioni previste dalle federazioni sportive (come definite dall'art. 2 *bis*, comma 1, d.l. 20 agosto 2001 n. 336, convertito nella l. 19 ottobre 2001, n. 377) sono strettamente collegati con le “manifestazioni sportive”, secondo un rapporto di diretta causalità.

6. Circolazione stradale.

La sez. III, con sentenza 14 aprile 2021, n. 3084 ha dichiarato illegittimo il diniego di nulla osta al rilascio della nuova patente di guida in ragione della sussistenza, a carico del richiedente, di sentenze per i reati di cui all'art. 74, d.P.R. n. 309 del 9 ottobre 1990, senza che siano intervenuti provvedimenti riabilitativi, atteso che il mero decorso del tempo comporta la rilasciabilità del titolo.

Ha chiarito la Sezione, richiamando precedenti del giudice di appello (sez. IV, 3 agosto 2015, n. 3791) che la revoca della patente, nei casi previsti dall'art. 120 del Codice della strada, non ha natura sanzionatoria né costituisce conseguenza accessoria della violazione di una disposizione in tema di circolazione stradale, ma rappresenta la constatazione dell'insussistenza (sopravvenuta) dei "requisiti morali" prescritti per il conseguimento di quel titolo di abilitazione.

Nel senso della possibilità di rilasciare una nuova patente di guida depongono una serie di elementi, quali: il comma 1 dell'art. 120 del Codice della strada ancora il divieto di conseguire la patente per la durata dei divieti, ma prevede la possibilità di conseguire “di nuovo” il titolo, salvo per “le persone a cui sia applicata per la seconda volta, con sentenza di condanna per il reato di cui al terzo periodo del comma 2 dell'art. 222”; il comma 2 ancora prevede che “La revoca non può essere disposta se sono trascorsi più di tre anni dalla data di applicazione delle misure di prevenzione, o di quella del passaggio in giudicato della sentenza di condanna per i reati indicati al primo periodo del medesimo comma 1”; il comma 3 dispone che “La persona destinataria del provvedimento di revoca di cui al comma 2 non può conseguire una nuova patente di guida prima che siano trascorsi almeno tre anni”.

Dal dato normativo sopra evidenziato, si ricava che il rinnovo della patente è possibile e previsto dalla disciplina, che la valutazione negativa del requisito morale è ‘a termine’ per così dire, poiché dopo tre anni, l'Amministrazione non potrebbe procedere alla revoca, nel caso in cui non sia disposta prima, che l'ostatività al nuovo titolo discende da una nuova condanna.

Ne discende che l'eventuale riabilitazione può avere semmai effetti ai fini della domanda di rilascio prima del decorso dei tre anni, ma non costituisce – in base alla lettera della norma – condizione ulteriore per il rilascio una volta decorso l'arco temporale previsto.

7. Straniero.

7.1. Permesso di soggiorno.

CON SENTENZA 22 APRILE 2021, N. 35 IL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA DELLA REGIONE SICILIANA HA AFFERMATO CHE IN SEDE DI RILASCIO DEL PERMESSO DI SOGGIORNO CE PER SOGGIORNANTI DI LUNGO PERIODO NON PUÒ ESSERE CONSIDERATO, AL FINE DI INTEGRARE IL PRESUPPOSTO DEL REDDITO, IL LAVORO IRREGOLARE.

Ha ricordato il C.g.a. che il permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo è disciplinato dalla direttiva 25 novembre 2003, n. 2003/109/CE che, ad avviso della Corte di giustizia (17 luglio 2014, in C-469/13), deve essere interpretata nel senso che non consente ad uno Stato membro di rilasciare un permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo a condizioni più favorevoli di quelle previste nella stessa direttiva. Ciò in quanto l'armonizzazione delle condizioni per il conferimento dello status di soggiornante di lungo periodo favorisce la reciproca fiducia fra gli Stati membri. In tale contesto, il considerando 17 della citata direttiva enuncia che i titoli di soggiorno permanenti o di validità illimitata rilasciati a condizioni più favorevoli rispetto a quelle previste da detta direttiva non danno accesso al diritto di soggiorno in altri Stati membri. Come risulta infatti da una lettura combinata degli artt. 2, lettera b), e 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/109, un permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo riconosciuto da uno Stato membro produce effetti anche sugli altri stati posto che conferisce, in linea di principio, al suo titolare il diritto di soggiornare per più di tre mesi nel territorio di Stati membri diversi da quello che gli ha concesso lo status di soggiornante di lungo periodo. Ne deriva che i requisiti di rilascio del permesso di soggiorno Ue di lungo periodo, di cui alla presente controversia, richiedono di essere valutati con un particolare rigore, comunque adeguato a garantire il rispetto della disciplina interna, interpretata alla luce della direttiva Ue.

L'art. 5 della direttiva stabilisce, per quanto di interesse nella presente controversia, che gli Stati membri richiedono ai cittadini di paesi terzi di comprovare che dispongono, per sé e per i familiari a carico, di risorse stabili e regolari, sufficienti al sostentamento loro e dei loro familiari, senza fare ricorso al sistema di assistenza sociale dello Stato membro interessato. “Gli Stati membri valutano dette risorse con riferimento alla loro natura e regolarità e possono tenere conto del livello minimo di retribuzioni e pensioni prima della presentazione della richiesta dello status di soggiornante di lungo periodo”.

L'art. 9, d.lgs. n. 286 del 1998, che dispone l'istanza di permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo, può essere presentata dallo straniero in possesso, da almeno cinque anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità, che dimostra la disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale.

Detto ciò, la giurisprudenza formatasi nella materia dei permessi di soggiorno per lavoro subordinato (quindi non direttamente sul permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo) ha in più occasioni ritenuto non spendibile il lavoro irregolare al fine di integrare il presupposto del reddito.

Per una prima impostazione, se l'onere di dimostrare i requisiti reddituali imposto dagli artt. 4 e 5, d.l.gs. n. 286 del 1998 al soggetto istante non è soddisfatto mediante la dimostrazione di concreti e leciti mezzi di sostentamento di cui il richiedente dispone in Italia, non è consentito alla Questura il rilascio o il rinnovo del permesso, considerata anche la ratio della normativa, cioè di permettere il soggiorno sul territorio nazionale solo agli stranieri dotati di mezzi di sostentamento idonei e sufficienti, per consentire loro una vita dignitosa ed evitare che si dedichino ad attività illecite o criminose.

In una diversa prospettiva la giurisprudenza ha in qualche caso (comunque non rappresentativo di un orientamento consolidato) valorizzato positivamente la circostanza della sussistenza di un rapporto di lavoro, atteso l'orientamento della Corte di cassazione circa la liceità del rapporto di lavoro in nero (Cass.civ., sez. lav., 5 novembre 2010, n. 22559).

Peraltro negli ultimi anni sono state peraltro introdotte (art. 5, d.l. 16 luglio 2012, n. 109 e art. 103, d.l. n. 34 del 2020) fattispecie di sanatoria del rapporto di lavoro irregolare a vantaggio di stranieri (che non hanno coinvolto il permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo), riguardanti ipotesi di lavoro subordinato (mentre nel caso di specie l'appellante ha prospettato una situazione nella quale fra le parti è intercorso un rapporto di lavoro riconducibile all'associazione in partecipazione).

La presenza di tali disposizioni rende oltremodo incerta la possibilità, riconosciuta solo in qualche caso dalla giurisprudenza citata, di valorizzare in modo generalizzato (quindi al di fuori dall'ambito applicativo di specifiche fattispecie normative) la sussistenza di lavoro irregolare, al fine del rilascio del permesso di soggiorno. "Il mancato versamento dei contributi di legge prova che, se anche il rapporto di lavoro non fosse inesistente, sarebbe un rapporto di lavoro "in nero" che come tale non costituisce un valido presupposto per l'ottenimento di un permesso di soggiorno ordinario. Tanto che si rende necessario, da parte del legislatore, intervenire con periodiche leggi di "sanatoria" che consentono la c.d. "emersione del lavoro irregolare" al fine della regolarizzazione e conseguente rilascio del permesso di soggiorno" (C.g.a. 25 settembre 2020, n. 810).

Da quanto sopra discende che la presenza di un lavoro irregolare (e quindi di un reddito occulto per lo Stato italiano) non è, se non in casi particolari, una condizione utilizzabile al fine di dimostrare la sussistenza del requisito reddituale di cui all'art. 5, d.P.R. n. 286 del 1998.

A diversa conclusione non può giungersi richiamando la giurisprudenza, formata sul permesso di soggiorno diverso da quello Ue per soggiornanti di lungo periodo, secondo cui nel procedimento di rinnovo del permesso di soggiorno l'extracomunitario può dimostrare con vari strumenti probatori, ove necessario, il possesso del requisito del reddito minimo proveniente da fonte lecita, anche se si tratta di redditi provenienti da rapporti di lavoro con evasione dei relativi contributi dovuti all'ente previdenziale" (Cons. Stato, sez. III, 25 luglio 2016, n. 3326), e ciò in quanto il permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo richiede una valutazione dei requisiti adeguata a garantire il rispetto delle condizioni stabilite a livello eurounitario, per quanto riguarda il caso di specie la sussistenza di "risorse stabili e regolari".

Con sentenza 19 maggio 2021, n. 3886 la sez. III ha chiarito che il provvedimento di espulsione dal territorio dello Stato dello straniero ritenuto vicino all'estremismo islamico ha finalità di prevenzione, costituendo lo straniero una minaccia per la sicurezza nazionale, con la conseguenza che non è necessario che sia comprovata la responsabilità penale e neppure che il reato sia stato già compiuto.

Si tratta di una disposizione che prevede procedure pienamente assimilabili alle misure di sicurezza che si adottano con finalità di prevenzione e che, avendo come finalità quella di prevenire il compimento di reati, non richiede che sia comprovata la responsabilità penale e neppure che il reato sia stato già compiuto. Infatti, il presupposto per l'espulsione è costituito solo dai fondati motivi per ritenere che la presenza dello straniero possa agevolare in vario modo organizzazioni o attività terroristiche e, comunque, mettere in pericolo, con azioni anche proselitistiche, la sicurezza dello Stato. Ed è dunque solo questo il parametro da adottare per valutare la legittimità del provvedimento e, cioè, se esso sia in grado di prevenire la concreta possibilità di comportamenti atti a mettere in pericolo l'ordinamento e i suoi cittadini.

Nella specie, il provvedimento del Prefetto enuncia elementi di fatto più che sufficienti a fornire fondati motivi per ritenere che la permanenza dello straniero nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali e quindi minacciare la sicurezza del Paese.

Come è stato ben messo in rilievo dalle Sezioni Unite, infatti, nel caso in cui il provvedimento di espulsione sia stato adottato per motivi di prevenzione del terrorismo o, più in generale, a causa della pericolosità dello straniero per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato, la posizione giuridica dell'interessato è di interesse legittimo e la giurisdizione nella relativa controversia spetta al giudice amministrativo (art. 3, comma 4, d.l. 27 luglio 2005, n. 144), "essendo rimessa all'amministrazione, non una mera discrezionalità tecnica e ricognitiva al cospetto di ipotesi già individuate e definite dal legislatore nel loro perimetro applicativo, ma una ponderazione valutativa degli interessi in gioco" (Cass. civ., sez. un., 27 luglio 2015, n. 15693). Ad avviso della Sezione nel caso di specie il Ministero dell'Interno ha correttamente svolto tale ponderazione comparativa, avuto riguardo a tutti i gravi elementi a carico dello straniero, che dimostrano una pericolosissima vicinanza al fondamentalismo islamico.

Ha aggiunto la Sezione che nella materia in esame, la tutela della vita privata e familiare, sancita anche dall'art. 8 della Cedu, non è incondizionata, posto che l'ingerenza dell'autorità pubblica nella vita privata e familiare è consentita, ai sensi dell'art. 2 della Cedu, se prevista dalla legge quale misura necessaria ai fini della sicurezza nazionale, del benessere economico del Paese, della difesa dell'ordine e della prevenzione dei reati, della protezione della salute e della morale e della protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Come ha ben rilevato la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sua giurisprudenza, la commissione di gravi reati, come quelli di natura terroristica, ben può legittimare l'espulsione dello straniero senza che ciò implichi una illegittima ingerenza nella vita familiare e al conseguente violazione dell'art. 8 Cedu (v., tra le tante, le sentenze 7 agosto 1996,

C. c. Belgio, ric. n. 21794/93; 24 aprile 1996, Boughanemi c. Francia, ric. n. 22070/93; 22 giugno 2004, Ndangoya c. Svezia, ric. n. 17868/03; 13 dicembre 2005, Pello-Sode c. Svezia, ric. n. 34391/05).

La Corte ha invero enunciato precisi criteri ai quali si deve ispirare il giudice nazionale (v. le sentenze, Boultif c. Suisse, ric. n. 54273/00, § 40, Ünner c. Pays-Bas, ric. n. 46410/99, §§57-58) per appurare “se una misura d’espulsione è necessaria in una società democratica e proporzionata rispetto al fine legittimo perseguito” e, alla luce di tali criteri e avuto riguardo agli elementi analizzati nel caso di specie e sin qui ricordati, ha ritenuto la Sezione recessivo l’interesse dello straniero alla vicinanza al figlio.

In una società democratica la tutela dell’ordine pubblico contro la minaccia del terrorismo può giustificare il sacrificio dei rapporti familiari se l’allontanamento dello straniero è misura necessaria e proporzionata a tale legittimo scopo, non potendo essere scongiurata altrimenti la minaccia reale di un attentato alla sicurezza pubblica e all’ordine costituito (v., circa la legittimità di analoga misura adottata dall’Italia contro un cittadino tunisino, anche la sentenza della Corte nel caso Cherif. et. a. c. Italie, ric. 1860/07).

7.2. Concessione della cittadinanza italiana.

Ha ricordato la sez. II, con sentenza 31 maggio 2021, n. 4151, che la concessione della cittadinanza italiana è atto ampiamente discrezionale, che deve non solo tenere conto di fatti penalmente rilevanti, esplicitamente indicati dal legislatore, ma anche valutare l’area della loro prevenzione; di guisa che l’atto in questione implica accurati apprezzamenti da parte dell’Amministrazione sulla personalità e sulla condotta di vita dell’interessato e si esplica in un potere valutativo circa l’avvenuta integrazione dello straniero nella comunità nazionale sotto i molteplici profili della sua condizione lavorativa, economica, familiare e di irreprensibilità della condotta.

Ha ricordato la Sezione che è il provvedimento di diniego della concessione non è sindacabile per i profili di merito della valutazione dell’Amministrazione (Cons. Stato, sez. III, 6 settembre 2016, n. 3819; id. 25 agosto 2016, n. 3696; id. 11 marzo 2016, n. 1874), mentre lo è invece, e pienamente, per i suoi eventuali profili di eccesso di potere, tra i quali è tradizionalmente annoverata l’inadeguatezza della motivazione (Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2006, n. 3456; id., sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4498).

Quanto all’onere motivazionale, la giurisprudenza ha più volte rilevato che il provvedimento di diniego della richiesta cittadinanza italiana non deve necessariamente riportare analiticamente le notizie sulla base delle quali si è addivenuti al giudizio di sintesi finale, essendo sufficiente quest’ultimo laddove una più particolareggiata ostensione dei dati rilevanti potrebbe in qualche modo compromettere l’attività preventiva o di controllo da parte degli organi a ciò preposti ed anche le connesse esigenze di salvaguardia della incolumità di coloro che hanno effettuato le indagini (Cons. Stato, sez. III, 6 settembre 2018, n. 5262; id. 29 maggio 2018, n. 3206).

Tuttavia, se è l’attenzione alla salvaguardia delle attività preventive e di indagine che giustifica una esplicazione in termini sintetici dell’onere motivazionale, deve per contro ritenersi che – nei casi in cui tale preminente esigenza non si ponga – l’obbligo *ex art. 3,*

l. 7 agosto 1990, n. 241 torni a vigere nella sua più ordinaria dimensione; e, quindi, in termini proporzionati alla varietà delle circostanze meritevoli di considerazione nel giudizio discrezionale dell'amministrazione.

Nel senso di una esplicazione dell'onere motivazionale proporzionata e coerente alle specifiche emergenze del caso, va quindi rilevato che (Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2019, n. 3121): il parametro della "motivazione sufficiente" non ha carattere rigido né assoluto, ma si presta ad essere adeguatamente calibrato in funzione, anche, della delicatezza degli interessi, pubblici e privati, coinvolti, che potrebbero ricevere pregiudizio già per effetto di un indiscriminato ed incontrollato palesamento dei fatti accertati dall'Amministrazione e degli strumenti istruttori utilizzati; si legittima pertanto un assolvimento "attenuato" dell'obbligo esplicativo delle ragioni del provvedimento, da parte dell'Amministrazione, quando una più ampia *disclosure*, già nel contesto del provvedimento medesimo, dei dati e delle informazioni in possesso dell'Amministrazione, potrebbe costituire un attentato alla segretezza connaturata allo svolgimento di investigazioni particolarmente penetranti ed in ambiti estremamente rischiosi; nella medesima ottica funzionale, risulta ineludibile la distinzione tra motivazione del provvedimento di diniego, la cui ostensione, ai fini della valutazione della sua sufficienza in concreto, deve essere perimetrata alla stregua dei principi che precedono, e sindacato di legittimità secondo il paradigma dell'eccesso di potere, al cui esercizio concorrono tutti gli elementi istruttori acquisiti ed acquisibili, anche nell'esercizio dei poteri istruttori spettanti al giudice amministrativo ovvero nel quadro dell'esercizio del diritto di accesso da parte dell'interessato (Cons. Stato, sez. III, 29 marzo 2019, n. 2102).

Con sentenza 20 maggio 2021, n. 3896 la sez. III ha dichiarato legittimo il diniego di cittadinanza italiana per motivi di pubblica sicurezza nel caso in cui sono emersi contatti con soggetti controindicati riconducibili al terrorismo islamico.

L'art. 9, l. n. 91 del 1992 dispone che la cittadinanza italiana "può essere concessa", sicché in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità il provvedimento di relativo diniego della concessione - pur sindacabile per i suoi eventuali profili di eccesso di potere (Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2006, n. 3456) - è insindacabile per i profili di merito della valutazione dell'Amministrazione (Cons. Stato, sez. III, 6 settembre 2016, n. 3819; id. 25 agosto 2016, n. 3696; id. 11 marzo 2016, n. 1874; id., sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3006; id. 3 ottobre 2007, n. 5103).

Ebbene, come statuito dalla stessa Sezione terza (27 novembre 2018, n. 6704), "l'ampia discrezionalità alla base del provvedimento di concessione della cittadinanza, irrevocabile una volta concessa, non rende irragionevole il diniego fondato sul sospetto di appartenenza ad organizzazioni eversive ovvero su di un pericolo per la sicurezza dello Stato, dal momento che lo stesso non potrebbe poi essere più espulso: non si tratta, infatti, di limitare diritti fondamentali della persona garantiti a livello costituzionale e comunitario, bensì della negazione di un beneficio la cui concessione è subordinata ad una valutazione di opportunità politico-amministrativa altamente discrezionale, rispetto alla quale la posizione soggettiva del richiedente ha consistenza di interesse legittimo,

atteso che l'attribuzione del nuovo status di cittadino comporta l'inserimento dello straniero, a tutti gli effetti, nella collettività nazionale e l'acquisizione a pieno titolo, da parte dello stesso, dei diritti e dei doveri che competono ai suoi membri, tra i quali quelli connessi all'obbligo di concorrere alla realizzazione delle finalità che lo Stato persegue". Inoltre, il parametro della "motivazione sufficiente" non ha carattere rigido né assoluto, ma si presta ad essere adeguatamente calibrato in funzione, anche, della delicatezza degli interessi, pubblici e privati, coinvolti, che potrebbero ricevere pregiudizio già per effetto di un indiscriminato ed incontrollato palesamento dei fatti accertati dall'Amministrazione e degli strumenti istruttori utilizzati: sì da legittimare un assolvimento "attenuato" dell'obbligo esplicativo delle ragioni del provvedimento, da parte dell'Amministrazione, quando una più ampia *disclosure*, già nel contesto del provvedimento medesimo, dei dati e delle informazioni in possesso dell'Amministrazione potrebbe costituire, come nella specie, un attentato alla segretezza connaturata allo svolgimento di investigazioni particolarmente penetranti ed in ambiti estremamente rischiosi (Cons. Stato, sez. III, 29 marzo 2019, n. 2102).

Da questo punto di vista, risulta ineludibile la distinzione tra motivazione del provvedimento di diniego, la cui estensione, ai fini della valutazione della sua sufficienza in concreto, deve essere perimetrata alla stregua dei principi che precedono, e sindacato di legittimità secondo il paradigma dell'eccesso di potere, al cui esercizio concorrono tutti gli elementi istruttori acquisiti ed acquisibili, anche (come avvenuto nella specie) nell'esercizio dei poteri istruttori spettanti al giudice amministrativo. Trattandosi dell'esercizio di valutazioni di matrice squisitamente discrezionale, ai fini del cui compimento viene in rilievo l'interesse superiore dell'ordinamento a non attribuire lo status di cittadino a chi non offra piene garanzie di rispettare i valori fondamentali sui quali si fonda la comunità statale, anche elementi meramente indiziari sono idonei a legittimare una conclusione di incompatibilità del riconoscimento con il superiore interesse alla sicurezza dello Stato, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. c), l. n. 91 del 1992 (Cons. Stato, sez. III, 29 marzo 2019, n. 2102).

Nel caso di specie, a seguito dell'istruttoria sono emersi elementi esplicativi sulla base dei quali, ragionevolmente, è stata negata la cittadinanza italiana per motivi di pubblica sicurezza, essendo emersi contatti con soggetti controindicati riconducibili al terrorismo islamico; nella relazione del Ministero, si pone l'accento sulla delicatezza della problematica, potendo sussistere ripercussioni nei rapporti internazionali a causa di atti commessi da un cittadino italiano nei confronti di Paesi terzi, e conseguente esigenza di utilizzare parametri rigorosi nell'accertamento della pericolosità del richiedente la cittadinanza. Le ragioni adottate dal Ministero risultano serie e giustificano ragionevolmente, nell'ottica della prevenzione, il diniego di cittadinanza.

Neppure sussiste la contraddittorietà tra le determinazioni dell'Amministrazione in relazione all'avvenuto rilascio della carta di soggiorno, in quanto si tratta di condizioni non paragonabili tra loro: il cittadino straniero lungosoggiornante nello Stato può essere espulso ove ne ricorrano i presupposti; il cittadino italiano non è passibile di espulsione, non può essere soggetto a controlli e la sua condotta all'estero comporta ripercussioni

per lo Stato italiano. Ne consegue che il concetto di pericolosità viene declinato secondo modalità differente nel caso della carta di soggiorno rispetto alla

8. Pubblica amministrazione.

8.1. Fatturazione elettronica.

La sez. IV, con sentenza 8 marzo 2021, n. 1931 ha giudicato legittime le Linee guida per l'effettuazione di pagamenti a favore delle Pubbliche amministrazioni e dei gestori di pubblici servizi, adottate dall'Agenzia per l'Italia digitale, nella parte in cui prevedono l'adesione al sistema "PagoPA" anche per gli Enti e le Casse previdenziali privatizzate. Ha chiarito la Sezione che le Casse e gli Enti previdenziali, in relazione alle loro funzioni istituzionali che trovano anche una rispondenza nell'art. 38 Cost., pur non rientrando nella definizione di "Pubblica amministrazione" dell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001 (norma dettata con riferimento alla disciplina del pubblico impiego), sono attratti nella sfera dei soggetti che gestiscono un servizio di rilievo pubblicistico: chiari indici di ciò sono il potere di vigilanza ministeriale ai sensi dell'art. 3, d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509 nonché la sottoposizione al controllo della Corte dei conti sulla gestione al fine di assicurarne la legalità e l'efficacia. Pertanto tali soggetti rientrano nell'art. 2 comma 2, lett. b), del Cad.

La sentenza ha richiamato la sentenza n. 6014 del 28 novembre 2012 della Sezione VI del Consiglio di Stato con la quale si è già pervenuti alla sopra richiamata conclusione in relazione alla natura degli Enti previdenziali e assistenziali privati: "La trasformazione operata dal d.lgs. n. 509 del 1994 ha lasciato, quindi, immutato il carattere pubblicistico dell'attività istituzionale di previdenza ed assistenza svolta dagli Enti in esame, che conservano una funzione strettamente correlata all'interesse pubblico, costituendo la privatizzazione una innovazione di carattere essenzialmente organizzativo."

In particolare, si è ivi osservato, tra l'altro con riferimento alla loro inclusione del conto consolidato Istat, che gli Enti e le Casse di previdenza privatizzate fruiscono di finanziamenti pubblici sia pure in modo indiretto e mediato attraverso risorse comunque distolte da quelle destinate a fini generali: si va infatti dagli sgravi alla fiscalizzazione degli oneri sociali alla previsione della obbligatorietà della iscrizione e della contribuzione. Inoltre, tale conclusione è resa ancora più evidente dal fatto che il legislatore ha ricompreso il settore della previdenza complementare nella normativa dettata in tema di controllo del disavanzo del settore ai sensi della l. 23 dicembre 1996, n. 662 nonché nella riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare ai sensi della l. 8 agosto 1995, n. 335.

Non rilevano pertanto gli "indici" di non assoggettabilità al Cad rappresentati al punto 6.2. poiché, da un punto di vista strettamente normativo, l'art. 15, comma 5 *bis*, d.l. n. 179 del 2012 (c.d. decreto crescita 2) convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221, che prevede l'obbligo di avvalersi del sistema unico di incasso e pagamento dell'art. 81, d.lgs. n. 82 del 2005, riferisce tale obbligo alle pubbliche amministrazioni tout court, senza alcun riferimento all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, per cui, correttamente, le Linee guida nel dare attuazione al dettato normativo primario hanno considerato tutti i

soggetti sottoposti al Cad (tra cui i soggetti che gestiscono servizi che hanno un rilievo di interesse generale pubblici e quindi, per quanto sopra argomentato, anche le Casse gli Enti previdenziali privatizzati); da un punto di vista logico e sistematico, l'obbligatorio inserimento nel sistema di pagamento in questione si inquadra nella digitalizzazione dei flussi finanziari sia dal lato delle entrate che delle uscite di tutti i soggetti che, in quanto inseriti nel c.d. elenco dell'Istat, ineriscono comunque al bilancio dello Stato.

Ha ancora chiarito la sentenza che l'inserimento degli enti e della casse previdenziali private rientra pienamente nella "volontà" del legislatore così come esplicitato sia a livello eurounitario sia a livello interno dal comma 5 *bis* dell'art. 15, d.l. n. 179 del 2012 convertito in l. n. 221 del 17 dicembre 2012, che non reca alcuna delimitazione alla definizione di Pubbliche Amministrazioni con riferimento all'ambito applicativo del Codice per l'Amministrazione digitale soltanto al perimetro disegnato dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001. Invero, si rileva che gli Enti in esame conservano, nonostante la privatizzazione avvenuta sotto il profilo organizzativo, una funzione strettamente correlata all'interesse pubblico, per cui l'obbligatoria utilizzazione della piattaforma di pagamento PagoPA non appare eccentrica rispetto a tale loro funzione.

In merito alla natura delle Linee Guida e alle connesse competenze dell'Agenzia per l'Italia Digitale, occorre rilevare che, nel caso in esame, l'Agenzia ha operato nell'ambito della competenza riconosciuta dall'art. 5, d.lgs. n. 82 del 2005 s.m.i. e le Linee guida in questione danno attuazione al dato normativo della fonte primaria – come sopra ricostruito con riferimento a tutte le fonti che recano le varie definizioni di Pubbliche amministrazioni - secondo il *munus* che all'Agenzia è stato rimesso, ossia quello di emanare prescrizioni di tipo tecnico nei confronti dei soggetti che sono *ex lege* tenuti ad aderire al sistema PagoPA; peraltro, il richiamo da parte delle Linee guida impugnate alla circolare della Presidenza del Consiglio e del Ministero dell'Economia e Finanze del 9 marzo 2015, che, con riferimento alla fatturazione elettronica, si riferisce alle amministrazioni pubbliche in senso ampio, non risulta essere improprio essendo ravvisabile una uguale ratio nell'esigenza di assicurare una omogeneità di piattaforma digitale sia sul fronte degli incassi che sul versante dei pagamenti.

9. Provvedimento amministrativo.

9.1. Convalida dell'atto amministrativo.

La sentenza 27 aprile 2021, n. 3385 della sez. VI ha affermato che ai fini della convalida dell'atto viziato da insufficiente motivazione, va posta la distinzione: a) se l'inadeguatezza della motivazione riflette un vizio sostanziale della funzione (in termini di contraddittorietà, sviamento, travisamento, difetto dei presupposti), il difetto degli elementi giustificativi del potere non può giammai essere emendato, tantomeno con un mero maquillage della motivazione: l'atto dovrà comunque essere annullato; b) se invece la carenza della motivazione equivale unicamente ad una insufficienza del discorso giustificativo-formale, ovvero al non corretto riepilogo della decisione presa, siamo di fronte ad un vizio formale dell'atto e non della funzione: in tale caso, non vi sono ragioni per non riconoscersi all'amministrazione la possibilità di tirare nuovamente le fila delle

stesse risultanze procedimentali, munendo l'atto originario di una argomentazione giustificativa sufficiente e lasciandone ferma l'essenza dispositiva, in quanto riflette la corretta sintesi ordinatoria degli interessi appresi nel procedimento.

La Sezione ha affrontato la questione della conservazione dell'atto amministrativo operata mediante un nuovo atto integrativo della motivazione insufficiente.

La dottrina pubblicistica ha sempre ritenuto ammissibile il fenomeno della «convalescenza» dell'atto amministrativo. La possibilità per l'Amministrazione di concludere il riesame del proprio operato con una decisione di carattere conservativo trova fondamento nel principio generale di economicità e conservazione dei valori giuridici e nella garanzia del buon andamento dell'agire amministrativo.

A seconda della specie di vizio da emendarsi, è stata nel corso del tempo elaborata una articolata tassonomia di atti ad esito confermativo, dei quali fanno parte: la conferma, la ratifica, la convalida, la rettifica, la conversione e la sanatoria.

Sul piano della ricostruzione sistematica, l'insieme di tali istituti è stato ricompreso nella categoria dell'autotutela, ovvero della potestà generale dell'amministrazione di prevenire o risolvere le controversie sulla legittimità dei propri atti, inquadrandoli fra i procedimenti di secondo grado.

In particolare, la pubblica amministrazione ha la facoltà di convalidare i propri atti affetti da vizi di legittimità, attraverso una manifestazione di volontà intesa ad eliminare il vizio da cui l'atto stesso è inficiato.

Al pari dell'istituto romanistico della convalida del contratto annullabile, la convalida amministrativa trae anch'essa origine dalla necessità di rimediare alla "rottura" del collegamento funzionale tra fattispecie concreta e fattispecie astratta, ma si distingue dall'omonimo istituto civilistico, in quanto: nel diritto privato, la convalida si attua attraverso atti e comportamenti negoziali della parte che potrebbe avvalersi dell'invalidità a proprio vantaggio; nel diritto amministrativo, invece soggetto legittimato alla convalida è colui (l'apparato amministrativo) che intende prevenire o scongiurare l'azione di annullamento della controparte.

La l. 11 febbraio 2005, n. 15, ha tipizzato la figura, pur restando tra gli istituti meno studiati in ragione della sua limitata applicazione pratica e giurisprudenziale.

Il comma 2 dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990 fa espressamente "salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole".

Per quanto scarna, la proposizione tratteggia la convalida come un istituto di carattere generale, volto a rendere l'atto stabile a tutti gli effetti per i quali è preordinato, ogniqualvolta il pubblico interesse ne richieda il consolidamento.

Sotto altro profilo, la collocazione della norma nel medesimo articolo dedicato all'annullamento d'ufficio, conferma la comune ambientazione dei due istituti nell'ambito dell'autotutela. Tale correlazione appare altresì espressiva di un principio di preferenza per la scelta amministrativa volta alla correzione e alla conservazione – ove possibile – di quanto precedentemente disposto, rispetto all'opzione eliminativa.

L'ampiezza della formula utilizzata dal legislatore consente di ricomprendere nella convalida anche altre figure giuridiche, pure espressive del fenomeno della convalidazione, quali: i) la sanatoria, ovvero l'effetto che si verifica allorché un provvedimento viziato per mancanza nel procedimento di un atto preparatorio viene sanato dalla successiva emanazione dell'atto mancante; ii) la ratifica, consistente nell'appropriazione dell'atto, emesso da un organo incompetente (ovvero fornito di una competenza temporanea e occasionale), da parte della Autorità che sarebbe stata competente.

La convalida continua invece a distinguersi, per struttura e funzione, da altri istituti limitrofi e segnatamente: a) dall'atto meramente confermativo – enucleato dalla giurisprudenza per impedire l'elusione della perentorietà del termine di ricorso – il quale non modifica forma, motivazione e dispositivo del provvedimento confermato (rimasto generalmente inoppugnato); b) dalla conferma propria, la quale – sebbene connotata dall'apertura di una nuova istruttoria – non è comunque volta a rimuovere alcun vizio; c) dalla rettifica, avente ad oggetto le difformità che con comportano l'invalidità del provvedimento originario ma solo la sua irregolarità; d) dalla conversione che tiene fermo l'atto originario sussumendolo però sotto una diversa fattispecie legale.

Sul piano della dinamica giuridica, la convalida non determina una modificazione strutturale del provvedimento viziato (non configurabile neppure logicamente, essendosi la fattispecie stessa già integralmente conclusa), bensì il sorgere di una fattispecie complessa, derivante dalla "saldatura" con il provvedimento convalidato, fonte di una sintesi effettuale autonoma.

L'efficacia consolidativa degli effetti della convalida opera retroattivamente: il provvedimento di convalida, ricollegandosi all'atto convalidato, ne mantiene fermi gli effetti fin dal momento in cui esso venne emanato (si tratta di una opinione risalente quantomeno a Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 1951, n. 682). La decorrenza *ex tunc* è connaturale alla funzione della convalida di eliminare gli effetti del vizio con un provvedimento nuovo ed autonomo. È questa la principale differenza rispetto alla rinnovazione dell'atto che invece non retroagisce per conservarne gli effetti fin dall'origine.

La retroattività della convalida trova tuttavia un importante limite nelle ipotesi in cui l'esercizio del potere sia sottoposto ad un termine perentorio, scaduto il quale anche il potere di convalida viene necessariamente meno.

Sul piano della struttura, il legislatore conferma che la convalida ha un contenuto positivo e non si sostanzia nella mera rinuncia a far valere la potestà di auto-annullamento (come pure in passato teorizzato da alcuni autori).

Il legislatore non ha voluto tuttavia irrigidire i requisiti di forma-contenuto dell'atto: pare quindi superato quell'orientamento giurisprudenziale che, in analogia con le disposizioni del codice civile, riteneva che la convalida dovesse necessariamente contenere l'espressa menzione dell'atto da convalidare, del vizio che lo inficia, e la chiara manifestazione della volontà di eliminare il vizio.

Appare infatti sufficiente che, dal tenore complessivo, si desuma che la "causa" dell'atto è quella di dare stabilità e sicurezza a un atto invalido, in quanto la situazione, che da

esso è derivata, ne richiede il consolidamento (e dunque “sussistendone le ragioni di interesse pubblico”).

La norma, analogamente a quanto disposto per l’annullamento d’ufficio, richiede che l’esercizio del potere di riesame avvenga entro un termine ragionevole. Peraltro, è interessante notare come lo stesso trascorrere del tempo possa contribuire a corroborare il legittimo affidamento del privato che dal provvedimento invalido abbia ricavato delle utilità (circostanza, come noto, ostativa all’esercizio dei poteri di auto-annullamento ai sensi dell’art. 21-*nomies*, comma 1, l. n. 241 del 1990).

Ciò posto in via generale, veniamo ora al principale nodo problematico rilevante ai fini del decidere: l’emendabilità tramite l’atto di convalida del vizio di motivazione, in termini generali e nel corso del giudizio già instaurato per il suo annullamento.

Non si vi sono dubbi circa la possibilità di emendare i vizi di tipo formale e procedimentale, ivi compreso quello di incompetenza (relativa). Deve ritenersi possibile per la pubblica amministrazione anche di procedere alla convalida di un provvedimento non annullabile ai sensi del citato comma 2 dell’art. 21-*octies*, l. n. 241 del 1990 (la cui regola si muove sul piano processuale), sebbene in tal caso l’utilità giuridica consista al più soltanto in una maggiore certezza e stabilità del rapporto amministrativo.

Non sono invece sanabili i vizi che possono definirsi “sostanziali” – derivanti cioè dall’insussistenza di un presupposto o requisito di legge, ovvero dall’irragionevolezza e non proporzionalità del *decisum* – rispetto ai quali la semplice dichiarazione dell’Amministrazione di volerli convalidare non può che rimanere priva di effetto.

La convalida, in questi casi, non potrebbe mai assicurare il permanere, senza alterazioni, della parte dispositiva del provvedimento su cui intende operare. Se infatti l’illegittimità attiene al contenuto dell’atto, la stessa può essere eliminata solo attraverso la sua riforma (spunti in tal senso si traggono, sia pure nel diverso contesto della c.d. fiscalizzazione dell’abuso edilizio, nella decisione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 del 2020).

Sono così poste le basi per comprendere entro quali limiti è possibile convalidare – ossia sottrarre al rimedio dell’annullamento (e dell’auto annullamento) – il vizio di insufficiente motivazione.

Ha ancora chiarito la Sezione che è possibile, in corso di giudizio, la convalida.

La Sezione si è poi posta il problema della convalida, in corso di giudizio, dell’atto viziato da insufficiente motivazione ed ha concluso nel senso che la stessa è possibile.

Nel vigore del modello processuale amministrativo primigenio – in cui la res litigiosa era tutta incentrata “sull’atto” –, si è sempre ritenuta ineludibile condizione di ammissibilità della convalida la circostanza che non fosse pendente l’impugnativa dell’atto da convalidare. Se infatti – si diceva – la convalida valesse ad impedire l’annullamento dell’atto invalido in pendenza di una impugnativa giurisdizionale, l’Autorità finirebbe con l’eludere le garanzie predisposte a tutela del cittadino leso dal provvedimento, il quale “ha acquisito il diritto a ottenere una decisione di annullamento del provvedimento viziato”.

A tale assunto, si faceva eccezione soltanto per il caso del vizio di incompetenza in virtù dell'espressa previsione contenuta nell'art. 6, l. n. 249 del 1968 – secondo cui “Alla convalida in corso di giudizio degli atti viziati di incompetenza può provvedersi anche in pendenza di gravame in sede amministrativa e giurisdizionale” – norma ritenuta dai più espressiva di un principio generale, come tale applicabile per analogia anche ad altri casi affini.

Senonché, le ragioni di tale preclusione sono totalmente venute meno nell'impianto del nuovo processo amministrativo.

In primo luogo, al privato è oramai riconosciuta la possibilità di impugnare, mediante la proposizione di motivi aggiunti, tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti e connessi all'oggetto del ricorso stesso.

L'interessato, quindi, nel corso del medesimo giudizio, ben potrà domandare, sia l'annullamento dell'atto di convalida perché autonomamente viziato – contestandone quindi la stessa “ammissibilità” –, sia l'annullamento dell'atto come convalidato, adducendone la persistente illegittimità.

Questa soluzione è inoltre conforme a principi di effettività e concentrazione della tutela (art. 7, comma 7, c.p.a.), i quali postulano il massimo ampliamento del contenuto di accertamento del giudicato amministrativo. Tale canone processuale si realizza facendo confluire all'interno dello stesso rapporto processuale – per quanto possibile – tutti gli aspetti della materia controversa dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita, evitando defatiganti parcellizzazioni della medesima disputa.

Quando l'Amministrazione conserva intatto il potere di riemanare un provvedimento con dispositivo identico a quello che risulterebbe annullato per mero difetto di motivazione – in quanto il giudicato non ha potuto accertare la spettanza del provvedimento favorevole –, la combinazione di convalida (la quale può essere spontanea, ovvero occasionata da un *'remand'* o da una richiesta di chiarimenti del giudice) e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere è in grado di accrescere le potenzialità cognitive dell'azione di annullamento, consentendo di focalizzare l'accertamento, per successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere (diversa è l'ipotesi in cui venga contestato un atto non ripetibile, giacché in tal caso, come si è detto sopra, la convalida non avrebbe effetto retroattivo).

Il predetto dispositivo di concentrazione – coniugando l'inesauribilità del potere amministrativo con il diritto di difesa – agevola entrambe le parti del giudizio, in quanto: consente al ricorrente una più rapida ed efficace verifica della sua possibilità di risultato vantaggioso (perseguita attraverso la deduzione di un vizio strumentale come il difetto di motivazione); consente all'amministrazione di evitare annullamenti del tutto “sovradimensionati” rispetto alla reale consistenza dell'interesse materiale del privato, potendo dimostrare che l'insufficiente motivazione non ha alterato la fondatezza sostanziale della decisione.

9.2. Esaurimento degli effetti del provvedimento amministrativo.

La sez. III, con sentenza 7 ottobre 2021, n. 6677 ha affermato che qualora un provvedimento amministrativo abbia esaurito i propri effetti, e non sia stata presentata domanda risarcitoria, il ricorso per l'annullamento di tale provvedimento va dichiarato inammissibile, non essendo sufficiente l'interesse della parte ricorrente a voler sindacare la "portata conformativa" dello stesso, funzionale alla verifica della legittimità di una prassi aziendale, in quanto inidoneo a sorreggere l'interesse a ricorrere nel processo amministrativo, secondo la disciplina recata dall'art. 34 c.p.a..

9.3. Natura degli atti d'obbligo.

La sez. II, con sentenza 19 gennaio 2021, n. 579 ha affermato che gli atti d'obbligo, proprio in quanto "unilaterali", pur appartenendo al più ampio *genus* degli atti negoziali e dispositivi coi quali il privato assume obbligazioni, si caratterizzano per essere teleologicamente orientati al rilascio del titolo edilizio nel quale sono destinati a confluire; essi non rivestono un'autonoma efficacia negoziale, ma incidono tramite la stessa sul provvedimento cui sono intimamente collegati, tanto da divenirne un "elemento accidentale", mutuando la terminologia di cui alla nota sistematica civilistica che distingue tra *essentialia* e *accidentalia negotii*.

Ha chiarito la Sezione che l'art. 11, l. n. 241 del 1990 ha di fatto portato a sistema tutte le astratte possibilità di accordo cui la pubblica amministrazione può addivenire con i privati, in passato già previste in singole norme spesso oggetto di letture riduttive, preoccupate di valorizzare la preponderanza del profilo pubblicistico, in qualche modo percepito come messo in pericolo o depotenziato dal suo attingere a strumenti e ambiti privatistici. Con tale norma si è dunque definitivamente positivizzata la capacità negoziale delle amministrazioni pubbliche, individuando nel procedimento il "luogo" tipico nel quale potestà e autonomia negoziale possono trovare un giusto momento di sintesi, sì da asservire la seconda, in quanto modalità ritenuta più conveniente in relazione al singolo caso di specie, al perseguimento dell'interesse pubblico che connota la prima. A fronte, peraltro, di un iniziale disinteresse per l'istituto, sono state successivamente ricondotte sotto l'egida dell'art. 11 numerose fattispecie consensuali tipicamente in uso proprio nella materia urbanistica, dove l'immanente esigenza di ricondurre l'esercizio dello *ius aedificandi* ad una più vasta cornice di buon governo del territorio, rende talvolta conveniente per l'Amministrazione "scendere a patti", richiedendo sforzi aggiuntivi al privato in termini di *dare* ovvero di *facere*, onde orientarne la maggiore libertà di movimento verso i propri obiettivi di programmazione, nel contempo ottimizzando le aspirazioni dello stesso a ricavare i maggiori vantaggi possibili dalla proprietà. Oggi pertanto tutta la vasta pletora di convenzioni urbanistiche comunque denominate vengono di regola ricondotte all'alveo di tale disciplina, caratterizzata dall'aggiungere al paradigma pubblico generale i canoni del diritto civile "ove non diversamente previsto" e "in quanto compatibili" (art. 11, comma 2, l. n. 241 del 1990).

Con riferimento agli atti d'obbligo, la Sezione ha chiarito che proprio in quanto "unilaterali" presentano peculiarità tali da aver meritato nel tempo un autonomo spazio nel

dibattito dottrinario e giurisprudenziale. Essi, cioè, pur appartenendo al più ampio *genus* degli atti negoziali e dispositivi coi quali il privato assume obbligazioni, si caratterizzano per essere teleologicamente orientati al rilascio del titolo edilizio nel quale sono destinati a confluire. I più recenti arresti della giurisprudenza, anche di legittimità, convergono sulla accentuazione della funzione di individuazione convenzionale del contenuto di un provvedimento che l'amministrazione andrà ad emettere a conclusione del procedimento preordinato all'esercizio della funzione urbanistico-edilizia. Si è perciò affermato che la convenzione, stipulata tra un Comune e un privato costruttore, con la quale questi, al fine di conseguire il rilascio di un titolo edilizio, si obblighi ad un *facere* o a determinati adempimenti nei confronti dell'ente pubblico (quale, ad esempio, la destinazione di un'area ad uno specifico uso, cedendola), non costituisce un contratto di diritto privato, ma neppure ha specifica autonomia e natura di fonte negoziale del regolamento dei contrapposti interessi delle parti stipulanti, configurandosi come atto intermedio del procedimento amministrativo volto al conseguimento del provvedimento finale, dal quale promanano poteri autoritativi della pubblica amministrazione. Con riferimento alla tutela del diritto dei terzi che aspirino al rispetto degli obblighi assunti, non potendosi qualificare l'atto d'obbligo come contratto a loro favore, ai sensi dell'art. 1411 cod. civ., i privati acquirenti dell'immobile edificato non hanno alcuna possibilità di rivendicare alcunché sulla base di esso, né, quindi, di agire per il suo adempimento, salva l'ipotesi che detto obbligo sia stato trasfuso in una disciplina negoziale al momento del trasferimento delle singole unità immobiliari (Cass. civ., sez. II, 10 febbraio 2020, n. 3058; id. 23 febbraio 2012, n. 2742). A valle, dunque, si pone il provvedimento amministrativo; a monte, l'accordo, via via paragonato alla accettazione della proposta pubblica, in quanto finalizzato a perseguire programmati e manifestati obiettivi urbanistici del Comune; ovvero al contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, secondo il modulo semplificato dell'art. 1333 cod. civ.; ovvero infine ad un mero atto negoziale, funzionale alla definizione consensuale del contenuto del provvedimento finale, che si iscrive nel procedimento di rilascio del titolo abilitativo edilizio ed è dallo stesso recepito.

10. Autotutela.

10.1. Limiti temporali per l'esercizio del potere di autotutela.

La sez. VI, con sentenza 15 marzo 2021, n. 2207 ha affermato che il limite temporale dei 18 mesi per l'esercizio del potere di autotutela, introdotto dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990, in ossequio al principio del legittimo affidamento con riguardo alla posizione di colui che ha ottenuto un provvedimento autorizzatorio o di attribuzione di vantaggi economici, è dedicato dal legislatore e, quindi, trova applicazione, solo se il comportamento della parte interessata, nel corso del procedimento o successivamente all'adozione dell'atto, non abbia indotto in errore l'amministrazione distortendo la realtà fattuale oppure determinando una non veritiera percezione della realtà o della sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge e se grazie a tale comportamento l'amministrazione si sia erroneamente determinata (a suo tempo) a rilasciare il provvedimento favorevole.

La Sezione ha premesso che la concessione per la cura e lo sfruttamento (e quindi, in sintesi, della gestione) di un bene culturale demaniale costituisce un atto autoritativo con il quale, all'esito di un procedimento amministrativo di tipo selettivo, l'amministrazione concedente individua il soggetto al quale rilasciare la concessione. L'operazione, ad evidente carattere dicotomico, si completa con la stipula della convenzione, che caratterizza il momento civilistico della seconda fase dell'operazione, per mezzo della quale le parti, concedente e concessionario, disciplinano gli aspetti concreti e "la vita" della gestione del bene demaniale, individuando le peculiarità che contraddistinguono il rapporto tra le parti, anche sotto il profilo economico.

Dunque il momento civilistico non avrebbe vita autonoma senza la definizione della fase pubblicistica e, anzi, è strettamente condizionato dalla validità ed efficacia delle scelte effettuate dall'amministrazione concedente nella fase autoritativa di individuazione del concessionario.

Infatti la concessione demaniale integra una fattispecie complessa (a portata dicotomica), alla cui formazione concorrono il potere discrezionale dell'amministrazione e la volontà del privato di accettare le condizioni negoziali di disciplina del rapporto (regime di utilizzo, durata, assetto economico dei rapporti, cause di decadenza per inadempimento, condizioni economiche per lo sfruttamento e la gestione del bene, ecc.). Nell'operazione di rilascio della concessione di beni coesistono, pertanto, un atto amministrativo unilaterale, con il quale l'amministrazione dispone di un proprio bene in via autoritativa e una convenzione attuativa, avente ad oggetto la regolamentazione degli aspetti patrimoniali, nonché dei diritti e obblighi delle parti connessi all'utilizzo di detto bene, elementi, questi, entrambi necessari ai fini della costituzione del rapporto concessorio.

Nello stesso tempo, però, i due momenti, quello pubblicistico e quello consensuale, integrano l'atto complesso costituito dalla concessione-contratto. L'atto accessivo ad una concessione (il "contratto") che, giuridicamente, va qualificata quale tipico provvedimento amministrativo costitutivo, parteciperebbe della natura provvedimentale della concessione medesima, ben potendo, dunque, al pari di essa, essere oggetto dell'esercizio di poteri di autotutela da parte dell'amministrazione, stante l'intimo rapporto di causa-effetto che intercorre tra le due fasi e tra gli atti che le concludono. D'altronde, anche per quello che si dirà nel prosieguo, una volta accertata l'illegittimità del provvedimento concessorio e una volta che si è proceduto al suo annullamento (in sede giudiziale o in sede amministrativa tramite lo strumento dell'autotutela), l'effetto patologico di tale illegittimità pervade il contratto e quindi provoca la decadenza dal beneficio ottenuto indebitamente.

Ne deriva che, non solo il rilascio di una concessione costituisce un provvedimento di attribuzione di vantaggi economici "a persone ed enti pubblici e privati" (per come è specificato nell'art. 12, l. n. 241 del 1990), ampliativo della sfera giuridica (ed economica) del destinatario, che rappresenta il momento prodromico e pregiudiziale per la composizione civilistica degli interessi del concedente e del concessionario, ma nei confronti

di detto provvedimento e del procedimento all'esito del quale esso viene adottato trovano sicuramente applicazione le disposizioni recate dalla l. n. 241 del 1990, ivi compreso l'istituto dell'autotutela ai sensi dell'art. 21-*nonies* della stessa legge.

Ha ancora ricordato la Sezione che il potere di autotutela decisoria è, invero, un potere amministrativo di secondo grado, che si esercita su un precedente provvedimento amministrativo, vale a dire su una manifestazione di volontà già responsabilmente espressa dall'amministrazione e in sé costitutiva di affidamenti nei destinatari e che, in base all'art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990, per esigenze di sicurezza giuridica e certezza dei rapporti immanenti all'ordinamento, deve essere inderogabilmente esercitato entro un termine ragionevole e, comunque, entro diciotto mesi “dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici”

Nel caso di specie si è al cospetto di un soggetto (l'associazione DHI) che ha conseguito un vantaggio economico (l'assegnazione del bene di rilievo culturale, all'esito di una selezione, tramite concessione) sulla scorta di dichiarazioni rese al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla relativa selezione, poi dimostratesi non veritiere.

Il giudice di primo grado ha ritenuto che, al ricorrere di una siffatta ipotesi, l'amministrazione avrebbe potuto annullare il provvedimento, adottato sulla scorta della dichiarazione non veritiera, solo all'esito del giudizio penale (e quindi dopo il passaggio in giudicato della relativa sentenza) avviato nei confronti del dichiarante (ovviamente, laddove detto procedimento venga realmente avviato), in ossequio alla norma contenuta nell'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, l. n. 241 del 1990.

La Sezione ha ritenuto che tale lettura interpretativa della norma non è condivisibile.

Va detto che in epoca recente, pur se in materia di dichiarazioni rese in occasione di una procedura di gara svolta ai sensi del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ma esprimendo principi che ben possono attagliarsi al caso qui in esame, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 25 settembre 2020, n. 16, ha affermato che: in via generale, “è risalente l'insegnamento filosofico secondo cui vero e falso non sono nelle cose ma nel pensiero e nondimeno dipendono dal rapporto di quest'ultimo con la realtà. In tanto una dichiarazione che esprima tale pensiero può dunque essere ritenuta falsa in quanto la realtà cui essa si riferisce sia in *rerum natura*”; premesso quanto sopra, le informazioni false o fuorvianti rese da un concorrente ben possono essere idonee ad influenzare le decisioni che verranno assunte da un'amministrazione che sta svolgendo una procedura selettiva; va però precisato che non è sufficiente che l'informazione sia falsa ma anche che la stessa sia diretta ed in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura selettiva; a ciò va aggiunto che le informazioni sono strumentali rispetto ai provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativamente alla procedura selettiva, i quali sono a loro volta emessi non solo sulla base dell'accertamento di presupposti di fatto ma anche di valutazioni di carattere giuridico, opinabili tanto per quest'ultima quanto per l'operatore economico che le abbia fornite. Ne consegue che, in presenza di un margine di apprezzamento discrezionale, la demarcazione

tra informazione contraria al vero e informazione ad essa non rispondente ma comunque in grado di sviare la valutazione della stazione appaltante diviene da un lato difficile, con rischi di aggravio della procedura di gara e di proliferazione del contenzioso ad essa relativo e dall'altro lato irrilevante rispetto al disvalore della fattispecie, consistente nella comune attitudine di entrambe le informazioni a sviare l'operato della medesima amministrazione.

Da tutto quanto sopra discende che la considerazione della dichiarazione in termini omissivi o non veritieri, per poter condurre all'esclusione dalla selezione (ovvero, come nel caso di specie, laddove la scoperta della inadeguatezza della dichiarazione rispetto alle regole di partecipazione alla selezione sia successiva all'adozione del provvedimento conclusivo e quindi conduca al suo annullamento in autotutela), deve essere ricondotta dall'amministrazione nell'ambito di un contraddittorio tra l'amministrazione precedente e il concorrente, solo all'esito del quale l'amministrazione potrà stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante, se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni ed infine se il comportamento tenuto dal concorrente abbia inciso in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità partecipativa. Del pari l'amministrazione dovrà stabilire allo stesso scopo se quest'ultimo ha omesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa della selezione, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità.

Una lettura costituzionalmente orientata della norma di cui all'art. 21-*nonies*, comma 1, l. n. 241 del 1990, tenuto conto della portata degli artt. 3 e 97 Cost., conduce ad affermare che il termine massimo di 18 mesi assegnato dal legislatore nel 2015 all'amministrazione per ritirare dal mondo giuridico, con effetto retroattivo, il provvedimento di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici è stato introdotto al fine di garantire il rispetto del principio del legittimo affidamento che trova il suo fondamento, nell'ordinamento unionale, nei principi del Trattato dell'unione europea e, in quello nazionale, nei principi dell'art. 97 Cost. nonché nelle disposizioni recate dall'art. 1, comma 1, l. n. 241 del 1990.

Sotto il versante del diritto eurounitario (nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia UE), il principio di tutela del legittimo affidamento impone che una situazione di vantaggio, assicurata ad un privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa, non possa essere successivamente rimossa, salvo che non sia strettamente necessario per l'interesse pubblico (e fermo in ogni caso l'indennizzo della posizione acquisita). Nello stesso tempo però (Cons. Stato, sez. III, 8 luglio 2020, n. 4392), affinché un affidamento sia legittimo è necessario un requisito oggettivo, che coincide con la necessità che il vantaggio sia chiaramente attribuito da un atto all'uopo rivolto e che sia decorso un arco temporale tale da ingenerare l'aspettativa del suo consolidamento e un requisito soggettivo, che coincide con la buona fede non colposa del destinatario del vantaggio (l'affidamento non è quindi legittimo ove chi lo invoca versi in una situazione di dolo o colpa).

Sulla spinta dei principi unionali il nostro legislatore ha dunque introdotto un limite massimo per l'adozione di atto di ritiro di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica

del destinatario, sempre che costui sia parte passiva e incolpevole nella provocazione della patologia che, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 1, l. n. 241 del 1990, affligge l'atto da ritirarsi, sicché la responsabilità nella adozione dell'atto illegittimo deve totalmente ascrivarsi all'amministrazione.

Diverso è il caso in cui il profilo patologico che affligge l'atto e che ne impone, al ricorrere dei presupposti, la rimozione, sia ascrivibile al comportamento mantenuto dalla parte che ha ottenuto l'adozione in suo favore dell'atto autorizzatorio ovvero di attribuzione di vantaggi economici.

Ancora una volta, in considerazione degli artt. 3 e 97 Cost., quest'ultimo con riferimento agli altri soggetti che pur potendo aspirare al rilascio del provvedimento ampliativo della sfera giuridica dell'interessato hanno dovuto accettare che il provvedimento favorevole fosse assegnato ad altri, l'ordinamento (sia quello unionale che quello nazionale) non può tollerare che il vantaggio sia conseguito attraverso un comportamento non corretto che abbia indotto in errore l'amministrazione precedente, sviando in modo decisivo la valutazione dei presupposti fissati dalla legge ai fini del rilascio del provvedimento attributivo di quel vantaggio, pregiudicando (anche solo potenzialmente) le aspirazioni di altri (nel caso di specie alla selezione potrebbero non avere partecipato associazioni che, non possedendo i requisiti richiesti dall'avviso pubblico, sapevano che sarebbero state escluse e che, peraltro, potrebbero avere conseguito i requisiti richiesti in epoca successiva rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle domande esattamente come l'associazione DHI che ha, dunque, partecipato alla selezione senza essere in possesso dei requisiti richiesti, addirittura aggiudicandosela).

Pertanto, la surriposta lettura costituzionalmente orientata dell'art. 21-*nonies*, comma 1, l. n. 241 del n. 1990, porta ad affermare che il limite temporale dei 18 mesi, introdotto nel 2015, in ossequio al principio del legittimo affidamento con riguardo alla posizione di colui che ha ottenuto un provvedimento autorizzatorio o di attribuzione di vantaggi economici, è dedicato dal legislatore e, quindi, trova applicazione, solo se il comportamento della parte interessata, nel corso del procedimento o successivamente all'adozione dell'atto, non abbia indotto in errore l'amministrazione distortendo la realtà fattuale oppure determinando una non veritiera percezione della realtà o della sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge e se grazie a tale comportamento l'amministrazione si sia erroneamente determinata (a suo tempo) a rilasciare il provvedimento favorevole. Nel caso contrario, non potendo l'ordinamento tollerare lo sviamento del pubblico interesse imputabile alla prospettazione della parte interessata, non può trovare applicazione il limite temporale di 18 mesi oltre il quale è impedita la rimozione dell'atto ampliativo della sfera giuridica del destinatario (Cons. Stato, sez. IV, 17 maggio 2019, n. 3192; id. 24 aprile 2019, n. 2645).

11. Revoca.

La sez. VI, con sentenza 26 novembre 2021, n. 7913 ha ricordato che nell'ambito dei provvedimenti "di secondo grado", tipizzati dalla l. 7 agosto 1990, n. 241, la revoca si configura quale strumento preordinato alla rimozione, con efficacia *ex nunc*, di un atto

avente efficacia durevole, in esito a sopravvenuti motivi di pubblico interesse, al mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento, alla nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (art. 21-*quinquies*, l. n. 241 del 1990).

Provvedimento ad effetto durevole è un provvedimento i cui effetti si prolunghino nel tempo, sino ad una scadenza prefissata o fino a quando sopravvenga un fatto idoneo a farla cessare, autorizzazioni, concessioni, provvedimenti attributivi di qualità o *status*, piani urbanistici, decreti di occupazione di urgenza.

Non sono provvedimenti durevoli un ordine di demolizione eseguito, una concessione ormai estinta, un'autorizzazione ad esportare beni che siano stati esportati.

E' apprezzabile anche l'irreversibilità degli effetti prodotti dall'atto, ma i soli motivi tecnico giuridici non sono decisivi.

Va peraltro tenuto conto che l'art. 21-*quinquies* al comma 1-*bis* introdotto ad opera della l. n. 40 del 2007 di conversione del d.l. n. 7 del 2007, tuttora vigente, prevede espressamente anche la revoca dei provvedimenti ad efficacia istantanea.

Si deve ritenere che in tali casi (provvedimenti ad efficacia istantanea) si possa trattare sia di atti che abbiano già prodotto i loro effetti sia di atti che non abbiano esplicato la loro efficacia perché la legge non fa alcuna distinzione in proposito.

Ha aggiunto la Sezione che, con riferimento alla vicenda controversa, l'adesione ad un negozio di ricostituzione di un'associazione agraria non è destinata ad esaurire i suoi effetti nel momento in cui avviene ma – per quel che qui rileva – estende e proietta la sua efficacia nel tempo dando vita ad un'organizzazione che per avere rilevanza pubblicistica (tanto da essere soggetta ad un'approvazione amministrativa) può essere sempre oggetto di una rimediazione della scelta *illo tempore* effettuata.

Va altresì tenuto in debita considerazione lo scopo al quale mira la ricostituzione delle associazioni agrarie che è la restituzione dei terreni, come parte di una fattispecie unica a formazione progressiva.

In ultimo va osservato che la revoca del riconoscimento di una persona giuridica (istituto che presenta tratti di analogia con la revoca in questione che riguarda l'approvazione di una ricostituzione di un'associazione agraria di carattere privatistico) è ammessa come figura generale dall'ordinamento e soggiace al controllo per i consueti canoni di legittimità (limiti alla revoca essendo previsti solo per i negozi fondazionali a tutela della volontà del fondatore art. 15 cod. civ.).

12. Difensore civico.

La sez. V, con sentenza 3 maggio 2021, n. 3465 ha affermato che nella Regione Lombardia il difensore civico, per poter svolgere le competenze attribuite dall'art. 61 dello Statuto regionale - *id est* compiti di carattere para-giurisdizionale nei rapporti tra cittadino ed amministrazione, in funzione del buon andamento e dell'imparzialità di quest'ultima e della tutela dei diritti e degli interessi dei primi - deve possedere una adeguata preparazione culturale, in aggiunta ai requisiti di esperienza specificamente previsti per quest'ultimo dalla l. reg. Lombardia n. 18 del 2010; è pertanto illegittima la nomina

a difensore civico di un soggetto titolare di licenza di scuola media inferiore, non potendosi considerare in possesso di un “titolo di studio adeguato all’attività dell’organismo interessato” ai sensi dell’art. 5, comma 2, lett. a), l. reg. n. 25 del 2009.

Ha premesso la Sezione che l’art. 61 dello Statuto della Regione Lombardia, dopo avere definito il difensore regionale “organo indipendente della Regione” (comma 1), cui sono tra l’altro attribuiti i compiti di “tutela i diritti e gli interessi dei cittadini singoli e associati all’interno dei procedimenti regionali, verificando e promuovendo la conoscenza, la trasparenza, la legalità, il buon andamento e l’imparzialità” (comma 2, lett. a), da svolgere «garantendo la tutela non giurisdizionale dei diritti e degli interessi e svolgendo attività di mediazione» (comma 3), prevede che esso sia “scelto tra soggetti con esperienza nei campi del diritto, dell’economia e dell’organizzazione pubblica” (comma 4), sulla base di “requisiti per l’accesso all’incarico” stabiliti con l’art. 2, comma 2, l. reg. n. 18 del 2010, secondo cui il requisito di candidabilità consistente nell’esperienza “nei campi del diritto, dell’economia e dell’organizzazione pubblica”, con l’aggiunta che tali soggetti devono assicurare la “massima garanzia di indipendenza, imparzialità e competenza amministrativa”. Il successivo comma 3 specifica ulteriormente che i candidati devono essere in possesso di una “qualificata esperienza professionale, almeno decennale (...) nei settori di cui al comma 2, preferibilmente nel campo della difesa dei diritti dei cittadini”, ed equipara a quella maturata “in posizione dirigenziale presso enti od aziende pubbliche o private, ovvero di lavoro autonomo assimilabile”, quella maturata ricoprendo per un decennio “cariche pubbliche di parlamentare nazionale, consigliere regionale, presidente o assessore regionale, presidente o assessore provinciale, sindaco o assessore di comune con popolazione superiore a 15.000 abitanti”.

Ha evidenziato la Sezione che nella fattispecie rileva anche la l. reg. Lombardia n. 25 del 2009, cui ambito di applicazione, definito dall’art. 2, è relativo alle nomine e alle designazioni dei rappresentanti della Regione negli organi di revisione degli enti strumentali della stessa, oltre che a tutti i casi di “nomine e designazioni di rappresentanti del Consiglio regionale nei casi espressamente previsti dallo Statuto e dalla legge” (comma 1, lett. c). Per queste nomine e designazioni l’art. 5 della medesima legge, relativo ai requisiti professionali dei soggetti da nominare, richiede tra l’altro un “titolo di studio adeguato all’attività dell’organismo interessato” (comma 2, lett. a).

Ad avviso della Sezione il requisito culturale alla figura del difensore regionale della Lombardia. La tesi affermativa sostenuta sul punto dall’appellante può essere accolta alla luce della consustanzialità di un’adeguata preparazione culturale al ruolo alle funzioni del difensore regionale quali definite dall’art. 61 dello Statuto. La disposizione ora richiamata assegna infatti al difensore regionale compiti di carattere para-giurisdizionale nei rapporti tra cittadino ed amministrazione, in funzione del buon andamento e dell’imparzialità di quest’ultima e della tutela dei diritti e degli interessi dei primi. Sulla base di ciò gli assicura una posizione di indipendenza rispetto alla Regione.

Sul piano logico-sistematico la natura di organismo indipendente e la funzioni tutorie e di garanzia assegnate dallo statuto al difensore regionale esigono pertanto un’adeguata

preparazione culturale in aggiunta ai requisiti di esperienza specificamente previsti per quest'ultimo dalla l. reg. Lombardia n. 18 del 2010.

Nella misura in cui alle funzioni di garanzia del difensore regionale sono connaturate le conoscenze necessarie per promuovere “la conoscenza, la trasparenza, la legalità, il buon andamento e l'imparzialità” dell'amministrazione, dall'esperienza a tal fine richiesta dalla l. reg. n. 18 del 2010 non può andare disgiunto, come presupposto dell'indipendenza statutariamente prevista, il possesso di titoli culturali adeguati all'incarico.

13. Accesso ai documenti.

13.1. Accesso difensivo.

Con sentenza 18 marzo 2021, n. 4 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990 si deve escludere che sia sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare; la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990.

L'Alto Consesso ha richiamato quanto aveva già chiarito con le pronunce nn. 19, 20 e 21 del 25 settembre 2020.

Ha ricordato che la volontà del legislatore (art. 25, l. n. 241 del 1990) è di esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione (ad es. scambi di corrispondenza; diffide stragiudiziali; in caso di causa già pendente, indicazione sintetica del relativo oggetto e dei fatti oggetto di prova; ecc.), così da permettere all'amministrazione detentrica del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione “finale” controversa.

In questa prospettiva, e per rispondere ai quesiti sopra ricordati e posti dall'ordinanza di rimessione, questa Adunanza plenaria ha escluso che possa ritenersi sufficiente un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del

documento passa attraverso un rigoroso vaglio circa l'appena descritto nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale controversa.

Altra e non meno importante questione, adombrata dall'ordinanza di rimessione, è poi quella afferente alla ricostruzione della disciplina del bilanciamento tra interesse all'accesso difensivo dell'istante e la tutela della riservatezza del controinteressato.

Come questa Adunanza ha però già chiarito nelle richiamate pronunce, l'art. 24, l. n. 241 del 1990 prevede, al riguardo: a) al comma 1, una tendenziale esclusione diretta legale dall'accesso documentale per le ipotesi ivi contemplate; b) al comma 2, un'esclusione demandata ad un regolamento governativo, con cui possono essere individuati casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi, tra l'altro e per quanto qui interessa, nella lettera d) "quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono"; c) al comma 7 un'esclusione basata su un giudizio valutativo di tipo comparativo di composizione degli interessi confliggenti facenti capo al richiedente e, rispettivamente, al controinteressato, modulato in ragione del grado di intensità dei contrapposti interessi ed improntato ai tre criteri della necessità, dell'indispensabilità e della parità di rango.

Ebbene, ai fini del bilanciamento tra il diritto di accesso difensivo, preordinato all'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale in senso lato, e la tutela della riservatezza, secondo la previsione dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, non trova applicazione né il criterio della stretta indispensabilità (riferito ai dati sensibili e giudiziari) né il criterio dell'indispensabilità e della parità di rango (riferito ai dati cc.dd. supersensibili), ma il criterio generale della "necessità" ai fini della "cura" e della "difesa" di un proprio interesse giuridico, ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente sulla tutela della riservatezza, a condizione del riscontro della sussistenza dei presupposti generali, di cui si è detto, dell'accesso documentale di tipo difensivo.

Se così è, come questa Adunanza plenaria ha già precisato nelle sentenze nn. 19, 20 e 21 del 25 settembre 2020, è chiaro che il collegamento tra la situazione legittimante e la documentazione richiesta, richiesto da questa Adunanza plenaria, impone un'attenta analisi della motivazione che la pubblica amministrazione ha adottato nel provvedimento con cui ha accolto o, viceversa, respinto l'istanza di accesso.

Soltanto attraverso l'esame di questa motivazione è infatti possibile comprendere se questo collegamento, nel senso sopra precisato, esista effettivamente e se l'esigenza di difesa rappresentata dall'istante prevalga o meno sul contrario interesse alla riservatezza nel delicato bilanciamento tra i valori in gioco.

La pubblica amministrazione detentrici del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere alcuna ultronea valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo

all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione o allo stesso giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso.

Un diverso ragionamento reintrodurrebbe nella disciplina dell'accesso difensivo e, soprattutto, nella sua pratica applicazione limiti e preclusioni che, invece, non sono contemplati dalla legge, la quale ha già previsto, come si è detto, adeguati criteri per valutare la situazione legittimante all'accesso difensivo e per effettuare il bilanciamento tra gli interessi contrapposti all'ostensione del documento o alla riservatezza.

Certamente, se l'istanza di accesso sia motivata unicamente, ai sensi dell'art. 25, comma 2, l. n. 241 del 1990, con riferimento ad esigenze difensive di un particolare giudizio e il giudice di quella causa si sia già pronunciato sull'ammissibilità o, addirittura, sulla rilevanza del documento nel giudizio già instaurato, la pubblica amministrazione e, in sede contenziosa ai sensi dell'art. 116 c.p.a., il giudice amministrativo dovranno tenere conto di questa valutazione, sul piano motivazionale, ma sempre e solo per valutare la concretezza e l'attualità del bisogno di conoscenza a fini difensivi, nei termini si è detto, e non già per sostituirsi ex ante al giudice competente nella inammissibile e impossibile prognosi circa la fondatezza di una particolare tesi difensiva, alla quale la richiesta di accesso sia preordinata, salvo, ovviamente, il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990.

13.2. Accesso ai documenti e giudizio pendente su questioni di interpretazione di norme giuridiche per la cui risoluzione l'accesso non è indispensabile.

La sez. IV, con sentenza 19 febbraio 2021, n. 1492 ha affermato che in tema di accesso ai documenti amministrativi, non è assistita da un interesse legittimante la richiesta di accedere a documenti e informazioni che sarebbero utili al richiedente nella sola ipotesi di esito favorevole di un giudizio, già pendente, che abbia a oggetto unicamente questioni di interpretazione di norme giuridiche per la cui indispensabile.

Ha ricordato la Sezione che secondo la disciplina del diritto di accesso, da intendersi come situazione soggettiva strumentale per la tutela di situazioni sostanziali (Cons. Stato, Ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6), sul piano della logica difensiva viene "comunque" garantito l'accesso, entro gli stringenti limiti in cui la parte interessata all'ostensione dimostri la necessità (o la stretta indispensabilità per i dati sensibili e giudiziari), la corrispondenza e il collegamento tra la situazione che si assume protetta ed il documento di cui si invoca la conoscenza.

In particolare, come di recente statuito dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 20 del 25 settembre 2020, "la necessità (o la stretta indispensabilità) della conoscenza del documento determina il nesso di strumentalità tra il diritto all'accesso e la situazione giuridica 'finale', nel senso che l'ostensione del documento amministrativo deve essere valutata, sulla base di un giudizio prognostico ex ante, come il tramite – in questo senso strumentale – per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e secondari) integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica 'finale' controversa e delle

correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio. La delibazione è condotta sull'astratta pertinenza della documentazione rispetto all'oggetto della res controversa". Pertanto, se, da un lato, ai fini dell'accesso è sufficiente la sussistenza del solo nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici (art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990 e s.m.i.), dall'altro, vi è la necessità di circoscrivere le qualità dell'interesse legittimante a quelle ipotesi che – sole – garantiscono la piena corrispondenza tra la situazione (sostanziale) giuridicamente tutelata ed i fatti (principali e secondari) di cui la stessa fattispecie si compone, atteso il necessario raffronto che l'interprete deve operare, in termini di pratica sussunzione, tra la fattispecie concreta di cui la parte domanda la tutela in giudizio e l'astratto paradigma legale che ne costituisce la base legale (Cons. Stato, Ad. plen., n. 20 del 2020).

Inoltre, il legislatore ha ulteriormente richiesto che la situazione legittimante l'accesso sia "collegata al documento al quale è chiesto l'accesso", in modo tale da evidenziare in maniera diretta ed inequivoca il nesso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale al documento di cui viene richiesta l'ostensione, e per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale, fa da tramite (Cons. Stato, Ad. plen., n. 20 del 2020).

Del resto, la giurisprudenza del Consiglio del Consiglio di Stato è da tempo consolidata nell'affermare la necessità, nell'ambito del diritto di accesso, del rapporto di strumentalità tra tale interesse e la documentazione di cui si chiede l'ostensione, negando la ammissibilità di un controllo generalizzato, generico e indistinto del singolo sull'operato dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2020, n. 3212; id., sez. VI, 25 agosto 2017, n. 4074) e facendo ricadere l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità su chi agisce, secondo i principi generali del processo (Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6083; id., sez. V, 12 novembre 2019, n. 7743).

13.3. Accesso alle cartelle esattoriali.

La sez. IV, con ordinanza 13 dicembre 2021, n. 8288, ha rimesso all'Adunanza plenaria alcune questioni relative alla materia dell'accesso alle cartelle esattoriali.

Ha ricordato la Sezione che alcune decisioni ammettono *tout court* l'accesso alle cartelle esattoriali (cfr. sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5410; 17 novembre 2016, nn. da 4760 a 4764). Altre affermano in linea di principio l'esistenza del diritto all'accesso alle cartelle di pagamento escludendolo tuttavia se l'agente della riscossione, rispettando determinate formalità, certifica l'inesistenza di documenti in suo possesso (sez. IV, 31 marzo 2015, nn. da 1696 a 1705). Altre ancora, assunte specialmente in sede cautelare, negano l'accesso alle cartelle, ma ritengono sufficiente a soddisfare l'interesse dell'istante la conoscenza dell'estratto di ruolo, l'avviso di ricevimento e l'attestazione del soggetto notificante, mentre negano l'onere di produrre copia integrale delle cartelle, in quanto non in possesso dell'agente della riscossione, e di fornire ulteriori informazioni (quali quelle su messi e agenti notificatori) non contenute in documenti amministrativi e sulle quali

il privato non ha interesse all'accesso (sez. IV, ordinanza 16 giugno 2016, n. 2240; ordinanze 10 marzo 2017, n. 1004, n. 1006, n. 1007; sentenze 26 maggio 2017, n. 2477 e 7 agosto 2017, n. 3947).

In altre pronunce (sez. IV, 6 novembre 2017, n. 5128) si è evidenziato che la questione dell'accesso alle cartelle esattoriali va in concreto declinata avuto riguardo alle modalità di notifica adottate nella specie, nel senso che la piena esplicazione del diritto può trovare un limite obiettivo nella configurazione materiale dell'atto che la richiesta prende a oggetto, cioè nel supporto fisico della cartella esattoriale. Ai sensi dell'art. 26, comma 1, d.P.R. n. 602 del 1973, la notifica può infatti avvenire o ad opera di ufficiali della riscossione o di altri soggetti abilitati o mediante servizio postale con l'invio di raccomandata con avviso di ricevimento o a mezzo P.E.C. secondo le modalità previste dal d.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68. Nella prima e nella terza ipotesi resta conservato l'originale dell'atto. In questi casi, il diritto di accesso è dunque facilmente e legittimamente esperibile.

Ha aggiunto la Sezione che la sentenza della sez. IV del Consiglio di Stato n. 1667 del 26 febbraio 2021 ha affermato che il rifiuto dell'accesso al ruolo ed alla cartella di pagamento non può essere fondato sulla "inesistenza" dei documenti presso l'agente della riscossione, ovvero (quantomeno) sulla impossibilità di riprodurli, pena la illecita disapplicazione di una pluralità di disposizioni di legge e di regolamento e la sussistenza di un'azione amministrativa cui sono estranei basilari principi di documentazione e conservazione degli atti.

Di segno diverso, cioè per una interpretazione più restrittiva del diritto di accesso in materia, sono invece altre sentenze della Sezione quarta.

In particolare, nella sentenza n. 5035 del 1° luglio 2021, pur non disconoscendosi in linea di principio l'esistenza del diritto in capo al contribuente di ottenere l'esibizione delle cartelle esattoriali che lo riguardano, è stata affermato che se le cartelle originali sono state prodotte in unico originale notificato al contribuente e l'Amministrazione ha dichiarato di non essere in possesso di altro originale, non sarebbe sussistente un diritto all'accesso (alla stregua di un principio generale nei procedimenti di accesso l'esercizio del relativo diritto non potrebbe che riguardare i documenti esistenti e non anche quelli comunque irreperibili). L'Amministrazione non sarebbe neppure tenuta a conservare per cinque anni le cartelle esattoriali alla luce dell'art. 26, comma 5, d.P.R. n. 602 del 1973 "il concessionario deve conservare per cinque anni la matrice o la copia della cartella con la relazione dell'avvenuta notificazione o l'avviso di ricevimento ed ha l'obbligo di farne esibizione su richiesta del contribuente o dell'amministrazione". Quindi non un obbligo di conservazione della cartella.

Alle due tesi sopra richiamate (contrapposte soprattutto sull'onere di conservazione delle cartelle esattoriali alla luce dell'ultimo comma dell'art. 26, d.P.R. n. 602 del 1973) può poi essere aggiunta una ulteriore considerazione che collega il diritto di accesso nel caso in esame al concreto interesse del richiedente. Più nel dettaglio, secondo questa impostazione nella richiesta di accesso, al di là della natura e consistenza dell'atto

(estratto del ruolo- cartella), l'interessato dovrebbe dimostrare anche il nesso di strumentalità all'ostensione.

13.4. Accesso alle offerte tecniche di gara.

Con ordinanza 26 ottobre 2021, n. 7173 la sez. III ha affermato che ai fini dell'accesso alle offerte tecniche di gara è utile, sebbene non quale pre-condizione per l'opposizione del segreto ma quale criterio di valutazione della sua meritevolezza, la formulazione della relativa dichiarazione già nel contesto dell'offerta o successivamente.

Ha ricordato la Sezione che la verifica della conformità della dichiarazione relativa alla segretezza tecnica e commerciale di parte della sua offerta tecnica, depositata da Adapta s.p.a. in data 30 agosto 2021 in riscontro all'ordinanza della Sezione n. 5620 del 2021, ai requisiti di specificità e adeguatezza motivazionale ivi indicati, carenti nella dichiarazione all'uopo precedentemente resa dalla medesima società.

Deve altresì precisarsi che, alla luce del tenore motivazionale e dispositivo delle citate ordinanze, non viene in rilievo la questione del rapporto (di bilanciamento) tra esigenza di riservatezza del concorrente, per quanto concerne le informazioni contenute nella relativa offerta tecnica che siano espressione della sua capacità ideativa ed organizzativa, ed interesse del richiedente l'accesso, con particolare riguardo alla sua eventuale inflessione difensiva *ex* art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016: ciò in quanto, oltre a non aver costituito oggetto di specifiche deduzioni della parte appellante (che incentra le sue critiche nei confronti delle modalità con le quali la società controinteressata ha attuato la *disclosure* documentale, oscurando due paragrafi del progetto tecnico da essa presentato in gara ed un allegato dello stesso, come più analiticamente si dirà *infra*, essenzialmente sostenendo l'insussistenza dei presupposti di segretezza atti a legittimare la parziale opposizione ostensiva da quella avanzata).

Il potere del giudice esercitato con ordinanze istruttorie volte alla verifica della possibilità di acquisire l'offerta tecnica integrale di gara, esercitabile anche officiosamente *ex* art. 65, comma 3, c.p.a., è principalmente orientato a garantire la completezza istruttoria del giudizio di merito, con particolare riguardo alla acquisizione al relativo compendio probatorio dei documenti di cui all'art. 46, comma 2, c.p.a., e non – se non in via meramente mediata - a soddisfare l'interesse ostensivo di una delle parti del giudizio, in funzione della difesa in giudizio degli interessi di cui essa è soggettivamente portatrice. Così delineati l'oggetto e la cornice del presente giudizio, deve osservarsi, in via ugualmente preliminare, che la verifica relativa alla sussistenza (*recte*, alla “motivata e comprovata” rappresentazione da parte del titolare dei dati) di segreti “tecnici o commerciali” implica un inevitabile margine di “affidamento” alla dichiarazione della parte interessata, cui spetta in via prioritaria apprezzare la relazione tra le informazioni riservate ed il suo specifico *background* esperienziale e ideativo: dichiarazione che non si sottrae, comunque, al sindacato del giudice amministrativo, inteso ad accertarne l'attendibilità, anche sulla scorta delle deduzioni della parte interessata ad ottenere la più ampia disponibilità di

quelle informazioni, e rafforzato dall'accesso diretto alle stesse (solo) da parte del giudice, che consente ad esso di valutarne l'effettiva riconducibilità al patrimonio tecnico e commerciale esclusivo dell'impresa cui ineriscono.

Né può omettersi di osservare che il sindacato del giudice amministrativo in *subiecta materia* si alimenta di tutti gli elementi utili al suo giudizio, sia intrinseci alle informazioni asseritamente riservate, sia estrinseci alle stesse, come la sede in cui la parte interessata al mantenimento del segreto ha manifestato le sottostanti ragioni giustificative: sì che, da questo punto di vista, si rivela utile, sebbene non quale pre-condizione per l'opposizione del segreto ma quale criterio di valutazione della sua meritevolezza, la formulazione della relativa dichiarazione già nel contesto dell'offerta o successivamente (aspetto che, per una parte della giurisprudenza, incide invece sullo stesso an del regime di segretezza, laddove si afferma, con riferimento al tema dell'accesso, che esso "può essere escluso sempre che il concorrente, in sede di offerta, dichiari preventivamente che talune informazioni fornite nell'ambito dell'offerta costituiscono segreti tecnici e commerciali; con la conseguenza che tale indicazione, costituendo specifico onere per il concorrente che intenda mantenere riservate e sottratte all'accesso tali parti della propria offerta, non può invece rappresentare, sul piano della ragionevolezza interpretativa, un impedimento frapposto *ex post* dall'aggiudicatario, a tutela della posizione conseguita, nei confronti dell'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale da parte degli altri concorrenti": cfr. Cons. Stato, sez. V, 1° luglio 2020, n. 4220).

Deve infine osservarsi che, inerendo l'indagine ai limiti del potere acquisitivo del giudice (ed alle condizioni da osservare al fine di conciliare le esigenze di completezza istruttoria del giudizio, tutela del contraddittorio e parità tra le parti con la salvaguardia delle informazioni oggetto di segreto), essa deve ritenersi affrancata dagli stringenti vincoli immanenti al principio dispositivo, con la conseguente possibilità di attingere ad argomenti ed elementi non dedotti dalle parti (ed in particolare da quella interessata alla conoscenza della documentazione tecnica della aggiudicataria).

13.5. Accesso civico generalizzato al Piano Sanitario Nazionale in risposta ad una eventuale emergenza pandemica da Covid-19.

La sez. III, con sentenza 9 luglio 2021, n. 5213 ha affermato che la trasmissione - nelle more del giudizio di appello - ai deputati della Repubblica italiana, che hanno esercitato l'accesso civico generalizzato nell'esercizio delle prerogative ad essi riservate *ex art. 67 Cost.*, del "Piano Sanitario Nazionale in risposta ad una eventuale emergenza pandemica da Covid-19" soddisfa l'interesse ostensivo, azionato ai sensi dell'art. 5, d.lgs. n. 33 del 2013, per la trasparenza degli atti adottati dalle autorità sanitarie nel contrasto alla diffusione della pandemia da Covid-19 (v. Cons. Stato, Ad. plen., 10 aprile 2020, n. 10).

Ha chiarito la Sezione che la sopravvenuta carenza di interesse all'*actio ad exhibendum* determina l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, che ha ordinato l'ostensione del documento contestato, in quanto, sensi degli artt. 35, comma 1, lett. c), 38 e 85 comma 9, c.p.a., nel giudizio amministrativo il rapporto processuale non perde la sua unitarietà per il fatto di essere articolato in gradi distinti, sicché la sopravvenuta

carezza o l'estinzione dell'interesse al ricorso di primo grado determina l'improcedibilità non solo dell'appello – indipendentemente da chi l'abbia proposto – ma pure dell'impugnazione originaria spiegata innanzi al giudice di primo grado, e comporta quindi, qualora non si verta in ipotesi di vizio o difetto inficiante il solo giudizio di appello, l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata (Cons. Stato, sez. IV, 26 ottobre 2020, n. 6515).

14. Sanità.

14.1. Libera scelta del c.d. medico di base.

La sez. III, con sentenza 23 febbraio 2021, n. 1555 ha affermato che l'Azienda sanitaria è obbligata a disporre senza indugio l'iscrizione presso il medico di base o il medico convenzionato per la pediatria di libera scelta su richiesta dei pazienti o degli esercenti la potestà genitoriale anche se residenti in Comune diverso ma ricompreso nell'ambito territoriale della medesima Azienda sanitaria.

Ha ricordato la Sezione che la l. n. 833 del 23 dicembre 1978 (“Riforma Sanitaria”) prevede, all'art. 19, comma 2, che “ai cittadini è assicurato il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura nei limiti oggettivi dell'organizzazione dei servizi territoriali”. L'art. 25 ribadisce, al comma 4, sia per i medici generici che per i pediatri, il principio della libera “scelta del medico di fiducia” che può essere esercitata fra i sanitari dipendenti o convenzionati del Servizio sanitario nazionale operanti nelle unità sanitarie locali o nel comune di residenza.

Le predette previsioni di legge pongono una regola generale (quella della libertà di scelta del medico o del pediatra di fiducia) che deve necessariamente prevalere su ogni contraria disposizione, a maggior ragione ove rinveniente da fonti non idonee a introdurre disposizioni normative cogenti *erga omnes*, quale l'Accordo Collettivo Nazionale per la Disciplina dei Rapporti con i Medici Pediatri di Libera Scelta stipulato il 15 dicembre 2005 ai sensi dell'art. 8, d.lgs. n. 502 del 1992, destinato a regolare solamente, ai sensi dell'art. 48, l. n. 833 del 1978, un uniforme trattamento economico e giuridico degli operatori, ma non il loro rapporto con gli assistiti né le conseguenti ricadute economiche.

Allo stesso modo, il limite di cui al citato art. 19, comma 2, comportando una deroga è di stretta interpretazione, ed è testualmente riferito ai soli “limiti oggettivi dell'organizzazione dei servizi territoriali” ovvero all'organizzazione del Servizio Sanitario in Aziende sanitarie munite di una propria circoscrizione. La giurisprudenza amministrativa ha quindi riconosciuto che il diritto di libera scelta del medico può essere esercitato all'interno dell'intero ambito di ciascuna Azienda Sanitaria, senza che questa possa imporre indebite restrizioni di tipo territoriale (Tar Lazio, sez. I, 1 giugno 1987, n. 1132). Le previsioni della legge di riforma del Servizio Sanitario Nazionale non possono neppure essere superate dalla generica considerazione, sottesa alle conclusioni del giudice di primo grado, circa la rispondenza di tutti i sanitari interessati dal citato Accordo Collettivo Nazionale ai medesimi requisiti di legge (possessione della laurea in medicina e del titolo di specializzazione, iscrizione professionale, rapporto convenzionale in atto), in

quanto tali previsioni risultano, sotto un profilo sistematico, ricognitive del generalissimo principio del *favor libertatis* che deve necessariamente caratterizzare un ordinamento democratico in cui “La Repubblica riconosce e” (quindi) “garantisce i diritti inviolabili dell’uomo” (art. 2 Cost.) e nel quale, con riferimento al caso in esame, “La repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo” (prima ancora che) “ come interesse della collettività” (art. 32 Cost.).

Il predetto quadro ordinamentale delinea pertanto il diritto, sancito dalla citata legge di riforma del Servizio Sanitario Nazionale, di ciascuno alla libera scelta del proprio medico di fiducia, e quindi del pediatra per il minore da parte di chi esercita la potestà genitoriale, nell’ambito del “dovere e diritto dei genitori” di curare il benessere dei propri figli (art. 30 Cost.), secondo un rapporto fra la Libertà e l’Autorità e necessariamente improntato ai principi di uguaglianza, imparzialità e buon andamento dei pubblici uffici di cui agli artt. 3 e 97 Cost. ed ai criteri, di matrice euro-unitaria, di proporzionalità e di sussidiarietà, che impongono di consentire ad ogni cittadino-paziente la scelta fiduciaria, nell’ambito della platea dei soggetti potenzialmente idonei ed anche nell’ambito del Servizio Sanitario Nazionale pubblico, della struttura sanitaria ed ospedaliera, così come della Regione di riferimento, così come del medico di base e del pediatra di fiducia, ai quali rivolgersi a tutela del proprio diritto alla salute, senza subire restrizioni di spazio, di tempo o di modalità d’accesso, da parte dell’Amministrazione, diverse o ultronee rispetto a quelle strettamente giustificate da esigenze di tutela del diritto alla salute (così come accade per le misure di contrasto alla pandemia in atto) o da reali e comprovate esigenze organizzative o finanziarie del Servizio Sanitario Nazionale, qui in alcun modo allegate o documentate.

Sotto altro profilo, le medesime norme si saldano ad duplice principio, non solo di libera scelta su base fiduciaria del medico o del pediatra di fiducia da parte degli assistiti, ma anche di libero esercizio, da parte del medico o del pediatra di fiducia, della professione medica che, anche quando esercitata in regime di convenzione con il Servizio Sanitario Pubblico, concreta un’attività professionale diretta alla cura di ogni singolo paziente, con il quale si instaura un rapporto fiduciario avente per oggetto diritti strettamente personali, assoluti ed incompressibili, concernenti la vita e la salute di ciascuno.

Sotto entrambi i profili sopra individuati, le pregresse considerazioni implicano quindi un rapporto esclusivo medico-paziente avente ad oggetto la cura della vita e della salute di quest’ultimo conseguendone, da un lato, l’impossibilità di configurare la presenza di colleghi “controinteressati” in ordine alla scelta del medico (dovendosi quindi respingere l’eccezione proposta dall’associazione sindacale interveniente) e, dall’altro, la possibilità di azionare davanti a questo giudice la tutela giurisdizionale, garantita dalla Costituzione, al fine di far valere l’irragionevolezza, alla stregua di un criterio di proporzionalità e di sussidiarietà, e quindi l’illegittimità, per violazione delle sopraindicate disposizioni ricognitive dei principi costituzionali di uguaglianza, imparzialità e buon andamento, di ogni eventuale indebito limite frapposto alla libertà di scelta del medico o del pediatra di fiducia, ove non strettamente necessario a fini di tutela della salute pubblica

o per comprovate esigenze organizzative o finanziarie del Servizio Sanitario Nazionale pubblico.

14.2. Tetti di spesa sanitaria.

La sez. III, con sentenza 7 dicembre 2021, n. 8161 ha affermato che la fissazione dei criteri di commisurazione dei tetti di spesa e la determinazione dei *budget* rientrano nell'ambito della discrezionalità amministrativa, ma tale esercizio del potere non è sottratto al sindacato del giudice amministrativo.

Ha ricordato la Sezione che il potere della programmazione della spesa pubblica e della razionalizzazione del sistema sanitario è caratterizzato da ampia discrezionalità, in considerazione delle insopprimibili esigenze di riequilibrio finanziario, a fronte del quale si pone la natura di diritto finanziariamente condizionato del diritto alla salute, come chiarito anche dalla Corte costituzionale (28 luglio 1993, n. 355; id. 17 luglio 1998, n. 267; id. 20 novembre 2000, n. 509; id. 27 luglio 2011, n. 248). La determinazione dei tetti di spesa, in particolare, è espressione del potere di programmazione della Regione caratterizzato da ampia discrezionalità nella previsione del dimensionamento e dei meccanismi di attribuzione delle risorse disponibili, con l'obiettivo di bilanciare molteplici e spesso contrapposti interessi di rilevanza anche costituzionale, come il contenimento della spesa in base alle risorse concretamente disponibili, l'esigenza di assicurare prestazioni sanitarie quantitativamente e qualitativamente adeguate agli assistiti, quelli delle strutture private operanti secondo logiche imprenditoriali, quelli delle strutture pubbliche vincolate all'erogazione del servizio nell'osservanza dei principi di efficienza e buon andamento (Cons. Stato, sez. III, 14 novembre 2018, n. 6427; id. 4 luglio 2017, n. 3274).

A fronte di tale ampia discrezionalità, il sindacato del giudice amministrativo è circoscritto agli aspetti del provvedimento che possano rivelarsi quali indici sintomatici di una plateale illogicità, irragionevolezza, erroneità posto in essere dall'autorità amministrativa.

La Sezione ha aggiunto che in sede di fissazione dei criteri di commisurazione dei tetti di spesa la Regione non può utilizzare il criterio della media della produzione nel triennio precedente, se tale produzione è stata condizionata da precedenti delibere di definizione dei criteri di ripartizione del tetto, successivamente annullati dal giudice di primo grado. Non rileva la circostanza che le sentenze di annullamento dei tetti di spesa relativi al triennio precedente fossero state pubblicate dopo l'adozione delle delibere impugnate. Ed invero, i tetti di spesa assegnati nel triennio 2015-2018 hanno inciso sul dato della produzione: quest'ultimo, infatti, è stato condizionato dai criteri in base ai quali era stato fissato il tetto di spesa per tali annualità.

Tutto ciò chiarito, la Sezione ha dichiarato illegittima la delibera della Regione che fissa i criteri di commisurazione dei tetti di spesa prevedendo un premio alle strutture che hanno fatto registrare un incremento di fatturato (nel limite del 20%), di fatto premiando le sole strutture grandi che erano in grado di sostenere l'*extra budget*, con il conseguente rischio della mancata remunerazione delle prestazioni rese al di sopra del tetto di spesa.

Ha ricordato la Sezione che l'art. 8 *quinquies*, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 non consente la remunerazione delle prestazioni che eccedono il tetto di spesa, in quanto la funzionalità del sistema di programmazione della spesa sanitaria presuppone il rispetto dei limiti di spesa stabiliti.

La Corte di Cassazione, sez. III, 6 luglio 2020, n. 13884 in tema di prestazioni extra budget, ha affermato che l'art. 8-*sexies*, comma 1, d.lgs. n. 502 del 1992, dispone che le "strutture che erogano assistenza ospedaliera e ambulatoriale a carico del Servizio sanitario nazionale sono finanziate secondo un ammontare globale predefinito indicato negli accordi contrattuali di cui all'art. 8-*quinquies* e determinato in base alle funzioni assistenziali e alle attività svolte nell'ambito e per conto della rete dei servizi di riferimento", mentre il precedente articolo, al comma 1, lett. d), prevede che le Regioni stabiliscano i "criteri per la determinazione della remunerazione delle strutture ove queste abbiano erogato volumi di prestazioni eccedenti il programma preventivo concordato, tenuto conto del volume complessivo di attività e del concorso allo stesso da parte di ciascuna struttura".

Secondo la Corte di Cassazione tanto "la fissazione del tetto massimo annuale di spesa sostenibile con il fondo sanitario, per singola istituzione o per gruppi di istituzioni", quanto "la determinazione dei preventivi annuali delle prestazioni", risulta "rimessa ad un atto autoritativo e vincolante di programmazione regionale, e non già ad una fase concordata e convenzionale", visto che "tale attività di programmazione, tesa a garantire la corretta gestione delle risorse disponibili, assume valenza imprescindibile in quanto la fissazione dei limiti di spesa rappresenta l'adempimento di un preciso ed ineludibile obbligo che influisce sulla possibilità stessa di attingere le risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate" (Cass. civ., sez. III, n. 27997 del 2019, che richiama Cons. Stato, Ad. plen., 12 aprile 2012, n. 3). In altri termini, "l'osservanza del tetto di spesa in materia sanitaria rappresenta un vincolo ineludibile che costituisce la misura delle prestazioni sanitarie che il Servizio sanitario nazionale può erogare e che può permettersi di acquistare da ciascun erogatore privato", di talchè si è ritenuta persino "giustificata (anche) la mancata previsione di criteri di remunerazione delle prestazioni extra budget", e ciò in ragione della "necessità di dover comunque rispettare i tetti di spesa e, quindi, il vincolo delle risorse disponibili" (così, in motivazione, Cass. civ., sez. III, n. 27608 del 2019, cit., la quale richiama Cons. Stato, sez. III, 10 febbraio 2016, n. 566; id. 10 aprile 2015, n. 1832).

Una conclusione, questa, che si è ritenuto essere confortata dalle stesse norme vigenti in materia (art. 32, comma 8, l. 27 dicembre 1997, n. 449; art. 12, comma 3, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502; art. 39, d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446), le quali "hanno disposto che, in condizioni di scarsità di risorse e di necessario risanamento del bilancio, anche il sistema sanitario non può prescindere dall'esigenza di perseguire obiettivi di razionalizzazione finalizzati al raggiungimento di una situazione di equilibrio finanziario attraverso la programmazione e pianificazione autoritativa e vincolante dei limiti di spesa dei vari soggetti operanti nel sistema" (Cass. civ., sez. III, n. 27608 del 2019, cit.).

Quello, infatti, che viene in rilievo in tale ambito è "un potere connotato da ampi margini di discrezionalità, posto che deve bilanciare interessi diversi e per certi versi contrapposti, ovvero l'interesse pubblico al contenimento della spesa, il diritto degli assistiti alla fruizione di adeguate prestazioni sanitarie, le aspettative degli operatori privati che si muovono secondo una legittima logica imprenditoriale e l'assicurazione della massima efficienza delle strutture pubbliche che garantiscono l'assistenza sanitaria a tutta la popolazione secondo i caratteri tipici di un sistema universalistico". Il tutto, però, sempre nella prospettiva "che il perseguimento degli interessi collettivi e pubblici compresenti nella materia" non resti "subordinato e condizionato agli interessi privati i quali, per quanto meritevoli di tutela, risultano cedevoli e recessivi rispetto a quelli pubblici" (Cass. civ., sez. III, n. 27608 del 2019, cit.), giacché, in definitiva, gli "operatori privati restano liberi di valutare la convenienza a continuare ad operare in regime di accreditamento accettando le limitazioni imposte, oppure di collocarsi al di fuori del servizio sanitario nazionale e continuare ad operare privatamente" (Corte cost. 26 maggio 2005, n. 200)".

14.3. Accredimento delle strutture sanitarie private.

La sez. III, con ordinanza 24 dicembre 2021, n. 8610 ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 117, comma 3, Cost., dell'art. 19, comma 3, l. reg. Puglia n. 9 del 2017, nella versione antecedente alle modifiche introdotte dagli artt. 49, comma 1, l. reg. 30 novembre 2019, n. 52 e 9, comma 1, l. reg. 7 luglio 2020, nella parte in cui introduce una deroga al principio generale in forza del quale l'autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio delle strutture sanitarie e sociosanitarie non produce effetti vincolanti ai fini della procedura di accreditamento istituzionale, che si fonda sul criterio di funzionalità rispetto alla programmazione regionale.

Ha chiarito la Sezione che l'art. 19, comma 3, l. reg. n. 9 del 2017 - nella versione antecedente alle modifiche introdotte dagli artt. 49, comma 1, l. reg. 30 novembre 2019, n. 52 e 9, comma 1, l. reg. 7 luglio 2020, dichiarate costituzionalmente illegittime rispettivamente con sentenza 12 marzo 2021, n. 36 e 15 ottobre 2021, n. 195 (dichiarate costituzionalmente illegittime rispettivamente con sentenza 12 marzo 2021, n. 36 e 15 ottobre 2021, n. 195, a mente della quale "L'autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio non produce effetti vincolanti ai fini della procedura di accreditamento istituzionale, che si fonda sul criterio di funzionalità rispetto alla programmazione regionale, salvo che non si tratti di modifiche, ampliamento e trasformazione di cui all'art. 5, comma 2, inerenti strutture già accreditate") - pone, in presenza di strutture già accreditate per altre attività, l'obbligo dell'Amministrazione di prendere atto ai fini del rilascio di un ulteriore provvedimento di accreditamento - e senza la mediazione costitutiva di una propria autonoma e specifica valutazione quanto alla funzionalità rispetto alla programmazione regionale - della già intervenuta autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio di attività costituenti modifiche, ampliamento e trasformazione di cui all'art. 5, comma 2, evenienza questa già sopra acclarata.

In siffatte evenienze viene, dunque, introdotta una deroga al principio generale in forza del quale l'autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio delle strutture sanitarie e socio-sanitarie non produce effetti vincolanti ai fini della procedura di accreditamento istituzionale, che si fonda sul criterio di funzionalità rispetto alla programmazione regionale.

È, infatti, finanche esplicitata nell'economia della suindicata fattispecie normativa (L'autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio non produce effetti vincolanti ai fini della procedura di accreditamento istituzionale... salvo che non si tratti di modifiche, ampliamento e trasformazione di cui all'art. 5, comma 2, inerenti strutture già accreditate) la circostanza che, in presenza delle condizioni derogatorie ivi espressamente previste (modifiche, ampliamento e trasformazione di cui all'art. 5, comma 2, inerenti strutture già accreditate), l'accredimento risulti legato, sotto il profilo genetico, da un rapporto vincolato e automatico con il distinto e presupposto provvedimento autorizzatorio, senza che, nei suddetti casi, sull'*an* del rilascio possano in alcun modo interferire valutazioni discrezionali dell'Amministrazione nell'ambito (come avviene di norma) di un apposito procedimento amministrativo, da ritenersi viceversa indispensabile siccome forma indefettibile della funzione amministrativa.

In altri termini, in presenza delle menzionate fattispecie derogatorie, il provvedimento di rilascio dell'accredimento si pone come misura rigorosamente attuativa di norme vincolanti che rendono la statuizione amministrativa atto dovuto ed a contenuto vincolato.

Ad avviso della Sezione la menzionata disposizione si pone in contrasto con l'art. 117, comma 3, Cost., in relazione ai principi fondamentali posti dalla legge statale in materia di tutela della salute nella specie declinati agli artt. 8, comma 4, 8 *bis*, 8-*ter* e 8-*quater*, d.lgs. n. 502 del 1992, per le medesime ragioni già evidenziate dal Giudice delle leggi nelle decisioni del 12 marzo 2021, n. 36 e del 15 ottobre 2021, n. 195, non direttamente applicabili in quanto riferite a norme diverse da quella qui in rilievo, ma replicabili nei principi ivi affermati siccome riferiti a una fattispecie parimenti governata da una vincolante sequenza di effetti giuridici ampliativi, geneticamente collegati in via ordinaria a distinti e autonomi provvedimenti, ma qui scandita, per effetto di derogatorie previsioni normative regionali, da rigidi automatismi ingeneranti una non consentita sovrapposizione tra autorizzazione e accreditamento.

Com'è noto, la competenza regionale in materia di autorizzazione ed accreditamento di istituzioni sanitarie private deve essere inquadrata nella più generale potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute, che vincola le Regioni al rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato e nel reticolo delle disposizioni sopra menzionate il legislatore statale pone in rapporto di autonomia i provvedimenti di autorizzazione e di accreditamento di strutture sanitarie, dovendo soggiungersi che la necessità della mediazione costitutiva di un atto di accreditamento s'impone anche nel caso di ampliamento di una struttura preesistente ai sensi dell'art. 8 *quater*, comma 7, d.lgs. n. 502 del 1992 (Corte cost. n. 132 del 2013).

La *res controversa* oggi all'esame appare, dunque, del tutto speculare rispetto a quelle scrutinate dalle pronunce appena ricordate: viene, invero, nuovamente in rilievo una deroga incentrata su un'autorizzazione già rilasciata che vincola, secondo la legge regionale, il successivo accreditamento.

La Sezione ha escluso che assuma rilievo la circostanza che la norma in argomento, e vigente al momento dell'atto impugnato in prime cure, sia stata successivamente abrogata. La Corte costituzionale ha costantemente affermato la persistenza della rilevanza della questione anche nel caso in cui la norma sottoposta a scrutinio sia sostituita da una successiva, perché la legittimità dell'atto deve essere esaminata, in virtù del principio *tempus regit actum*, con riguardo alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della sua adozione (sentenze 24 aprile 2013, n. 78; 11 luglio 2012, n. 177; nonché, tra le altre, sentenze 25 novembre 2011, n. 321; 11 giugno 2010, n. 209 ; 28 novembre 2008, n. 391; 20 novembre 2000 n. 509). Segnatamente, in una vicenda analoga a quella qui in rilievo la Corte, nella sentenza n. 177 del 2021, ha precisato che “Il fatto che la norma da scrutinare sia stata sostituita da una successiva, poi dichiarata costituzionalmente illegittima, non toglie di per sé rilevanza alla questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la disposizione precedente; questa Corte ha avuto modo di precisare in altre occasioni, infatti, che, ove un determinato atto amministrativo sia stato adottato sulla base di una norma poi abrogata – o, come nella specie, dichiarata costituzionalmente illegittima – la legittimità dell'atto deve essere esaminata, in virtù del principio *tempus regit actum*, ‘con riguardo alla situazione di fatto e di diritto’ esistente al momento della sua adozione (sentenza n. 209 del 2010, nonché, in precedenza, sentenza n. 509 del 2000)”. Del resto, i due istituti giuridici dell'abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono eguali fra loro, ma si muovono su piani diversi ed hanno, soprattutto, effetti diversi. Mentre la dichiarazione di incostituzionalità di una legge o di un atto avente forza di legge rende la norma inefficace *ex tunc* e quindi estende la sua invalidità a tutti i rapporti giuridici ancora pendenti al momento della decisione della Corte, restandone così esclusi soltanto i “rapporti esauriti”, (cfr. l'art. 136 Cost., e l'art. 30, comma 3, l. 11 marzo 1953, n. 87) l'abrogazione, salvo il caso (in questo caso non ricorrente) dell'abrogazione con effetti retroattivi, opera solo per l'avvenire, atteso che anche la legge abrogante é sottoposta alla regola di cui all'art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale (c.d. Preleggi), secondo cui “la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo”.

Con sentenza 4 agosto 2021, n. 5758 la sez. III ha affermato che in sede di remunerazione di prestazioni sanitarie erogate da strutture private, il principio di buona fede, che deve improntare i rapporti tra Pubblica amministrazione e cittadino, impone di considerare che a fronte di somme ricevute a titolo di anticipazione, per una causale ben precisa, i percipienti sono perfettamente a conoscenza dell'esistenza del procedimento nel cui ambito tale erogazione era avvenuta, e che ha come inevitabile conseguenza normativa il successivo conguaglio finale, senza che il decorso del tempo possa legittimamente fondare la convinzione di una estinzione - per rinuncia - del procedimento medesimo.

Ha ricordato la Sezione che in diritto civile la nozione di affidamento – secondo autorevole dottrina – ha riguardo a “fenomeni distinti”, accomunati dalla necessità di risolvere il conflitto ingenerato dalla divergenza fra realtà e apparenza; essa, nell’età contemporanea, tende ad essere ricondotta al dovere di solidarietà cui devono essere improntate le relazioni intersoggettive. Si tratta di una regola che viene declinata anzitutto in materia di acquisti a non domino, non solo per via contrattuale; è tuttavia nella materia contrattuale che l’affidamento viene elevato dalle norme a criterio interpretativo della dichiarazione negoziale: e, dunque, del contenuto dell’obbligo.

L’istituto, e le regole che ne discendono, hanno pertanto la funzione di adeguare, sul piano delle regole di validità, l’assetto d’interessi all’apparenza creata da fatti, comportamenti e dichiarazioni: in modo da conformare le vicende relative alla circolazione dei beni all’impronta solidaristica.

Di qui la peculiarità della nozione in ambito di diritto civile, e la sua non automatica esportabilità nel settore del diritto amministrativo.

In diritto amministrativo la nozione ha un fondamento analogo, ma un ambito più circoscritto.

Il fondamento analogo è dato dal fatto che il destinatario del provvedimento favorevole ripone un affidamento sulla validità ed efficacia dello stesso (sempre che tale affidamento sia autorizzato dal regime del provvedimento): il problema della divergenza fra realtà ed apparenza si pone allorchè tale provvedimento, e i relativi effetti ampliativi, vengano rimossi (in autotutela, o a seguito di ricorso giurisdizionale).

Con due importanti precisazioni: la prima è che il procedimento amministrativo non è un’attività relazionale a forma libera; la pretesa di ritenere non iure la condotta dell’amministrazione passa inevitabilmente per l’accertamento dell’illegittimità dei suoi atti.

La seconda è che la valutazione dell’ordinamento sul grado di affidamento configurabile a seguito di un provvedimento favorevole è già contenuta nel regime di stabilità del provvedimento medesimo.

Il concetto di buona fede e quello di affidamento hanno riguardo a due distinte nozioni: peraltro connesse, in quanto già in diritto civile è la buona fede che qualifica come incolpevole l’affidamento meritevole di tutela (la stessa teorica civilistica dell’affidamento esige infatti una diligenza nell’affidarsi all’altrui comportamento).

Il beneficiario del provvedimento favorevole sa già che, a certe condizioni (anche temporali), lo stesso può essere rimosso: tanto che in materia di provvedimenti amministrativi la tutela dell’affidamento in ambito comunitario (veicolata attraverso l’art. 1, comma 1, l. n. 241 del 1990 nel nostro ordinamento) è costruita sul piano degli effetti giuridici dell’autotutela: i margini della tutela dell’affidamento riposto sulla stabilità del provvedimento sono definiti dal legislatore, attraverso la disciplina dei limiti di natura temporale all’esercizio del potere di autotutela.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 10 novembre 2021, n. 994 ha ritenuto che le strutture accreditate che, pur aspirando alla contrattualizzazione (e quindi all’apertura al mercato), abbiano prestato acquiescenza ai dinieghi di contrattualizzazione emesso dall’Azienda sanitaria di riferimento o addirittura non

abbiano nemmeno formulato istanza non possono trarre beneficio dalla statuizione giurisdizionale favorevole intervenuta sul ricorso proposto da altre strutture

Il C.g.a. ha escluso che tale preclusione potrebbe ovviare l'Agcm, tenuto conto della natura giuridica dell'interesse tutelato mediante il ricorso *ex art. 21 bis*, l. n. 287 del 1990, ossia l'interesse pubblico alla tutela e alla promozione del mercato e della concorrenza, in funzione del quale viene riconosciuta una legittimazione processuale straordinaria che consente la proposizione del ricorso a prescindere dall'iniziativa di singoli che lamentino una lesione diretta e immediata della loro sfera giuridica ed anche oltre gli ordinari termini di decadenza.

Viene così in evidenza la lesione del principio di libera concorrenza a seguito di un ricorso proposto dall'Autorità di settore che, attivando la legittimazione straordinariamente attribuita dal legislatore, fa valere l'interesse generale al corretto dispiegarsi del mercato.

L'Agcm, quindi, anche nel chiedere l'esecuzione del giudicato è portatrice di un interesse generale, e non di una somma di interessi individuali, per cui deve escludersi che possa agire nell'interesse di singoli che non abbiano tempestivamente impugnato i provvedimenti lesivi, cosa che determinerebbe un aggiramento dei termini decadenziali di impugnazione e l'elusione delle regole in tema di inoppugnabilità degli atti (gli uni e le altre funzionali alla rapida definizione e certezza dei rapporti fra cittadini e Pubblica amministrazione).

D'altra parte, le strutture che si siano, invece, tempestivamente gravate avverso gli atti di rigetto della richiesta di contrattualizzazione sarebbero comunque tutelate in virtù della propria singola impugnazione.

Nel bilanciamento, quindi, fra le varie posizioni si evince che dall'efficacia *ex nunc* della statuizione nessun soggetto verrebbe pregiudicato tra coloro che non siano rimasti acquiescenti al provvedimento di cui si discute.

E d'altra parte, alla luce della circostanza che il ricorso *ex art. 21 bis*, l. n. 287 del 1990 citato è proposto oltre i termini di decadenza e non è richiesto che sia notificato a tutti i beneficiari del provvedimento, si perviene alla conclusione che il ricorso in questione tenda soprattutto ad un risultato conformativo per il futuro e non ripristinatorio; risultato conformativo che è perciò il solo per il quale l'Agcm potrà eventualmente agire in sede di ottemperanza, in mancanza dell'auspicabile adeguamento spontaneo della Regione per le annualità successive a quelle oggetto del presente giudizio.

14.4. Livelli essenziali di assistenza.

Con sentenza 18 giugno 2021, n. 4732 la sez. III ha giudicato illegittima la circolare del Ministero della Salute che esclude dai Livelli essenziali di assistenza (Lea) interventi che sono solo estetici e non medicali, individuando l'eseguibilità della prestazione "pigmentazione dell'areola capezzolo" esclusivamente da parte dei professionisti sanitari ed escludendola dalle attività previste dalla l. n. 1 del 1990 per la figura artigianale dell'estetista, in considerazione del riconoscimento della stessa nell'alveo dei Lea ai sensi del

d.P.C.M. 12 gennaio 2017, n. 110258, recante “Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza”, di cui all’art. 1, comma 7, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502.

Ha chiarito la Sezione che la pratica della dermopigmentazione non può essere ricondotta alla tipologia del trattamento terapeutico, come unica conseguenza della sua indicazione tra i L.E.A.. I livelli essenziali di assistenza, infatti, sono le prestazioni e i servizi che il Servizio sanitario nazionale è tenuto a garantire a tutti i cittadini. Affermare la natura sanitaria come unica conseguenza dell’inclusione dell’elenco implica un salto logico, che non può trovare condivisione.

Di poi, risulta anche evidenziato, dalle indicate conclusioni, come l’attività di dermopigmentazione sia specificamente finalizzata a ristabilire il benessere complessivo della persona attraverso un trattamento estetico (e dunque riconducibile all’attività propria dell’estetista, di cui alla legge n. 1/90, nulla avendo a che vedere con l’intervento chirurgico). Emerge, altresì, che, nel caso di tessuti trattati da radioterapia o chemioterapia, il professionista debba necessariamente acquisire il parere di un medico, prima di effettuare il trattamento, come, peraltro, è tenuto a fare in aderenza alla diligenza professionale in altri casi particolari.

Ancora, va precisato che, allo stato, i corsi abilitanti alla effettuazione della dermopigmentazione sono diretti agli estetisti, mentre non risultano, come rilevato dai verificatori, corsi di preparazione per operatori sanitari o per medici.

14.5. Assistenza indiretta.

La sez. III, con sentenza 9 marzo 2021, n. 1956 ha giudicato illegittima, per violazione delle previsioni della l. n. 104 del 1992, nonché degli artt. 2, 3, secondo comma, e 32, Cost., la riduzione dell’assegno per assistenza indiretta, erogato da Roma Capitale e disposta a seguito di una riparametrazione degli importi delle misure di assistenza indiretta, resasi necessaria per incapacità delle somme disponibili a coprire l’intero fabbisogno, nel caso di riscontrata irragionevolezza, e quindi somma ingiustizia, del sostanziale dimezzamento dell’assegno, in precedenza considerato necessario ed adeguato rispetto ai bisogni di assistenza; è, infatti, illegittima la motivazione esclusiva della variazione delle risorse finanziarie disponibili per la singola voce di spesa, a seguito di una valutazione astratta, disancorata sia dalle effettive complessive esigenze finanziarie pubbliche dell’Ente tenuto all’erogazione, sia dalla considerazione dei bisogni e dei diritti dell’invalida, in contrasto con il precedente accertamento dei medesimi bisogni compiuto dalla stessa Amministrazione.

In punto di fatto la questione riguarda l’attribuzione e rimodulazione del servizio *Saish* (Servizio per l’autonomia e l’integrazione della persona disabile) erogato da Roma Capitale nei confronti della ricorrente affetta dal 1954 da poliomielite. Gli esiti della malattia hanno comportato paraplegia agli arti inferiori e paresi addominali. La patologia che l’ha colpita l’ha dunque resa dall’età di otto anni, invalida al 100%. Nonostante la disabilità, anche grazie all’assistenza dei familiari la ricorrente è riuscita a laurearsi ed a vivere un’esistenza dignitosa e, a seguito della morte della madre e del fratello che l’avevano assistita, ha trascorso gli ultimi anni di vita nella casa di proprietà dei genitori,

sempre accudita e supportata dalla medesima badante, nominata erede universale (e che ha riassunto il giudizio in appello, alla morte della ricorrente).

A partire dall'anno 2001 la ricorrente ha ottenuto, dal Comune di Roma, l'assegno per assistenza indiretta (*Saisib*), progressivamente elevato fino a circa 2.150 euro mensili. Nel 2012 la Giunta comunale, per motivi di riorganizzazione dei servizi di assistenza domiciliare e di diminuzione del budget, ha rideterminato gli importi delle misure di assistenza indiretta e, conseguentemente, con il provvedimento l'assegno attribuito alla ricorrente è stato ridotto a circa 1.250 euro mensili.

Il giudice di primo grado ha respinto il ricorso sull'assunto che la riduzione dei contributi economici destinati alle misure di assistenza indiretta trovasse origine e spiegazione nella necessaria rimodulazione del budget nel senso dell'equità, a fronte della scarsità di risorse in relazione alle nuove domande ed al conseguente formarsi di una lista di attesa di possibili nuovi beneficiari. Ha aggiunto che la ricorrente non era meritevole di un supplemento del servizio irrogato a fronte di una situazione economica agevolata, in quanto proprietaria di un immobile ad uso abitativo, e pertanto esonerata da costi di locazione impiegabili nella cura della persona e nel pagamento dell'assegno alla sua badante.

Nel merito il Tar ha affermato che non vi è dubbio che l'attribuzione di un beneficio economico continuativo nel tempo e senza limiti di durata, legato all'accertamento di una situazione di particolare necessità dell'interessato, sia soggetta alla possibile revisione, migliorativa o come in questo caso peggiorativa, del beneficio a seguito della periodica verifica della sussistenza e della variazione delle condizioni previste, senza che una tale rideterminazione nel tempo debba necessariamente assumere i caratteri di una revoca, e quindi necessariamente comportare il rispetto degli stringenti presupposti ed oneri motivazionali previsti dalla l. n. 241 del 1990 per tale istituto.

Ha aggiunto il Tar che la riparametrazione degli importi dell'assegno per assistenza indiretta si inquadra in un quadro di riforma volto essenzialmente, a parità di stanziamenti e mediante un percorso di sperimentazione ormai concluso, a valorizzare l'operato del personale delle strutture private accreditate erogatrici ed a ridurre le crescenti liste di attesa e che privilegia i non autosufficienti rispetto agli anziani ed ai minori privi di assistenza.

Quanto al rapporto fra la riduzione disposta e le esigenze assistenziali della ricorrente in primo grado a fronte dei servizi diretti offerti dall'Amministrazione, e quindi la non manifesta irragionevolezza e grave ingiustizia dei criteri applicati ai fini della impugnata riduzione dell'assegno, emerge pertanto una non univoca correlazione fra le effettive condizioni e le necessità del soggetto interessato, i parametri di valutazione prefissati e gli importi conseguentemente riconosciuti.

Ad avviso della Sezione la riduzione dell'assegno di assistenza individuale per persone disabili attribuito alla originaria ricorrente sulla base dei nuovi parametri - che peraltro non risultano univocamente riferiti all'accertamento dei bisogni e delle esigenze di assistenza dell'interessata, che avevano in precedenza determinato un più alto importo interamente utilizzato per farvi fronte - è stato disposto senza che l'Amministrazione

abbia potuto apprezzare, dovendo applicare i predetti parametri, alcun mutamento della situazione dei fatti idoneo a giustificare la disposta riduzione dell'aiuto, non risultando una mitigazione, ma casomai una maggiore severità, delle esigenze di assistenza, in ragione dell'età e delle condizioni di salute che hanno poi portato alla morte della stessa ricorrente.

Ha aggiunto la Sezione che la decisione della Amministrazione di riparametrare gli importi dell'assegno mensile per assistenza indiretta, adottata a seguito della riscontrata incapienza della somma destinata a tali scopi a fronte della crescente domanda, deve essere vagliata dal giudice amministrativo non solo sotto il profilo della "violazione di legge", "incompetenza" ed "eccesso di potere" (art. 29 c.p.a.) - vizi di legittimità degli atti amministrativi - ma anche per violazione dei principi, di derivazione euro unitaria (peraltro già compresi nei generalissimi principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.), di ragionevolezza dell'azione amministrativa e, quindi, di adeguatezza dei mezzi giuridici utilizzati e dei loro contenuti rispetto alle finalità perseguite, di proporzionalità rispetto alla ponderazione fra i diversi interessi pubblici e privati coinvolti (con riferimento, in questo caso, alle plurime necessità di interventi sociali) e di sussidiarietà dell'intervento pubblico rispetto al generalissimo principio di libertà (comprendente, in questo caso, gli effettivi ambiti di autodeterminazione della persona non autosufficiente) .

Ha chiarito la Sezione che, con la propria decisione non intende impingere in ambiti di discrezionalità amministrativa o, a maggior ragione, di apprezzamento politico circa le scelte in materia di assistenza sociale adottate dell'Ente esponenziale della Comunità locale secondo un principio di rappresentanza democratica, ma al contrario resta confinato ad un criterio di stretta legittimità, concernente la non manifesta irragionevolezza ed ingiustizia ed il mancato sviamento dei due atti impugnati rispetto alle finalità dalla medesima dichiarate, criterio a propria volta parametrato non a valori soggettivi, bensì alle vigenti previsioni normative di cui alla l. n. 104 del 1992, a propria volta ricognitive dei diritti di tutela sanitaria e sociale, che cospirano a definire lo "status di cittadinanza" di tutti i componenti la Comunità nazionale, sanciti dagli artt. 2, 3, secondo comma, e 32 Cost..

In particolare, il "tradizionale" decalogo dei vizi di legittimità degli atti amministrativi per "violazione di legge", "incompetenza" ed "eccesso di potere" (art. 29 c.p.a.) deve essere arricchito ed ulteriormente articolato alla luce dei principi di derivazione euro unitaria (peraltro già compresi nei generalissimi principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.) di ragionevolezza dell'azione amministrativa e, quindi, di adeguatezza dei mezzi giuridici utilizzati e dei loro contenuti rispetto alle finalità perseguite (che in questo caso riguardano la tutela della persona non autosufficiente), di proporzionalità rispetto alla ponderazione fra i diversi interessi pubblici e privati coinvolti (con riferimento, in questo caso, alle plurime necessità di interventi sociali) e di sussidiarietà dell'intervento pubblico rispetto al generalissimo principio di libertà (comprendente, in questo caso, gli effettivi ambiti di autodeterminazione della persona non autosufficiente).

Pertanto, posto che ai sensi dell'art. 1 c.p.a. la "giurisdizione amministrativa" è chiamata ad assicurare "una tutela piena ed effettiva" attraverso i principi del "diritto europeo", che assumono rilevanza diretta anche nelle materie non rientranti nelle competenze dell'Unione (artt. 3, 4, 5, TUE) e che sono stati nel tempo declinati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che, nell'ambito della progressiva formazione pretoria di una sorta di "diritto comune europeo" ha delineato (anche) i predetti principi di ragionevolezza, adeguatezza, proporzionalità e sussidiarietà, è alla luce di tali principi che dovrà essere valutata la conformità della potestà discrezionale, esercitata dall'Amministrazione comunale con l'impugnata delibera del 2012, rispetto alle invocate disposizioni della l.n. 104 del 1992 e degli artt. 2, 3, secondo comma, e 32 Cost.

Ad avviso dei giudici di appello la riparametrazione, disposta nel 2012, appare intrinsecamente contraddittoria rispetto alle finalità dichiarate quanto al soddisfacimento dei bisogni dei disabili, e quindi in conflitto con la garanzia di tutela dei diritti dei disabili secondo il loro bisogno personale in conformità alle indicate previsioni della Costituzione e della l. n. 104 del 1992. D'altro canto, alla stregua della disposta istruttoria la sopravvenuta limitazione non trova compensazione in maggiori servizi di assistenza diretta, né può essere giustificata dalle contingenti limitazioni finanziarie alla stregua della giurisprudenza costituzionale sul punto, posto che l'Amministrazione ha adottato scelte, anche riferite alla riduzione della spesa sociale e alla preminenza dei servizi di assistenza diretta ed al conseguente supporto delle strutture private esterne, del tutto legittime nell'ambito della propria discrezionalità, ma non idonee a consentire di giustificare la contemporanea riduzione dell'assistenza indiretta ai disabili, che è stata indebitamente parametrata al variare del numero dei richiedenti e non alla diversa entità dei bisogni di ogni singola persona colpita da disabilità, concretando sotto tale profilo un evidente difetto di adeguatezza (rispetto alla duplice esigenza di ottimizzare le risorse disponibili e garantire un'efficace assistenza della ricorrente) di proporzionalità (rispetto alla mancata valutazione delle reali esigenze della ricorrente e di ogni altro richiedente) e di sussidiarietà (ledendo la sfera privata e familiare della ricorrente e aumentando anziché riducendo il suo gap di sofferenza fisica ed emotiva derivante dall'infermità), risultandone la illegittimità, sotto il profilo della irragionevolezza, della decisione di ridurre il livello di assistenza in ragione del maggior numero di richiedenti senza considerare le esigenze derivanti dalla situazione familiare, personale e fisica degli interessati, come se la coperta che in precedenza aveva offerto riparo all'interessata fosse stata tagliata, all'arrivo di altri bisognosi, in più pezzi troppo piccoli per riparare dal freddo né lei né gli altri, e quindi non utili allo scopo (nel caso della coperta, di riparare da freddo, qui, di garantire il pieno rispetto della dignità umana e i diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata e promuoverne la piena integrazione, secondo i "principi dell'ordinamento" sanciti dalla l. n. 104 del 1992).

14.6. Servizi sanitari, socio-sanitari e socio-assistenziali.

La sez. III, con sentenza 14 settembre 2021, n. 6292 ha dichiarato inammissibile per difetto di interesse il ricorso proposto da educatori professionali sanitari in servizio avverso la delibera della Regione Piemonte che consente, al fine di assicurare la continuità del servizio svolto presso le strutture ed i servizi socio sanitari, agli educatori professionali socio-pedagogici di esercitare la loro professione svolgendo esclusivamente i servizi socio-educativi presso le strutture socio-sanitarie e della salute territoriali, prevedendo, nel contempo, che gli stessi pedagogisti concorrono “agli standard organizzativi” di tali strutture, nonché che, in attesa dell’emanazione del decreto relativo all’istituzione delle liste speciali ad esaurimento, gli educatori professionali possano continuare a svolgere le attività professionali previste dal profilo delle professioni sanitarie di educatore professionale, purché si iscrivano ai suddetti elenchi speciali entro il 31 dicembre 2019.

Ha chiarito la Sezione che il difetto di interesse deriva dalla circostanza che i ricorrenti sono già in servizio e non subiscono alcuna lesione alla loro personale sfera giuridica da una delibera che consente la conservazione del posto di lavoro di colleghi non laureati, che a sua volta comporta la mancata assunzione di personale laureato per lo svolgimento dell’attività professionale o che consente a personale dotato della qualifica di educatore professionale socio-pedagogico di estendere la propria attività professionale.

Tale delibera non arreca, infatti, alcun danno alla personale sfera giuridica di tali soggetti che già prestano servizio in qualità di educatori professionali socio-sanitari.

Né può sussistere un interesse morale all’impugnativa, atteso che anch’esso deve riferirsi direttamente alla sfera giuridica personale del soggetto che agisce in giudizio.

L’interesse al ricorso non può essere identificato nella (sola) utilità “morale” di agire a tutela della figura professionale dell’educatore professionale per difendere l’appropriatezza e la dignità degli atti in cui si esplicano le loro competenze, in quanto il ricorso giurisdizionale non è un rimedio dato nell’interesse astratto della giustizia o per ottenere la mera enunciazione dei parametri di legalità dell’azione amministrativa, disancorati da un effettivo e non ipotetico vantaggio derivante all’attore nel caso di contestazione.

Questo tipo di interesse – di tipo collettivo – può ipotizzarsi per un’associazione di categoria, ma non per un singolo professionista in alcun modo leso in modo diretto, concreto ed attuale dalla delibera impugnata.

14.7. Prezzo delle protesi acustiche.

La sez. III, con sentenza 14 aprile 2021, n. 3083 ha affermato che la maggiorazione del 9% sui prezzi delle protesi acustiche, a norma dell’art. 2, comma 380, l. n. 244 del 2007, trova automatica applicazione, non essendo subordinata all’adozione, da parte della Regione, di un apposito tariffario.

Ha ricordato la Sezione che l’art. 2, comma 380, l. n. 244 del 2007 stabilisce che “nell’anno 2008, a livello nazionale e in ogni singola regione, la spesa per l’erogazione di prestazioni di assistenza protesica relativa ai dispositivi su misura di cui all’elenco 1 allegato al regolamento di cui al decreto del Ministro della sanità 27 agosto 1999, n. 332, non può superare il livello di spesa registrato nell’anno 2007 incrementato del tasso di

inflazione programmata. Al fine di omogeneizzare sul territorio nazionale la remunerazione delle medesime prestazioni, gli importi delle relative tariffe, fissate quali tariffe massime dall'art. 4 del decreto del Ministro della salute 12 settembre 2006 (pubblicato nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 289 del 13 dicembre 2006), sono incrementati del 9 per cento”.

Ad avviso della Sezione la norma dispone – senza possibilità di letture difformi – l'applicazione della maggiorazione sulle tariffe massime. Ciò è effettuato dal legislatore, con fonte primaria e nazionale, in chiara adesione alla ratio evincibile nella volontà di uniformità sul territorio nazionale delle tariffe dei Lea. Rimane inalterata la possibilità delle regioni di disporre al di là dei predetti margini, e solo ove ciò avvenga allora vale non solo la necessità del rispetto dei limiti di spesa, ma anche la remunerazione a carico della Regione. L'aumento del 9% incide direttamente sul limite già stabilito e non riguarda lo spazio di contrattazione.

Ha aggiunto la Sezione che a fronte della previsione di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., che individua come materia di competenza esclusiva statale la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”, l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale, sin dalla sentenza n. 88 del 2003, è stata nel senso di individuare nell'inserimento tra le materie di legislazione esclusiva statale di quella inerente alla “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», l'intento di attribuire «al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto”. Tale prospettiva risulta ribadita con la sentenza 16 luglio 2012, n. 187 dalla necessaria fissazione unitaria dei livelli essenziali di assistenza si fa discendere una tendenziale uniformità delle modalità di erogazione delle prestazioni.

Ciò non incide sull'ulteriore spazio relativo alla programmazione, all'organizzazione, nonché alla contrattazione spettante all'ambito regionale.

15. Farmaci.

15.1. Distribuzione del farmaco diretta e per conto.

La sez. III, con sentenza 11 giugno 2021, n. 4514 ha giudicato legittimo l'accordo sottoscritto tra l'Azienda sanitaria locale di Rimini e Federfama Rimini e da alcune Farmacie e poi inserito in una delibera di Giunta, per la distribuzione diretta (DD) e per conto (DPC) delle farmacie, essendo data dal legislatore prevalenza alla distribuzione diretta. Ha aggiunto che gli accordi *ex art.* 8, comma 1, d.l. 18 settembre 2001, n. 347, convertito dalla l. 16 novembre 2001, n. 405, sulla distribuzione indiretta (tramite farmacie) dei farmaci sono legittimi purché non contengano pattuizioni tali da snaturare la causa tipica come individuata dal legislatore.

La Sezione ha premesso che l'Accordo - stipulato (e la sua efficacia è stata poi prorogata) in attuazione della disposizione di cui all'art. 8, comma 1, d.l. 18 settembre 2001, n. 347,

convertito dalla l. 16 novembre 2001, n. 405 - era stato impugnato per: a) superamento dei limiti numerici previsti per la modalità di distribuzione diretta del farmaco; b) perché non si sarebbe raggiunto il numero minimo di pezzi da distribuirsi con il sistema della dispensazione per conto; c) perché, con riguardo al territorio della Provincia di Rimini, l'Ausl della Romagna non avrebbe curato la riscossione del *ticket* e della quota a carico del cittadino.

La Sezione ha ricordato che “La norma, in realtà, vuole solo consentire il controllo della spesa sanitaria per determinare una sorta di stabilizzazione dei volumi da commerciare” (Cass. civ. n. 12559 del 2012). In senso analogo anche la sez. III, nella sentenza n. 3479 del 2010, ha affermato che “le regioni, anche con provvedimenti amministrativi, possono stipulare accordi con le associazioni sindacali delle farmacie convenzionate, pubbliche e private, per consentire agli assistiti di rifornirsi delle categorie di medicinali che richiedono un controllo ricorrente del paziente anche presso le farmacie predette con le medesime modalità previste per la distribuzione attraverso le strutture aziendali del Servizio sanitario nazionale, da definirsi in sede di convenzione regionale. Peraltro l'accordo oggetto di approvazione con la delibera in esame si inserisce nel quadro della ricorrente necessità di limitare la spesa pubblica in materia sanitaria”.

La finalità di controllo della spesa pubblica farmaceutica è rimarcata altresì dalla sentenza del Tar Valle d'Aosta n. 90 del 2008 “la *ratio* del citato art. 8, oltre che quella dell'art. 4, è in linea con esigenze di contenimento della spesa pubblica, come dimostrano i lavori preparatori relativi alla sua stesura: la formulazione della lettera "a" della norma scaturisce infatti da un emendamento, presentato al Senato, motivato dal relatore adducendo lo scopo di "apportare qualche aggiustamento in merito alla distribuzione diretta dei farmaci per consentire che essa avvenga capillarmente, utilizzando il sistema delle farmacie, senza perdere il beneficio dell'acquisto con lo sconto del 50%" (Tar Bari, sez. I, 21 maggio 2003, n. 1979). (...) L'aver affidato ad un provvedimento amministrativo regionale la facoltà di ampliare le categorie di medicinali per i quali è ammessa la distribuzione diretta non è sintomatico di irragionevolezza, ma testimonia della discrezionalità affidata dal legislatore nazionale alle regioni di approntare sistemi utili a contenere la spesa farmaceutica, nell'interesse pubblico e nel rispetto del mutato quadro delle competenze normative fissato dal titolo V della Costituzione; l'estensione dello sconto obbligatorio sui farmaci costituisce prestazione patrimoniale imposta di natura tributaria, per cui non è prospettabile una incidenza sul diritto di iniziativa economica privata, che si riferisce ad ambiti diversi da quello impositivo (Tar Toscana, sez. II, 21 aprile 2005, n. 1773; id. 20 aprile 2002, n. 916; Tar Piemonte, sez. II, 20 aprile 2002, n. 916)”. La norma sarebbe dunque ispirata al principio della prevalenza della distribuzione diretta: “previo accordo” perché, in via derogatoria rispetto alla regola generale, si attribuiscono alle farmacie funzioni proprie delle strutture sanitarie pubbliche (distribuzione capillare di farmaci che necessitano di un controllo).

Questo è lo specifico profilo causale, normativamente individuato, dello strumento convenzionale di cui si assume la violazione.

L'accordo in questione, in considerazione del suo contenuto e della sua funzione, non ha pertanto natura di negozio giuridico di diritto privato, perché regola quelli che la dottrina definisce beni sottratti alla comune circolazione giuridica.

Esso va piuttosto qualificato – coerentemente, peraltro, alla prospettazione posta a fondamento del terzo motivo di appello - all'interno della categoria disciplinata dall'art. 11, l. n. 241 del 1990, come accordo di natura endoprocedimentale ed integrativa, avente contenuto destinato a riversarsi nel provvedimento finale. Si tratta, pertanto, di accordi che sono espressione di potere amministrativo, secondo la tesi “pubblicistica” prevalente in dottrina e già formulata dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato nel parere 19 febbraio 1987, n. 7, reso sullo schema della c.d. legge generale sul procedimento amministrativo.

In dottrina si è, in particolare, affermato che nella categoria disciplinata dal citato art. 11, l. n. 241 “l'obbligazione discendente dall'accordo consiste nella specificazione di un dovere scaturente dalla legge”.

In tale prospettiva riveste una importanza decisiva il profilo causale: inteso non già, come in materia negoziale, nella sua dimensione volontaristica (ancorché oggettivata dalla funzione dello scambio), bensì quale corrispondenza con l'interesse pubblico che giustifica l'attribuzione del potere all'amministrazione (potere che, una volta riconosciuta la natura pubblicistica dell'istituto, viene sì esercitato con un atto avente struttura non unilaterale, ma che non perde per ciò la sua natura e la sua connotazione disciplinare).

Si è così affermato in dottrina che in materia di accordi la causa svolge un “precipuo ruolo negativo – in virtù del richiamo legislativo all'elemento teleologico (interesse pubblico) contenuto nel citato art. 11 – consistente nella delimitazione dell'ambito di negoziabilità prescritto dalla norma attributiva del potere amministrativo, laddove essa non ne predetermini esaustivamente tutti gli elementi”; con la conseguenza che l'accordo consentirebbe di “consumare quei margini di scelta che la norma lascia indeterminati all'amministrazione, la quale può concordare con il destinatario del provvedimento le modalità con cui attuare in concreto la composizione tra valori delineata in astratto dalla norma”.

L'esercizio consensuale del potere si pone dunque in rapporto di mezzo a fine rispetto alla disciplina del potere medesimo (e dell'assetto d'interessi da essa implicato).

L'individuazione della causa dell'accordo muove dunque dall'esegesi della norma attributiva del potere, e in particolare dall'equilibrio fra gli interessi antagonisti che la stessa disegna.

Il connotato funzionale dell'accordo, che mira – in forma partecipata - al perseguimento di un interesse pubblico, si traduce – per opinione pacifica in dottrina - nel peculiare regime giuridico dell'atto, nel senso che la vincolatività dell'accordo (ma, prima ancora, la sua validità) è subordinata alla sua compatibilità con l'interesse pubblico, come normativamente cristallizzato.

L'oggetto degli accordi *ex* art. 8, d.l. n. 347 del 2001, per come normativamente perimetrato, concerne infatti: a) il fatto di “consentire agli assistiti di rifornirsi delle categorie

di medicinali che richiedono un controllo ricorrente del paziente anche presso le farmacie” convenzionate; b) la definizione di modalità di distribuzione corrispondenti a quelle “previste per la distribuzione attraverso le strutture aziendali del Servizio sanitario nazionale” (evidentemente allo scopo di evitare che il diverso canale di distribuzione possa comportare un decremento assistenziale).

Rispetto a tali oggetti le parti assumono obblighi reciprocamente vincolanti. Ogni altra pattuizione accessoria, specie se relativa a profili (di organizzazione del servizio pubblico) non negoziabili, o quanto meno affidati alla cura di poteri il cui esercizio – in ragione della natura degli interessi implicati e delle plurime esigenze relative agli stessi – risulta incompatibile con la logica dell’adempimento di prestazioni corrispettive, se non radicalmente inconciliabile con tale oggetto appare comunque insuscettibile di produrre analoghi vincoli, a meno di snaturare la causa tipica degli accordi in esame per come previsti e disciplinati dalla legge.

Le superiori conclusioni discendono, com’è evidente, dalla qualificazione degli accordi in esame nell’ambito della categoria disciplinata dal citato art. 11 della c.d. legge generale sul procedimento amministrativo, e dal regime di tale figura. Detto in precedenza del ruolo, quanto meno “in negativo”, dell’elemento causale dell’accordo ai fini della sua ammissibilità e rilevanza, la dottrina ha indagato lo specifico profilo della possibile atipicità degli accordi amministrativi, specie a seguito della modifica del citato art. 11 apportata dalla l. n. 15 del 2005, che ha soppresso l’inciso “nei casi previsti dalla legge”: così determinando, secondo alcuni, la “rimozione della *interpositio legislatoris* ai fini della conclusione degli accordi”.

In realtà limiti di sistema, e in particolare il ruolo giocato nella vicenda dal principio di legalità, impediscono di configurare la stipula di accordi fra privato e amministrazione al di fuori (o al di là) della composizione fra interesse pubblico e interessi privati come fissata dalla norma attributiva del potere (di cui essi costituiscono esercizio).

Ne consegue che l’autorizzazione legislativa che l’art. 8 in esame fornisce, in questa materia, per la conclusione di accordi fra l’amministrazione e i soggetti privati ha un contenuto e una funzione specifici e ben delimitati: non integrabile da pattuizioni atipiche, se non in una relazione di accessorietà tale da non snaturarne la causa tipica.

Le aggiunte inserite in sede di proroga esulano, ove ritenute vincolanti in un’ottica di sinallagmaticità, da tali ambiti consentiti dalla norma. La ridetta interpretazione del contenuto degli accordi, per la parte relativa ai volumi dei due canali di distribuzione e al contenimento di uno di essi, in termini di impegno programmatico non riducibile ad una controprestazione negoziale, discende poi non soltanto dalle superiori argomentazioni giuridiche, ma ancor prima da considerazioni di tipo logico.

L’organizzazione dell’assistenza sanitaria, inclusa la distribuzione controllata del farmaco nei confronti di particolari categorie di pazienti, suppone una valutazione diagnostica ed un trattamento terapeutico: essa, in altre parole, e come già accennato, è un bene non disponibile (nei termini posti a fondamento della pretesa degli appellanti), in quanto dipende da variabili non programmabili, con cogenza, in termini assoluti, perché correlate ad esigenze del paziente.

Ciò implica che un impegno del genere non potesse essere dedotto nell'accordo, se non nei termini sopra riferiti. Tale rilievo spiega un duplice effetto: in termini di interpretazione dell'accordo e, come si vedrà al punto successivo, in relazione alla ricognizione della sua attuazione; che è operazione che deve avere riguardo a flussi organizzatori, e non può dunque implicare una verifica analitica, in chiave di inadempimento negoziale di un obbligo dell'amministrazione che ha, nell'assetto d'interessi fissato dalla legge, una conformazione diversa ed incompatibile rispetto a quella che gli appellanti assumono dedotta in accordo (l'accordo potendo, come detto, soltanto integrare ma non modificare od alterare tale assetto).

15.2. Medicinali dispensabili senza prescrizione medica.

Con sentenza 9 luglio 2021, n. 5212 la sez. III ha affermato che le evidenze di efficacia e sicurezza di un medicinale, compresi i medicinali OTC (“*Over the Counter*”) dispensabili senza prescrizione medica, devono essere fondate su studi clinici di disegno robusto e basati su una rigorosa metodologia scientifica, studi condotti su un campione di pazienti numericamente adeguato e selezionato in accordo alle indicazioni oggetto di studio e, secondo l'approccio della c.d. *evidence based medicine* (EBM), consistono nelle migliori prove di efficacia clinica e, in particolare, negli studi clinici a carattere sperimentale, randomizzati e controllati (RCT – *controlled randomized trial*), costituenti il c.d. *gold standard* della ricerca medica.

Ha chiarito la Sezione che la “robustezza” degli studi scientifici richiesti dall'Aifa, per quanto non letteralmente prevista dalla legge, non è certo una nozione avulsa dal quadro normativo in materia e, in particolare, dalle previsioni del d.lgs. n. 219 del 2006, come assume l'appellante, ma è presupposta da questa normativa, che necessariamente muove e non può prescindere dalle acquisizioni più avanzate dalla scienza, e ne indica, in ambito tecnico-scientifico, la rispondenza agli *standards* metodologici riconosciuti a livello internazionale.

Essa è un concetto di largo e chiaro impiego sia nelle Linee guida della Conferenza internazionale per l'armonizzazione dei requisiti tecnici per la registrazione dei farmaci ad uso umano (o ICH, *International Conference on Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use*) e, in particolare, nelle Linee guida “*Principles for Clinical Trials*” (ICH E9), laddove raccomanda di valutare “*the robustness of the results and primary conclusions of the trial*” – la robustezza dei risultati e delle conclusioni primarie degli sperimentazioni cliniche – e precisa che “*robustness is a concept that refers to the sensitivity of the overall conclusions to various limitations of the data, assumptions, and analytic approaches to data analysis*” - sia nelle Linee guida “*Scientific guidance on post-authorisation efficacy studies*” elaborate dall'Agenzia europea dei medicinali, l'EMA, per gli studi di efficacia post-autorizzativi (Paes – *Post Authorisation Efficacy Study*).

Proprio attraverso l'esame di studi clinici di protocollo appropriato viene valutata, ed eventualmente confermata in fase post-autorizzativa, l'efficacia di un medicinale per una data indicazione.

Il mantenimento delle autorizzazioni all'immissione in commercio dei medicinali deve tenere conto del progresso scientifico e richiede studi aggiornati – in particolare quelli randomizzati e controllati – sull'efficacia del farmaco.

Anche se gli studi su Buscopan e Buscopan compositum sono stati condotti in accordo con le Linee guida dell'epoca delle originarie autorizzazioni, come sostiene Sanofi s.r.l., bisogna considerare che il profilo beneficio/rischio dei farmaci già in commercio deve essere continuamente rivalutato alla luce di nuove evidenze scientifiche, come è emerso nel caso di specie, poiché la scienza continuamente evolve e, con essa, le condizioni di efficacia e sicurezza di un farmaco, già un tempo valutate ma mai, all'evidenza, cristallizzatesi in eterno.

In altri termini, mancando chiari dati di efficacia, per la pressoché nulla biodisponibilità, e non avendo Sanofi s.r.l. prodotto studi clinici che, secondo un rigoroso approccio metodologico, consentano di affermare l'efficacia di Buscopan e di Buscopan compositum, i rischi collegati all'assunzione dei due farmaci, che possono essere acquistati senza prescrizione medica, non sono ammissibili a tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività (art. 32 Cost.).

15.3. Prescrivibilità di un farmaco in regime PHT da parte del medico di medicina generale.

La sez. III, con sentenza 12 gennaio 2021, n. 407 prescrivibilità di un farmaco da parte del medico di medicina generale, a seguito dell'abolizione del piano terapeutico disposto dall'Aifa, non esclude l'opportunità di mantenere forme di controllo e di monitoraggio della terapia, usufruendo del regime di dispensazione in PHT, essendo gli aspetti in questione tra loro indipendenti.

Il sistema attuale di prescrizione dei farmaci, a seguito della determinazione dell'Aifa del 29 ottobre 2004, si caratterizza per tre ambiti di terapia, diversi per quanto attiene al *setting* assistenziale e di conseguenza alle modalità distributive: 1. Area H, ovvero della terapia intensiva ospedaliera, il cui strumento è il PTO (Prontuario Terapeutico Ospedaliero) e nel cui ambito i medicinali sono distribuiti esclusivamente dalla farmacia ospedaliera; 2. Area H-T, ovvero della presa in carico e della continuità terapeutica, il cui strumento è il PH-T (Prontuario della Distribuzione Diretta); 3. Area T, ovvero della cronicità od anche di terapia a breve termine per le situazioni cliniche che non richiedono la ospedalizzazione, il cui strumento è il PFN (Prontuario Farmaceutico Nazionale) con prescrizione da parte dei medici di medicina generale e distribuzione da parte delle farmacie pubbliche e private.

Ha quindi affermato la Sezione che ai sensi dell'art. 1, comma 427, l. 27 dicembre 2013, n. 147, l'inserimento nel PHT riguarda categorie di medicinali che richiedono un controllo ricorrente del paziente (oltre ad altre ipotesi qui non rilevanti), e ai sensi della determina dell'Aifa del 29 ottobre 2004 (Allegato 2), i criteri determinanti per l'inserimento in PHT sono quelli della “diagnostica differenziale, della criticità terapeutica, del controllo periodico da parte della struttura specialistica, che determina le condizioni per una maggiore appropriatezza diagnostico-assistenziale, una verifica della *compliance* del

paziente e uno strumento di monitoraggio del profilo di beneficio/rischio e di sorveglianza epidemiologica dei nuovi farmaci”.

Il PHT rappresenta, dunque, secondo la definizione che ne fornisce la determina dell’Aifa del 2004, la lista dei medicinali per i quali sussistono le condizioni di impiego clinico e di *setting* assistenziale compatibili con la distribuzione diretta, ovvero con forme alternative di distribuzione (quelle indicate dal citato art. 8, d.l. n. 347 del 2001) che garantiscono uno specifico monitoraggio dei consumi e la presa in carico e la continuità assistenziale ospedale (H)-territorio (T).

L’inserimento dei farmaci in PHT è motivato dalla necessità di uno specifico monitoraggio dei consumi e la presa in carico mediante la continuità assistenziale Ospedale – Territorio (H-T); il PHT è volto ad assicurare la “continuità assistenziale tra ospedale (Area intensiva) e territorio (Area della cronicità) caratterizzato dall’esigenza di un periodico *follow-up* con la struttura specialistica e da accessi programmati e periodici da parte del paziente; solo se viene meno il requisito della criticità terapeutica legata all’utilizzo del farmaco, circostanza non avveratasi nel caso in esame, il medicinale deve essere riaffidato al circuito dell’assistenza farmaceutica convenzionata.

Ha quindi affermato la Sezione che la sopravvenuta eliminazione della necessità del piano terapeutico e la prescrittibilità del farmaco da parte del medico di medicina generale non comportano necessariamente il passaggio del farmaco in regime PHT all’interno dell’area T. E’ errato il sillogismo secondo cui la prescrizione del farmaco affidata al medico di medicina generale comporti una valutazione circa il venir meno della criticità terapeutica e della necessità di un controllo di appropriatezza e del monitoraggio del profilo di beneficio/rischio e, dunque, la necessità di espungere il farmaco dal PHT.

15.4. Farmaci biologici o biotecnologici e farmaci chimici.

La sentenza 15 febbraio 2021, n. 1305 della sez. III ha chiarito che non risultano elementi da cui si possa desumere la superiorità qualitativa di un farmaco rispetto ad altro se basati sullo stesso principio attivo, a parte le ipotesi nelle quali la particolarità del caso fa preferire un prodotto rispetto all’altro; ciò vale tanto per l’“*originator*” (con riferimento ai c.d. farmaci chimici) quanto per i similari (con riferimento ai c.d. farmaci biologici e biotecnologici); in effetti l’“*originator*” ha il merito storico di essere stato, a suo tempo, il risultato di una ricerca originale ed innovativa, e ne è stato ricompensato con il diritto di esclusiva per la durata prevista dalla legge; ma al di là di questo non vi sono basi razionali per presumere che l’“*originator*”, solo perché tale, sia qualitativamente superiore ai prodotti elaborati successivamente, che mettono a frutto (legittimamente) le stesse acquisizioni ed esperienze.

La Sezione ha preliminarmente ricordato che i "farmaci biologici", ivi inclusi i farmaci biotecnologici, cioè ottenuti con biotecnologie, sono farmaci il cui principio attivo è rappresentato da una sostanza prodotta o estratta da un sistema biologico, oppure derivata da una sorgente biologica attraverso procedimenti di biotecnologia; i farmaci biotecnologici, proprio per la complessità e la natura dei processi di produzione, non sono mai pienamente identici, ancorché si basino su un medesimo principio attivo ed abbiano

le stesse indicazioni terapeutiche; infatti nel loro caso si usa il termine di “similare” o “biosimilare”, trattandosi di medicinale sviluppato in modo da risultare simile ad un prodotto biologico che sia già stato autorizzato – appunto, il c.d. medicinale di riferimento o *originator*; si distinguono dai farmaci chimici dove ogni prodotto è pienamente equivalente all’altro (“*originator*” o meno), sempreché sia accertata l’identità del composto chimico (molecola) dell’altro farmaco, che prende il nome di “equivalente” o “generico”; tuttavia “i vari prodotti biotecnologici (*originator* e similari) basati sullo stesso principio attivo, benché in qualche misura differenti tra loro, per la complessità dei processi produttivi (e dunque non “equivalenti” in senso stretto), possono tuttavia essere usati come se fossero equivalenti nella generalità dei casi e salvo eccezioni, sempreché si osservi la cautela, una volta iniziato il trattamento con un prodotto di proseguirlo (salvo eccezioni) con lo stesso prodotto (Cons. Stato, sez. III, 3 dicembre 2015, n. 5478; id. 13 giugno 2011, n. 3572).

L’equivalenza qualitativa di un farmaco basato sullo stesso principio attivo, rispetto all’altro “originale”, è stata confermata dall’Aifa con il secondo *position paper* del marzo 2018 sui farmaci biosimilari, nel quale si legge che “La perdita della copertura brevettuale permette l’entrata sulla scena terapeutica dei farmaci cosiddetti “biosimilari”, medicinali “simili” per qualità, efficacia e sicurezza ai prodotti biologici originatori di riferimento e non più soggetti a copertura brevettuale. La disponibilità dei prodotti biosimilari genera una concorrenza rispetto ai prodotti originatori e rappresenta perciò un fattore importante. Quindi, i medicinali biosimilari costituiscono un’opzione terapeutica a costo inferiore per il Servizio Sanitario Nazionale (S.S.N.), producendo importanti risvolti sulla possibilità di trattamento di un numero maggiore di pazienti e sull’accesso a terapie ad alto impatto economico... Come dimostrato dal processo regolatorio di autorizzazione, il rapporto rischio-beneficio dei biosimilari è il medesimo di quello degli originatori di riferimento. Per tale motivo, l’Aifa considera i biosimilari come prodotti intercambiabili con i corrispondenti originatori di riferimento. Tale considerazione vale tanto per i pazienti naïve quanto per i pazienti già in cura. Inoltre, in considerazione del fatto che il processo di valutazione della biosimilarità è condotto, dall’Ema e dalle Autorità regolatorie nazionali, al massimo livello di conoscenze scientifiche e sulla base di tutte le evidenze disponibili, non sono necessarie ulteriori valutazioni comparative effettuate a livello regionale o locale... Lo sviluppo e l’utilizzo dei farmaci biosimilari rappresentano un’opportunità essenziale per l’ottimizzazione dell’efficienza dei sistemi sanitari ed assistenziali, avendo la potenzialità di soddisfare una crescente domanda di salute, in termini sia di efficacia e di personalizzazione delle terapie sia di sicurezza d’impiego. I medicinali biosimilari rappresentano, dunque, uno strumento irrinunciabile per lo sviluppo di un mercato dei biologici competitivo e concorrenziale, necessario alla sostenibilità del sistema sanitario e delle terapie innovative, mantenendo garanzie di efficacia, sicurezza e qualità per i pazienti e garantendo loro un accesso omogeneo, informato e tempestivo ai farmaci, pur in un contesto di razionalizzazione della spesa pubblica.”. Nel secondo *position paper* del marzo 2018, quindi, l’Aifa, ritenendo i biosimilari

come intercambiabili (a seguito di valutazione del medico curante che conosce le condizioni del proprio paziente e, quindi, non sostituibili in via automatica), ha fugato gran parte dei dubbi che si erano posti in precedenza sulla possibilità di “*switch*” dal farmaco *originator* a quello biosimilare e, quindi, ha implicitamente ribadito la sovrapposibilità, in termini di efficacia e di sicurezza, dei farmaci biosimilari presenti sul mercato rispetto all'*originator* e, dunque, anche tra di loro.

La Sezione ha quindi giudicato legittima, perché non limitativa della libertà prescrittiva del medico, strumentale al diritto alla salute del paziente, la delibera della Regione Puglia, sottoposta a piano di rientro, che prevede, nell'ambito di un accordo quadro finalizzato alla fornitura di farmaci biologici, la necessità di prescrivere il farmaco della concorrente prima classificata (perché a minore costo) e poi, a scalare, della seconda e terza classificata in caso di documentata motivazione clinica (da riportare sul Piano Terapeutico Informatizzato Edotto) che ne giustifichi la scelta in deroga.

Ha affermato la Regione che la delibera impugnata ha cercato di realizzare il miglior contemperamento degli opposti interessi, salvaguardando – da un lato – l'esigenza di razionalizzazione della spesa sanitaria della Regione, tutelando, nel contempo, il diritto alla salute dei pazienti senza limitare in modo eccessivo e sproporzionato la libertà prescrittiva dei medici, ai quali è stata lasciata la libertà di scegliere il farmaco più appropriato per le condizioni del singolo paziente, onerandolo del solo incumbente di giustificare tale scelta.

La delibera ha seguito la stessa impostazione della norma di riferimento (art. 15, comma 11-quater, d.l. n. 95 del 2012): con tale disposizione, infatti, il legislatore ha cercato di trovare un punto di equilibrio tra più interessi pubblici contrapposti, da un lato la necessità di sviluppare un mercato dei biologici competitivo e concorrenziale, necessario alla sostenibilità del sistema sanitario in un contesto di razionalizzazione della spesa pubblica, dall'altro quello di garantire la libertà prescrittiva del medico, il quale deve poter scegliere il farmaco più adatto al tipo di paziente in cura (“...al fine di garantire un'effettiva razionalizzazione della spesa e nel contempo un'ampia disponibilità delle terapie...”).

Tale delibera non può, quindi, essere considerata illegittima perché limitativa della libertà prescrittiva del medico, strumentale al diritto alla salute del paziente.

Ed invero, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale il diritto alla salute è finanziariamente condizionato (cfr. sentenze n. 355 del 1993; n. 267 del 1998; n. 509 del 2000; n. 248 del 2011) (Cons. Stato, sez. III, n. 4347 del 2017); questa Sezione ha già ritenuto che l'art. 32 Cost. non comporta l'obbligo per il S.S.R. di fornire tutti i prodotti esistenti sul mercato per la cura di una determinata patologia: ciò che l'ordinamento garantisce è che la prescrizione sia funzionale alla necessità terapeutica, ma senza che il sistema sanitario sia gravato da oneri aggiuntivi conseguenti alle dinamiche di mercato (Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 759).

La Corte costituzionale ha, infatti, delineato una soluzione intermedia del diritto alla salute, affermando che la necessaria discrezionalità del legislatore nel dare attuazione ai

principi e ai diritti fondamentali deve necessariamente incontrare comunque il noto limite della “riserva del ragionevole e del possibile” (Cons. Stato, sez. III, 14 settembre 2017, n. 4347).

Anche l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (12 aprile 2012, n. 4, che richiama Corte cost. 28 luglio 1995, n. 416) ha avuto modo di sottolineare che il diritto alla salute di cui all’art. 32 Cost. può essere sottoposto a condizioni che ne armonizzino la protezione con i vincoli finanziari a patto di non scalfirne il nucleo essenziale irriducibile e che la stessa Corte costituzionale, nel valutare le linee fondamentali del sistema sanitario, aveva da tempo sottolineato l’importanza del collegamento tra responsabilità e spesa, evidenziando come l’autonomia dei vari soggetti ed organi operanti nel settore debba essere correlata alle disponibilità finanziarie e non possa prescindere dalla scarsità delle risorse e dalle esigenze di risanamento del bilancio nazionale.

La Corte costituzionale ha precisato, infatti, che “in presenza di una inevitabile limitatezza delle risorse, non è pensabile di poter spendere senza limite, avendo riguardo soltanto ai bisogni, quale ne sia la gravità e l’urgenza. È viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e delle compatibilità e tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute” (Corte cost. 23 luglio 1992, n. 356) e che “il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è “garantito ad ogni persona come un diritto costituzionalmente condizionato all’attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti” (*ex plurimis*, sentenze n. 267 del 1998; n. 304 del 1994 e n. 218 del 1994). Bilanciamento che, tra l’altro, deve tenere conto dei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone, restando salvo, in ogni caso, quel “nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana” (sentenze n. 309 del 1999; n. 267 del 1998; n. 247 del 1992), il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l’attuazione di quel diritto” (Corte cost. 20 novembre 2000, n. 509).

Nel nostro ordinamento, risulta ormai costituzionalizzato il principio del c.d. equilibrio di bilancio, introdotto nell’art. 81 Cost. dall’art. 1 della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, entrato in vigore il primo gennaio del 2014.

L’art. 81 impone allo Stato di assicurare l’equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio.

Il successivo comma 1 dell’art. 119, anch’esso introdotto dalla Legge Costituzionale sopra citata, estende l’obbligo del rispetto della regola dell’equilibrio di bilancio anche ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni “I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell’equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l’osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall’ordinamento dell’Unione Europea” (Tar Piemonte, sez. I, 14 luglio 2020, n. 465).

Tutto ciò chiarito, la questione che si prospetta è se la Regione possa intervenire orientando, per motivi di contenimento della spesa pubblica, la scelta dei medici una volta premesso che la norma recata dall'art. 15, comma 11-*quater* cit., pur facendo riferimento ad una graduatoria tra i tre farmaci vincitori si limita a prevedere la prescrivibilità di uno di essi, senza indicare espressamente un ordine di priorità, occorre stabilire.

Ad avviso della Sezione non potrebbe ritenersi che l'impossibilità di restrizione del potere di scelta dei medici sarebbe suffragata dall'interpretazione dell'ultimo inciso della disposizione recata dall'art. 15, comma 11-*quater*, lett. b), d.l. n. 95 del 2012, che si riferisce alla differente condizione dei pazienti attualmente in cura, per i quali vale il principio della continuità terapeutica.

La situazione dei *drug naive*, infatti, è completamente differente dalla condizione dei vecchi pazienti: solo per essi, infatti, potrebbero insorgere problemi di efficacia o di sicurezza in caso di cambiamento della terapia farmacologica; per i nuovi pazienti, tranne taluni casi specifici, l'uso dell'uno o dell'altro farmaco è del tutto indifferente.

Essendo diversa la condizione di fatto, e quindi la ratio della disposizione, la disciplina prevista per tale tipologia di pazienti non può estendersi, analogicamente, ai c.d. *drug naive*.

Ad avviso della Sezione, premesso che l'art. 15, comma 11-*quater*, lett. b) cit. non dà indicazioni sulla scelta del farmaco, occorre verificare se il principio della libertà prescrittiva del medico, più volte sottolineata dalla terza Sezione (29 settembre 2017, n. 4546; id. 5 aprile 2019, n. 2234), comporti o meno il divieto per la Regione di introdurre linee guida nella scelta terapeutica, ed entro quali limiti. Come già chiarito dalla sez. III (3 dicembre 2015, n. 5476; 14 novembre 2017, n. 5251) l'obbligo di compilazione di una relazione da parte del medico, che ritenga di dover necessariamente utilizzare un farmaco più costoso, non può considerarsi limitativo della libertà prescrittiva, tenuto conto che, attraverso tale procedura, comunque giustificata dalla necessità di tenere sotto controllo l'ammontare della spesa pubblica sanitaria, il medico può comunque disporre l'utilizzazione del farmaco da lui ritenuto maggiormente appropriato al caso di specie. L'Amministrazione non è infatti sempre tenuta a servirsi del farmaco in assoluto più evoluto, o ritenuto migliore, soprattutto se questo è più costoso di altro di pari e sicura efficacia nella terapia nella maggior parte dei casi trattati, ferma restando la possibilità di acquisire anche il primo, se ciò si rivela, per una parte dei pazienti da trattare, realmente necessario.

Tale principio, ribadito con la sentenza n. 3330 del 2019 della Sezione terza, è stato confermato dalla stessa Sezione con la sentenza n. 8370 del 28 dicembre 2020 resa proprio con riferimento ai farmaci biosimilari: in tale decisione è stato affermato che l'obbligo di motivazione da parte del medico, che ritenga di dover necessariamente utilizzare un farmaco più costoso rispetto a quelli in gara non può considerarsi limitativo della libertà prescrittiva, tenuto conto che, attraverso tale motivazione, comunque giustificata dalla necessità di tenere sotto controllo l'ammontare della spesa pubblica sanitaria in virtù della c.d. appropriatezza prescrittiva, il medico può comunque disporre l'utilizzazione del farmaco da lui ritenuto maggiormente appropriato al caso di specie.

In tale sentenza la Sezione ha ritenuto che il principio dell'appropriatezza prescrittiva è immanente nel nostro ordinamento sanitario per un razionale contenimento della spesa pubblica e un'equilibrata erogazione delle cure a tutti i cittadini senza inutili dispendi, in quanto anche il medico, nel prescrivere il farmaco nella propria autonomia decisionale e secondo scienza e coscienza, deve essere consapevole delle ripercussioni economiche di una scelta non appropriata sull'organizzazione del Servizio Sanitario nazionale in punto di sostenibilità, laddove il medesimo risultato terapeutico per il paziente possa essere garantito con la prescrizione del farmaco meno costoso.

Ne consegue che laddove non viene pregiudicata la libertà prescrittiva del medico, ma gli viene soltanto imposto un onere di motivazione sulla scelta del farmaco da prescrivere, non sussiste la violazione del suo diritto al libero esercizio della professione medica, né tantomeno viene leso il diritto alla salute del paziente. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 169 del 2017, ha richiamato il principio del "carattere personalistico" delle cure sanitarie; il medico deve poter valutare, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, il singolo caso sottoposto alle sue cure, individuando di volta in volta la terapia ritenuta più idonea ad assicurare la tutela della salute del paziente (in senso conforme, tra le altre, sentenza n. 151 del 2009); nondimeno la libertà terapeutica non viene pregiudicata in presenza di un invito al medico prescrittore di rendere trasparente, ragionevole ed informata la consentita facoltà di discostarsi dai protocolli, anche se la condotta del medico è sottoposta a controlli diretti a verificare l'appropriatezza terapeutica.

Il principio esposto dalla Corte costituzionale può estendersi al caso di specie: la prescrizione contenuta nelle linee guida non si appalesa né illogica, né irragionevole, tenuto conto della finalità perseguita di riduzione della spesa farmaceutica; neppure presenta vizi di proporzionalità tenuto conto che la prescrizione riguarda una sola categoria di pazienti e che, giova ribadirlo ancora, consente al medico di prescrivere un farmaco differente da quello meno oneroso ove ne ricorrano i presupposti di appropriatezza terapeutica, dandone idonea giustificazione.

16. Farmacia.

16.1. Gestione di farmacia da parte di società composta da sanitari.

La sez. III, con sentenza 27 dicembre 2021, n. 8634 ha rimesso all'Adunanza plenaria - ai fini della verifica della sussistenza di un profilo di incompatibilità nella gestione societaria di una farmacia nel caso di società acquirente ai sensi dell'art. 7, comma 2, l. n. 362 del 1991, partecipata come unico socio da altra società di capitali, a sua volta dedita, per oggetto sociale, alla gestione di case di cura e di assistenza - la questione relativa a quali casi e a quali condizioni una società controllante possa dirsi coinvolta, per il tramite della società controllata, nella "gestione della farmacia" e se è possibile la presenza, nella società partecipante, di esercenti la professione sanitaria.

Ha ricordato la Sezione che la direzione ed il coordinamento consistono in quegli indirizzi di orientamento diretti a rendere l'attività della società controllata complementare

o integrativa, secondo i casi, rispetto a quella della controllante, in attuazione della finalità propria del gruppo societario.

Questa azione di indirizzo può assurgere a rilevanza giuridica nella forma della “responsabilità da direzione e coordinamento”, ma a questi fini si esige la prova dell'esistenza "cumulativa" non solo della titolarità, in capo ad una società o ad un ente, di una posizione di direzione e coordinamento nei confronti di altra società, ma anche degli ulteriori presupposti di cui all'art. 2497, comma 1, cod. civ. (ovvero, della violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, dell'agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, del pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale e/o della lesione al patrimonio della società, nonché del nesso causale tra la condotta di eterogestione e il pregiudizio prospettato).

Ha aggiunto la Sezione che, nel valutare in quali casi ed a quali condizioni la società controllante possa dirsi coinvolta, per il tramite della società controllata, nella “gestione della farmacia”, intravede tre possibili soluzioni, tutte astrattamente plausibili ma diversamente apprezzabili sul piano della loro razionalità regolativa:

a) non priva di difficoltà applicative è quella che imporrebbe la valutazione del singolo caso, al fine di accertare qual è la specifica configurazione delle cointeressenze esistenti tra le due società ovvero se alla presunzione di direzione e coordinamento si sia accompagnata, in concreto, un'attività di effettivo condizionamento dell'operato della società controllata. È chiaro che una metodologia di questo tipo - oltre a disattendere l'esigenza di regole certe, chiare e prevedibili, particolarmente avvertita in un settore normativo percorso da interessi estremamente rilevanti e delicati - non varrebbe ad escludere che il condizionamento, sol perché non esercitato fino ad una certa epoca, possa realizzarsi in un momento successivo. Da qui il carattere precario e instabile di una simile ricognizione dei fattori di rischio.

Le due residuali alternative sono quelle che conducono ad assegnare un rilievo aprioristicamente decisivo:

b) alla presunzione di direzione e coordinamento, in quanto tale assumibile quale fattore di rischio per la corretta gestione della società titolare di farmacia;

c) in senso opposto, all'intangibile autonomia decisionale dell'organo amministrativo, quale elemento in sé capace di garantire la società controllata da improprie interferenze del socio in posizione di controllo. In quest'ultima prospettiva rileverebbe, nel caso di specie, la distinta composizione degli organi gestionali delle due società qui all'attenzione.

Il carattere potenziale del conflitto di interessi, ravvisabile anche in capo al c.d. “socio di capitale”, trova riscontro nel già menzionato parere del Consiglio di Stato n. 69 del 2018 (par. 41), nella circolare Fofi n. 10747 del 18 dicembre 2017 e nella pronuncia della Corte cost. n. 275 del 2003.

Si tratta, tuttavia, di enunciazioni in parte precedenti alla riforma del 2017 e comunque contraddette dalla più recente pronuncia della Corte costituzionale n. 11 del 2020 che ha circoscritto la posizione incompatibile a quella del solo socio “gestore”.

Va tuttavia riconosciuto che il caso esaminato dalla Corte nel 2020 si prestava ad una nettezza di affermazioni difficilmente traslabile, tal quale, nel contesto dell'attuale controversia; d'altra parte, la soluzione in quel caso proposta lascia irrisolto il tema delle condizioni concrete al ricorrere delle quali può sostenersi che la società controllante "gestisce" la società controllata.

Ciò detto, la difficoltà nella quale incorrono le letture tendenti ad ampliare il raggio della incompatibilità è innanzitutto di tipo "ermeneutico", in quanto la "gestione" dell'attività si distingue, dal punto di vista semantico e concettuale, dalle espressioni, meno performanti, che evocano l'esistenza di posizioni di "cointeressenza", di "influenza di fatto" e di "controllo indiretto"; e l'intento di infrangere lo schermo societario e l'autonomia amministrativa degli organi sociali, dunque la distinta soggettività giuridica dell'ente, per inferire, in via indiziaria, un condizionamento mediato della società controllante sulla compagine partecipata (e sui suoi amministratori), produce un effetto di indeterminazione prescrittiva poco aderente al dettato della legge e alla logica tassativa e tipizzante delle clausole restrittive della libertà negoziale. Un'interpretazione estensiva, dunque, aprirebbe l'assetto regolatorio ad interpretazioni soggettive a base "indiziaria", disfunzionali ad esigenze di chiarezza e prevedibilità del quadro normativo, ed entrerebbe in tensione con le spinte pro-concorrenziali alla libera circolazione dei mezzi e dei capitali (pur suscettibili di bilanciamento, in questo settore, con l'interesse alla salute).

Quanto all'opzione (lettera c) centrata sull'autonomia gestionale dell'organo amministrativo, essa presenta il limite di ridimensionare grandemente l'impatto del regime delle incompatibilità nell'area degli esercizi farmaceutici a conduzione societaria, poiché, ad eludere il sospetto del collegamento di gestione tra società controllante e controllata, basterebbe il diaframma formale della alterità (o non piena coincidenza soggettiva) dei rispettivi organi amministratori.

Ha ancora affermato la Sezione che le ragioni che portano ad una lettura ampliativa del regime delle incompatibilità rimandano alla ratio della normativa e al suo inquadramento sistematico.

Esse evidenziano che: sotto il primo profilo, rileva l'esigenza di garantire appieno l'indipendenza e l'autonomia dell'attività di dispensazione dei farmaci. Ciò impone di porre il ruolo del medico al riparo da ingerenze indebite che potrebbero giungergli da parte di soggetti influenti, collocati in posizioni a lui contigue; le normative di contrasto ai conflitti di interessi sperimentate in altri settori ordinamentali tendono a disegnare una linea di prevenzione avanzata del rischio, ovvero mirano a disinnescare in modo anticipato il pericolo di attività indebite e abusive; potrebbe quindi sostenersi che la normativa dettata dalla legge n. 361/1992, impostata su un modello personalistico ormai superato, vada attualizzata alla nuova realtà delle società detentrici di farmacia e che, dunque, il concetto di incompatibilità debba essere esteso, in un'ottica sistematica, alla più ampia congerie delle varie attività comunque insistenti in ambito sanitario; in questo senso, se la ratio della disciplina delle incompatibilità risiede nella necessità di garantire al massimo l'indipendenza e l'autonomia dell'attività di dispensazione dei farmaci, soprattutto ri-

spetto all'attività di prescrizione degli stessi, a maggior ragione essa deve riguardare anche il soggetto che determina le scelte gestionali della farmacia (e della società titolare) e ne lucra i risultati, come nel caso qui in discussione; su questa linea interpretativa sembra essersi posizionato il già citato parere n. 69 del 2018 della Commissione speciale di questo Consiglio del 22 dicembre 2017. Nel commentare l'incompatibilità di cui all'art. 7, comma 2, secondo periodo, la Commissione speciale, infatti, pur esaminando un profilo diverso da quello qui in esame, comunque predilige una interpretazione lata del concetto di "esercizio della professione medica" e, per l'effetto, "ritiene preferibile, nonché più facilmente attuabile, la soluzione che amplia l'ambito di applicazione della detta incompatibilità a qualunque medico, sia che eserciti la professione sia che non eserciti e sia solo iscritto all'albo professionale".

16.2. Diritto di prelazione incondizionato in favore dei farmacisti dipendenti di una farmacia comunale.

La sez. III, con sentenza 16 febbraio 2021, n. 1409 ha affermato che la pronuncia della Corte di Giustizia Ue 19 dicembre 2019, C-465/2018 - secondo cui è contraria alla normativa eurounitaria la disciplina italiana che concede un diritto di prelazione incondizionato in favore dei farmacisti dipendenti di una farmacia comunale in caso di cessione di quest'ultima mediante gara – non può applicarsi retroattivamente ad una procedura, bandita e conclusa nel 2014, dovendo trovare tutelare la posizione del terzo che ha fatto affidamento sulla legittimità del procedimento e sull'efficacia del contratto stipulato, tanto da assumere rischi imprenditoriali, mentre i ricorrenti hanno scelto liberamente di concorrere alla competizione, senza sollevare nell'immediatezza alcun dubbio in ordine alla successiva efficacia del contratto eventualmente stipulato con il prelazionario, secondo le previsioni del bando, applicative della legge nazionale; spetta invece al Comune avviare – previo l'esperimento delle azioni utili sul piano civilistico a definire il rapporto in essere nei confronti dell'attuale cessionario - una nuova procedura per la cessione della farmacia, con nuovo bando, aperto ovviamente – senza titoli preferenziali – a chiunque ne abbia interesse.

Ha ricordato la Sezione che con ordinanza n. 4102 del 2018 ha disposto la sottoposizione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione di interpretazione del diritto unionale: "Se i principi di libertà di stabilimento, di non discriminazione, di parità di trattamento, di tutela della concorrenza e di libera circolazione dei lavoratori, di cui agli artt. 45, da 49 a 56, e 106 del TFUE, nonché di cui agli artt. 15 e 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, ed il canone di proporzionalità e ragionevolezza in essi racchiuso, ostano ad una normativa nazionale, quale quella di cui all'art. 12, comma 2, l. n. 362 del 1991, che, in caso di trasferimento della titolarità della farmacia comunale, assegna il diritto di prelazione ai dipendenti della farmacia medesima".

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza del 19 dicembre 2019 (nella causa C-465/2018) ha concluso che il diritto di prelazione incondizionato, concesso ai

farmacisti dipendenti di una farmacia comunale, in caso di cessione di quest'ultima mediante gara, comprime la libertà di stabilimento.

La Corte europea ha ricordato che l'art. 49 Tfeue non è di ostacolo solo alle misure di diritto interno che creino discriminazioni sulla base della nazionalità, ma anche a quelle che sono idonee a ostacolare o a scoraggiare l'esercizio della libertà di stabilimento. Nella fattispecie in esame, il diritto di prelazione previsto a favore dei farmacisti risulta idoneo a dissuadere farmacisti, di altri Stati membri, dal partecipare alla procedura. Infatti, per aggiudicarsi la gara, non è sufficiente presentare l'offerta più vantaggiosa, giacché il farmacista prelazionario può ottenere la cessione della farmacia senza partecipare alla gara stessa, ma semplicemente allineandosi all'offerta da altri formulata. Pertanto, il diritto di prelazione incondizionato a favore dei farmacisti dipendenti costituisce una restrizione della libertà di stabilimento.

Ancora ha precisato che il diritto comunitario non impedisce, in assoluto, la compressione del diritto di stabilimento, infatti, ne consente la restrizione a fronte del perseguimento di un obiettivo legittimo, in virtù del principio di bilanciamento degli interessi. La *ratio* della normativa italiana è da ricercarsi nella volontà di garantire una migliore gestione del servizio farmaceutico: permettendo la continuità del rapporto di lavoro dei farmacisti dipendenti; valorizzando l'esperienza di gestione maturata dagli stessi.

La Corte di Giustizia Ue ha ritenuto che la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) possa essere limitata per la tutela del diritto alla salute (art. 52 c. 1 TFUE), ad esempio, per garantire alla popolazione la fornitura di medicinali di qualità sicura, in quanto trattasi di un preminente interesse generale (sentenza 5 dicembre 2013, Venturini e a., C-159/12, C-161/12). Pertanto, occorre valutare se il diritto di prelazione sia idoneo a perseguire un interesse generale, come la tutela della salute.

Infatti, la tutela della salute prevale sulla libertà di stabilimento.

Accertato che la normativa nazionale comprime la libertà di stabilimento al fine di perseguire un interesse di carattere generale, occorre valutare se tale obiettivo non possa essere conseguito tramite altre misure. Come ricordato, la norma è tesa ad assicurare la continuità del rapporto farmaceutico; ebbene, secondo la Corte di Giustizia: a) il diritto di prelazione a favore dei farmacisti dipendenti non è una misura idonea a garantire la tutela della salute. L'obiettivo di mantenere i diritti dei dipendenti della farmacia, in caso di cessione, è già raggiunto tramite l'art. 2112, comma 1, cod. civ. (che traspone la direttiva 2001/23); il diritto di prelazione a favore dei farmacisti dipendenti non soddisfa la valorizzazione dell'esperienza professionale per assicurare una migliore gestione del servizio farmaceutico. Infatti, la norma introduce una sorta di presunzione assoluta, in base alla quale i farmacisti dipendenti siano soggetti più competenti di altri a gestire il servizio. La suddetta presunzione non poggia su una valutazione concreta e, pertanto, è inidonea a conseguire l'obiettivo della salute.

In conclusione, secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, "l'art. 49 Tfeue deve essere interpretato nel senso che osta ad una misura nazionale che concede un diritto di prelazione incondizionato in favore dei farmacisti dipendenti di una farmacia comunale in caso di cessione di quest'ultima mediante gara". I giudici comunitari hanno, dunque,

ritenuto che la disciplina italiana, così come strutturata, limiti la libertà di stabilimento senza perseguire un superiore interesse generale. Infatti, il diritto di prelazione a favore dei farmacisti dipendenti non assicura una maggiore professionalità nell'erogazione del servizio farmaceutico. Del resto, la legge consente il trasferimento di una farmacia solo a favore di soggetti iscritti all'albo professionale dei farmacisti, che abbiano già conseguito l'idoneità alla titolarità di una farmacia, che abbiano almeno due anni di pratica professionale.

Pertanto, tali condizioni offrono già una garanzia sulla competenza professionale dei potenziali acquirenti di una farmacia comunale. Inoltre, l'obiettivo di valorizzazione dell'esperienza professionale può essere raggiunto mediante misure diverse rispetto al diritto di prelazione, come l'attribuzione di punteggi premiali, nell'ambito della procedura di gara, in favore dei partecipanti che apportino la prova di un'esperienza nella gestione di una farmacia. Per tutte le ragioni sopra esposte, "il diritto di prelazione incondizionato [...], nella misura in cui è diretto ad assicurare una migliore gestione del servizio farmaceutico – supponendo che effettivamente persegua un obiettivo concernente la tutela della salute – non è idoneo a garantire la realizzazione di tale obiettivo e, in ogni caso, va oltre quanto necessario al raggiungimento dello stesso".

Ha affermato la Sezione che nella specie, pur dovendo trovare tutela la posizione del terzo che ha fatto affidamento sulla legittimità del procedimento e sull'efficacia del contratto stipulato, tuttavia non è ipotizzabile che il contratto possa continuare a produrre tutti i suoi effetti in quanto esso poggia su una base normativa non più applicabile, quanto meno *ex nunc*, nel nostro ordinamento. Spetterà quindi al Comune avviare – previo l'esperimento delle azioni utili sul piano civilistico a definire il rapporto in essere nei confronti dell'attuale cessionario - una nuova procedura per la cessione della farmacia, con nuovo bando, aperto ovviamente – senza titoli preferenziali – a chiunque ne abbia interesse.

La posizione dei ricorrenti non è caratterizzata, quindi, da un'aspettativa tutelabile quanto al risultato dell'assegnazione del bene, ma soltanto quale interesse a concorrere senza che altro eventuale interessato possa vantare una posizione preferenziale preconstituita.

Ricorrono, dunque nella fattispecie, quelle condizioni che l'Adunanza Plenaria n. 13 del 2017 ha individuato come presupposto per la graduazione degli effetti "l'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco".

16.3. Attività di farmacista e grossista.

La Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana con sentenza 24 marzo 2021, n. 240 ai sensi del combinato disposto del comma 5 dell'art. 105, d.lgs. n. 219 del 2006 e dell'art. 3, d.m. 15 luglio 2004, l'attività di farmacista e di grossista, anche se

svolte da un medesimo soggetto, magari con un'unica partita iva, devono restare separate tra loro per la diversa finalità che, nella filiera del farmaco, sono chiamati a svolgere; tale distinzione che viene garantita con l'attribuzione al medesimo soggetto di un codice univoco diverso, in ragione dell'attività svolta, e ciò al fine della tracciabilità del farmaco i cui movimenti vengono trasmessi alla Banca dati centrale prevista dal citato art. 5 *bis*, d.lgs. n. 540 del 1992 e regolamentata dal d.m. 15 luglio 2004.

Ha chiarito il C.g.a. che la necessità di due distinti codici univoci, in capo allo stesso soggetto, per l'esercizio dell'attività di farmacista e di grossista, non solo è prevista espressamente dall'art. 105, comma 5, d.lgs. n. 219 del 2006 ma è assolutamente funzionale ad alimentare la Banca dati centrale, istituita presso il Ministero della salute *ex* art. 5 *bis*, d.lgs. n. 540 del 1992, alla quale affluiscono gli aggiornamenti sulla movimentazione dei farmaci.

Ha aggiunto che l'attività di distribuzione all'ingrosso dei medicinali è disciplinata: dal d.lgs. n. 219 del 24 aprile 2006, recante "l'Attuazione della direttiva 2001/83/CE (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE", ed in particolare dalle norme contenute nel titolo VII, artt. 99-112; dal d.m. 6 luglio 1999, contenente le "linee direttrici in materia di buona pratica di distribuzione dei medicinali per uso umano"; dal d.m. 15 luglio 2004, relativo alla "istituzione presso l'Agenzia italiana del farmaco di una banca dati centrale finalizzata a monitorare le confezioni dei medicinali all'interno del sistema distributivo". L'eliminazione dell'incompatibilità tra la distribuzione all'ingrosso e fornitura al pubblico dei farmaci, è dovuta all' art. 5, comma 7, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, che ha abrogato il comma 2 dell'art. 100, rubricato con il titolo di "autorizzazione alla distribuzione all'ingrosso dei medicinali" del d.lgs. 219 del 2006, citato, secondo cui "le attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali e quella di fornitura al pubblico di medicinali in farmacia sono fra loro incompatibili"; l'art. 2, comma 16, d.lgs. 29 dicembre 2007, n. 274, ha, poi, inserito, nel medesimo art. 100, il comma 1 *bis*, a tenore del quale: "i farmacisti e le società di farmacisti, titolari di farmacia ai sensi dell'art. 7, l. 8 novembre 1991, n. 362, nonché le società che gestiscono farmacie comunali possono svolgere attività di distribuzione all'ingrosso dei medicinali, nel rispetto delle disposizioni del presente titolo. Parimenti le società che svolgono attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali possono svolgere attività di vendita al pubblico di medicinali attraverso la gestione di farmacie comunali".

Ha quindi chiarito il C.g.a. che ogni operazione effettuata dal distributore all'ingrosso dei medicinali deve essere: "tracciata" mediante l'utilizzo da parte del distributore medesimo del codice e deve essere documentata così come richiesto nel dettaglio dal d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 (art. 5-*bis*, d.lgs. n. 540 del 1992 e d.m. 15 luglio 2004, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 2 del 4 gennaio 2005, artt. 104, comma 1, lett. e) e 105, comma 5, del medesimo d.lgs. n. 219 del 2006); i medicinali acquistati in tale qualità debbono essere stoccati esclusivamente nei magazzini oggetto

dell'autorizzazione all'ingrosso, con la precisazione che tali medicinali non possono essere venduti al pubblico (artt. 101, 102 e 103, d.lgs. n. 219 del 2006) mentre possono essere venduti, ai sensi di quanto previsto dal successivo art. 104 del medesimo d.lgs. n. 219 del 2006, solo a persone, società, enti che possiedono essi stessi l'autorizzazione alla distribuzione, ovvero sono autorizzati o abilitati ad altro titolo ad approvvigionarsene. Le farmacie pubbliche e private, invece, ai sensi dell'art. 122, r.d. 27 luglio 1934, n.1265, della l. n. 833 del 1978 e del d.lgs. n. 502 del 1992, vendono farmaci al pubblico ed erogano l'assistenza farmaceutica. Quindi, sulla base del delineato regime giuridico, può affermarsi che il titolare della farmacia che dispone, a seguito dell'abrogazione del regime di incompatibilità, anche di una autorizzazione alla distribuzione all'ingrosso di farmaci non può, per ciò stesso, ridistribuire come grossista i medicinali acquistati come farmacista, dovendo operare con un codice identificativo distinto da quello della farmacia. Ciò in quanto, ogni operazione effettuata dal distributore all'ingrosso dei medicinali deve essere "tracciata" mediante l'utilizzo da parte del distributore medesimo del codice attribuitogli dal Ministero e deve essere documentata così come richiesto nel dettaglio dal d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 (art. 5-*bis*, d.lgs. n. 540 del 1992 e d.m. 15 luglio 2004, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 2 del 4 gennaio 2005, artt. 104, comma 1, lett. e) e 105, comma 5, del medesimo d.lgs. n. 219 del 2006).

17 Alimenti.

La sez. III, con sentenza 7 ottobre 2021, n. 6677 ha affermato che in base al combinato disposto degli artt. 14, comma 4, l. 4 luglio 1967, n. 580, e dell'art. 1 del relativo regolamento attuativo emanato con d.P.R. 30 novembre 1998, n. 502, la vendita del pane parzialmente cotto deve essere posta in essere, di regola, previo confezionamento; solo in caso di impossibilità di eseguire il preconfezionamento in area diversa da quella di vendita, può eccezionalmente farsi luogo a confezionamento in tale area, "fatte salve comunque le norme igienico-sanitarie"; poiché la finalità primaria della disposizione regolante tale attività è quella di garantire l'igiene e la sicurezza alimentare, sicuramente non è conforme a tale disciplina una modalità, quale quella accertata in concreto, che consente al singolo consumatore, prima di procedere al confezionamento, di toccare il pane per poi riporlo nell'espositore, a danno dei futuri (e ignari) clienti.

Ha chiarito la Sezione che neppure la disposizione che deroga all'obbligo di preconfezionamento in area separata da quella della vendita consente la vendita di pane non confezionato: dal momento che la deroga concerne l'*ubi*, ma non l'*an* ("dette operazioni" sono evidentemente quelle di confezionamento).

La norma di chiusura è poi quella che impone comunque, nel margine esegetico dalla stessa consentito, il rispetto delle norme igienico-sanitarie.

Ha aggiunto che non possono ragionevolmente invocarsi, a fronte di un corretto inquadramento della fattispecie, dubbi relativi al possibile contrasto con disposizioni costituzionali o di diritto comunitario direttamente applicabili.

In primo luogo va osservato che l'appellante richiama (a pag. 11 del ricorso in appello) la “sentenza della Corte di Giustizia n. 146 del 2000”: il riferimento è erraneo, e verosimilmente riferito alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea 18 settembre 2003, in causa C416/00, Morellato.

Tale decisione ha riguardo però ad un diverso oggetto: quella della parità di trattamento del regime di confezionamento del pane ottenuto mediante completamento di cottura fra i prodotti nazionali e quelli importati (“L'obbligo di un previo confezionamento a cui il diritto di uno Stato membro sottopone la messa in vendita di pane ottenuto mediante completamento di cottura, in tale Stato membro, di pane parzialmente cotto, surgelato o no, importato da un altro Stato membro non costituisce una restrizione quantitativa o una misura di effetto equivalente ai sensi dell'art. 30 del Trattato Ce (divenuto, in seguito a modifica, art. 28 Ce), purché esso sia indistintamente applicabile sia ai prodotti nazionali sia a quelli importati e non costituisca in realtà una discriminazione nei confronti dei prodotti importati”).

Tanto che la Corte di cassazione, sez. II, con ordinanza n. 8197 del 2020, ha in proposito ritenuto che non sussistono i presupposti per un rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in relazione al principio di libera circolazione delle merci, atteso che la Corte di Giustizia Ue “ha dichiarato legittimo sul piano unionale l'obbligo di confezionamento del pane a cottura frazionata, purché esso sia applicato indistintamente ai prodotti nazionali come agli importati, e non rappresenti, quindi, un ostacolo all'importazione intracomunitaria (Corte giust. comm.ue 18 settembre 2003, C416/00, Morellato)”.

La stessa ordinanza, che il Collegio condivide e alle cui motivazioni si riporta, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni invocate nel presente giudizio (artt. 14, l. n. 580 del 1967 e 1, d.P.R. n. 502 del 1998), in riferimento agli artt. 3 e 41 Cost., nella parte in cui prescrivono l'obbligo di confezionamento per il solo pane precotto, e non anche per il pane fresco, in quanto “Per uniforme giurisprudenza costituzionale, non vi è lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti generali d'esercizio corrisponda all'utilità sociale, a norma dell'art. 41, comma 2, Cost. purché l'individuazione dell'utilità sociale non appaia arbitraria e gli interventi del legislatore non la perseguano con misure palesemente incongrue (*ex plurimis*, Corte cost. 31 marzo 2015, n. 56; id. 21 luglio 2016, n. 203; id. 24 gennaio 2017, n. 16; id. 2 marzo 2018, n. 47)”.

18. Pubblico impiego.

18.1. Ripetizione di somme indebitamente corrisposte al dipendente.

La sez. II, con sentenza 1 luglio 2021, n. 5014 ha chiarito che non può ipotizzarsi la ripetizione di indebito trattamento economico al pubblico dipendente, nel caso di imputabilità dell'errore interpretativo posto a base della erogazione in via esclusiva alla Amministrazione procedente. Ferma restando, dunque, l'eventuale responsabilità erariale dell'autore dell'errore, viola il principio di proporzionalità previsto dall'art. 1 del

Protocollo alla Convenzione la richiesta restitutoria sopraggiunta a considerevole distanza di tempo dalla erogazione delle somme, purché le stesse siano riconducibili all'attività professionale ordinaria del dipendente e non ad una prestazione effettuata a tantum e "isolata", non vi sia stato un mero errore di calcolo ovvero l'esplicita indicazione della riserva di ripetizione.

La Sezione ha preliminarmente ricordato che il principio, consolidato sia nella giurisprudenza di legittimità in materia di impiego pubblico privatizzato, che in quella amministrativa sui rapporti di lavoro di impiego pubblico non contrattualizzato (cfr. *ex multis* Cass. civ., sez. lav., 20 febbraio 2017, n. 4323; Cons. Stato, sez. III, 9 giugno 2014, n. 2903; id. 28 ottobre 2013, n. 5173; id. 12 settembre 2013, n. 4519; id., sez. V, 30 settembre 2013, n. 4849), in forza del quale la domanda di ripetizione dell'indebito proposta da una amministrazione nei confronti di un proprio dipendente in relazione alle somme corrisposte *sine titolo* è atto dovuto, valido in termini generali, deve essere mitigato in relazione alle peculiarità della singola fattispecie. In genere, infatti, la buona fede dell'*accipiens* non rileva, in quanto l'art. 2033 cod. civ., applicabile alla fattispecie, riguarda soltanto, sotto il profilo soggettivo, la restituzione dei frutti e degli interessi, l'interesse pubblico è *in re ipsa* e non richiede neppure specifica motivazione (sulla "autoevidenza" delle ragioni che impongono l'esercizio dell'autotutela, a protezione di interessi sensibili dell'Amministrazione, v. anche Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8), l'Amministrazione non ha alcuna discrezionale *facultas agendi* e, anzi, il mancato recupero delle somme illegittimamente erogate configura danno erariale, con il solo temperamento costituito dalla regola per cui le modalità dello stesso non devono essere eccessivamente onerose, in relazione alle esigenze di vita del debitore. Ciò tuttavia, seppure condivisibile in linea astratta, non è suscettibile di applicazione in via automatica, generalizzata e indifferenziata a qualsiasi caso concreto di indebita erogazione, da parte della pubblica amministrazione, di somme ai propri dipendenti, dovendo assumere rilievo le connotazioni, giuridiche e fattuali, delle singole fattispecie dedotte in giudizio, avuto riguardo alla natura degli importi richiesti in restituzione, alle cause dell'errore nell'erogazione, al lasso di tempo trascorso tra la stessa e l'emanazione del provvedimento di recupero, all'entità delle somme corrisposte, riferita alle singole mensilità e nel totale determinato dalla relativa sommatoria (v. al riguardo l'indirizzo, seppur minoritario, di cui a Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2012, n. 2118; id. 15 ottobre 2003, n. 6291). In materia pensionistica, peraltro, il regime derogatorio dell'art. 2033 cod. civ. è espressamente previsto dal legislatore (d.P.R. n. 1092 del 1973, in particolare artt. 162, comma 7, e 206, comma 1), ed è su di esso che si basa l'orientamento di favore verso il percipiente consolidato nella giurisprudenza contabile (v. decisione del 2 luglio 2012 n. 2/2012/QM delle Sezioni riunite giurisdizionali, richiamata in sez. III centrale di appello, 6 novembre 2017, n. 512).

Ha quindi aggiunto la Sezione che la Cedu, con sentenza 11 febbraio 2021, n. 4893/2013, Casarin contro Italia, ha cristallizzato le circostanze in presenza delle quali la buona fede del percipiente assume necessariamente rilievo, circoscrivendone la portata agli emolumenti aventi carattere retributivo non occasionale, e dunque corrisposti

da una pubblica amministrazione in modo costante e duraturo, senza riserve esplicite. In tali casi, essendosi ingenerato il legittimo affidamento nel dipendente sulla spettanza delle somme, la loro ripetizione (benché dovuta ai sensi delle disposizioni nazionali, essendo stato indebitamente corrisposto) comporterebbe la violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla Convenzione. In caso invece di voce stipendiale a carattere sporadico, quale, ad esempio, la remunerazione del lavoro straordinario, connotato ontologicamente da estemporaneità, si potrebbe “eventualmente giustificare, tenuto conto della sua natura occasionale e isolata, un errore da parte delle autorità per quanto riguarda l'importo da riconoscere agli interessati”.

Ha aggiunto la Sezione che la disciplina dei pagamenti stipendiali effettuati mediante sistemi automatizzati, che attribuisce natura provvisoria alle liquidazioni prevedendone il possibile “ricalcolo” “entro il termine di un anno dalle relative lavorazioni” (art. 9, l. n. 428 del 1985, in combinato disposto con l'art. 5, comma 4, d.P.R. n. 429 del 1986), costituisce il ricercato punto di equilibrio fra le esigenze di certezza del lavoratore sulla propria consistenza stipendiale e il potere/dovere dell'Amministrazione di presidiare la gestione del procedimento da parte del sistema informatico; ne consegue che i versamenti, seppure limitatamente al richiamato termine di un anno, in tale caso sono sottoposti *ope legis* alla clausola di riserva di ripetizione, che anche in base ai principi da ultimo affermati dalla Corte Edu rende irrilevante lo stato soggettivo del percipiente.

Le disposizioni normative sui pagamenti automatizzati, interpretate nel senso della oggettiva provvisorietà, sì da consentire l'esercizio dello *ius poenitendi* da parte dell'Amministrazione a prescindere dalla situazione soggettiva del percettore, sono compatibili con l'art. 1 del Protocollo alla Convenzione, per la lettura datane con riferimento alla materia de qua dalla Corte Edu. Ridette disposizioni si risolvono infatti nella apposizione di una generalizzata riserva di ripetizione, come tale legittimante sempre la sua concreta effettuazione, purché nei limiti temporali prestabiliti. Proprio la previsione di tali limiti temporali costituisce il ricercato punto di equilibrio fra le esigenze di certezza delle proprie risorse da parte del dipendente pubblico e quelle di presidio del procedimento meccanizzato, connotato da maggiore celerità operativa, da parte dell'Amministrazione. Il legislatore, cioè, facendosi carico delle conseguenze giuridiche dell'affidamento della gestione delle erogazioni stipendiali a sistemi automatizzati, in qualche modo anticipando i futuri e particolarmente attuali dibattiti sull'intelligenza artificiale e le conseguenze in termini di responsabilità di eventuali distorsioni applicative ascrivibili alla macchina, ha cautelativamente disciplinato le conseguenze delle correzioni dei relativi esiti, onerando l'operatore, tuttavia, di effettuare i controlli entro un termine ragionevole fissato in un anno.

18.2. Attività extraistituzionali non autorizzate.

Con sentenza 27 maggio 2021, n. 4091 la sez. II ha affermato che lo svolgimento di incarichi extraistituzionali in assenza di autorizzazione implica conseguenze per tutti i soggetti coinvolti nella vicenda. Il versamento dei compensi all'Amministrazione di appartenenza avviene da parte del dipendente ove li abbia già percepiti, ovvero di chi ha

conferito l'incarico, non potendo il beneficio della previa escussione dello stesso risolversi in un'indebita *locupletatio* del primo, ove abbia già introitato le relative somme. La controversa natura della misura in questione, che comunque sottintende una componente sanzionatoria del dovere di esclusività del rapporto di pubblico impiego, prescinde sia dalla verifica della sussistenza di un danno effettivo per la p.a. di appartenenza, sia da valutazioni di colpevolezza, che attengono alle eventuali diverse fattispecie di danno erariale con cui può concorrere. La disposizione trova applicazione anche nei confronti del personale militare e delle forze di polizia di Stato, non essendo necessario un ulteriore rinvio alla disciplina generale contenuta nel d.lgs. n. 165 del 2001 (T.u.p.i.) una volta che ciò sia stato espressamente previsto all'interno dello stesso per tutto il personale non contrattualizzato (art. 53, comma 6).

Ha chiarito la Sezione che il regime giuridico ordinario per poter legittimamente svolgere un'attività extraistituzionale è il conseguimento di un'autorizzazione preventiva da parte della propria Amministrazione, la mancanza della quale determina una serie di conseguenze nei confronti di tutti i soggetti interessati alla vicenda. Se l'incarico retribuito è conferito da una pubblica amministrazione, ad esempio, ovviamente diversa da quella di appartenenza dell'interessato, il provvedimento di conferimento, ai sensi dell'art. 53, comma 8, d.lgs. n. 165 del 2001 costituisce infrazione disciplinare ed è nullo di diritto. Una lettura delle norme nel loro complesso ne evidenzia la finalità di dissuasione, in generale, del fenomeno dell'assunzione di incarichi extraistituzionali retribuiti, in quanto contrario al dovere di esclusività del rapporto del pubblico dipendente con l'amministrazione, discendente dall'art. 98, comma 1, Cost., nonché alla necessità di evitare situazioni di conflitto di interessi o di assoluta incompatibilità con l'attività principale svolta presso l'amministrazione di appartenenza. Il comma 7 dell'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001 impone al dipendente pubblico di restituire automaticamente all'Amministrazione di appartenenza i compensi percepiti per incarichi extraistituzionali privi della prescritta autorizzazione, prescindendo dalla tipologia di attività svolta e dunque in maniera pressoché meccanicistica rispetto al dato oggettivo di ridetta mancanza. Essa non è, dunque, norma che prevede una sanzione disciplinare, ma una misura reale di natura compensativa della condotta irregolare del dipendente, che ne destina preventivamente i compensi percepiti in assenza di una preventiva autorizzazione, funzionalizzandone anche l'utilizzo ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti. La tutela risarcitoria dell'Amministrazione resta invece affidata alle previsioni del successivo comma 7-bis dell'art. 53, il quale prevede che la percezione irregolare di compensi per attività extraprofessionali costituisce danno erariale soggetto alla giurisdizione della Corte dei conti. La norma si applica anche al personale militare, giusta l'esplicita previsione in tal senso contenuta nel comma 6 dell'art. 53, che estende la relativa disciplina "ai dipend. 3". Mentre, dunque, in linea generale il personale in regime di diritto pubblico elencato all'art. 3, nell'ambito del quale rientra anche quello militare e delle forze di polizia di Stato, resta assoggettato alle norme rivenienti dai rispettivi ordinamenti, ciò non vale per la disciplina delle conseguenze delle violazioni in materia di incompatibilità degli incarichi, espressamente estesa anche allo stesso. Né a tale ricostruzione osta la

sopravvenuta formulazione dell'art. 896, d.lgs. n. 66 del 2010, che con riferimento alle attività extraistituzionali da svolgere previa autorizzazione da parte dei militari richiama espressamente i (soli) commi da 8 a 16-*bis* dell'art. 53 del T.u.p.i., omettendo di menzionare anche il comma 7. L'apparente difetto di coordinamento tra le due norme non può certo risolversi, infatti, in un'abrogazione del richiamo, interno alla norma, ai commi da 7 a 13, che si giustifica in ragione del diverso ambito di riferimento, ovvero tutto il pubblico impiego non contrattualizzato, non soltanto il personale delle forze armate. Una diversa interpretazione determinerebbe una inspiegabile e irragionevole disparità di trattamento a favore di quest'ultimo nei confronti di tutti gli altri dipendenti pubblici, anche non contrattualizzati, solo per i quali, non operando ridetta abrogazione, resterebbe fermo l'obbligo restitutorio.

Ha aggiunto la Sezione che le originarie oscillazioni in ordine alla competenza a giudicare dell'omesso riversamento delle somme indebitamente introitate per attività extraistituzionali sono state definitivamente superate dalla richiamata novella del 2012 che nell'inserire nell'art. 53 del T.u.p.i. il comma 7-*bis*, ha esplicitamente qualificato come illecito erariale la relativa condotta. Al contrario, la responsabilità di che trattasi, se limitata all'inadempimento dell'obbligo di denuncia preventiva dell'incarico, senza che sia dedotta l'esistenza di conseguenze dannose per l'amministrazione di appartenenza, non possa sottrarsi alle ordinarie regole di riparto di giurisdizione e quindi, trattandosi qui di rapporto di pubblico impiego non contrattualizzato, alla giurisdizione del giudice amministrativo. Solo la violazione dell'obbligo restitutorio, in quanto strumentale al corretto esercizio delle mansioni del dipendente, "può essere pertanto addotta come fonte di responsabilità amministrativa", come tale capace di radicare la giurisdizione della Corte dei conti (v. ancora Cass. civ., sez. un., n. 12579 del 2015). Il sistema delinea dunque un intreccio inscindibile tra le conseguenze dello svolgimento di attività extraistituzionale da parte dei pubblici dipendenti in difetto di autorizzazione datoriale. Esso crea, cioè, una fattispecie a formazione progressiva nella quale la prima condotta rileva obiettivamente, salvo se ne vogliano contestare i presupposti disconoscendo il diritto dell'Amministrazione alle reversali economiche imposte. Il primo segmento, attiene alle scelte poste in essere dall'Amministrazione per evitare il danno erariale da mancato introito dei compensi illecitamente percepiti dal dipendente; il secondo le ragioni dell'omesso versamento, che implicano necessariamente la valutazione della liceità della condotta, sotto il profilo oggettivo (supposta non necessità dell'autorizzazione) o soggettivo (mancanza dell'elemento psicologico richiesto). L'elemento di criticità del sistema risiede caso mai nelle modalità di coinvolgimento della magistratura contabile, cui il privato dovrebbe rivolgersi autodenunciandosi ovvero diffidando l'amministrazione dal procedere coattivamente, in assenza di specifiche norme di settore, e così ponendosi nella condizione omissiva che il legislatore ha espressamente connotato come illecito erariale. La violazione del primo obbligo di per sé non provoca tuttavia alcun danno, potendo al più quest'ultimo conseguire a caratterizzazioni o esiti antigiuridici ulteriori delle condotte del pubblico dipendente, per le quali sono enucleabili altre e svariate ipotesi di danno erariale, "quali quello legato, ad esempio, all'indebita percezione, totale

o parziale, di indennità incentivanti previste nel caso di svolgimento “a tempo pieno” per il datore di lavoro (indennità di svolgimento ‘a tempo pieno’ per il datore di lavoro (indennità di esclusività, per esempio, prevista per i medici dipendenti dal S.S.N. o maggiore misura della retribuzione di posizione, differenziale retributivo per i professori universitari a tempo pieno rispetto a quelli a tempo definito), il danno da disservizio ovvero il danno all’immagine, ipotizzabile nel caso di incarichi in conflitto di interesse con l’amministrazione di appartenenza e non autorizzabili” (Corte dei conti, Sezioni riunite in sede giurisdizionale, 31 luglio 2019, n. 26).

19. Insegnanti universitari.

La sez. VI, con sentenza 26 novembre 2021, n. 7917 ha affermato che in sede di concorso per professore di prima fascia alla Commissione il compito di fissare i criteri di valutazione, limitando la discrezionalità della stessa al rispetto del parametro costituito dagli “*standard* normativi” unanimemente riconosciuti.

Ha ricordato la Sezione che alla Commissione nominata spetta il compito di fissare i criteri di valutazione che debbono “essere stabiliti nel rispetto degli standard previsti dalla normativa vigente”.

Come è stato precisato dalla Sezione, “i parametri definiti prima dell’inizio delle operazioni di valutazione, vincolano rigidamente l’operato della Commissione, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ossequio ai principi di tutela del legittimo affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di selezione alle quali l’Amministrazione si è originariamente autovincolata nell’esercizio delle potestà connesse alla conduzione della procedura selettiva. Tali criteri non possono quindi essere manipolati in sede di attribuzione del punteggio, integrandoli con pretesi significati impliciti o inespressi” (cfr., tra le molte, in termini, Cons. Stato, sez. VI, 17 luglio 2019, n. 5024). Quando l’amministrazione, nell’esercizio del proprio potere discrezionale, decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è infatti tenuta all’osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell’autovincolo determina l’illegittimità delle successive determinazioni (Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2017 n. 3502). Quanto sopra esclude che, nella specie, la scelta, prevista dal bando di concorso e prima ancora dal Regolamento di Ateneo dell’Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, approvato ai sensi degli artt. 18 e 24, l. 30 dicembre 2010, n. 240, di affidare alla Commissione il compito di fissare i criteri “tenendo conto degli standard normativi” per la valutazione dei titoli presentati dai candidati al posto di professore universitario (di prima o di seconda fascia), possa considerarsi illegittima perché in tal modo si consegnerebbe alla Commissione l’arbitraria opportunità di individuare parametri di valutazione del tutto eterogenei e quindi idonei a alterare la par condicio tra i candidati, laddove, per un verso, la fissazione dei criteri sia ancorata a standard “normativi” unanimemente riconosciuti, venga effettuata quando ancora non siano conosciuti i contenuti dei titoli prodotti dai candidati, sia consentito lo scrutinio

giudiziale sui criteri, sebbene (per quanto poi si dirà) nel perimetro della valutazione della non illogicità o irragionevolezza degli stessi. Ben può, dunque, affidarsi alla Commissione il compito di fissare i criteri di valutazione, limitando la discrezionalità della stessa al rispetto del parametro costituito dagli “*standard* normativi” unanimemente riconosciuti; il che sposta l’ambito della verifica da parte del giudice amministrativo sulla valutazione della logicità e ragionevolezza del contenuto dei criteri fissati dalla Commissione e la corrispondenza degli stessi con gli “*standard* normativi” unanimemente riconosciuti.

20. Pubblica istruzione.

20.1. Ammissione degli specializzandi iscritti ai Tirocini formativi attivi/Sostegno (TFA/S) al concorso riservato.

Con ordinanza 9 febbraio 2021, n. 604 la sez. VI ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata, per violazione degli artt. 2, 3, 32, 34 e 97 e 113 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 18-*quater*, d.l. n. 126 del 2010, nella parte in cui pone: a) una data fissa per l’ammissione degli specializzandi iscritti ai Tirocini formativi attivi/Sostegno (TFA/S) al concorso riservato, per titoli ed esami, per l’immissione in ruolo di personale docente su posti comuni e di sostegno dall’a.s. 2020/21, in quanto iscritti ai TFA/Sostegno non avviati entro il 29 dicembre 2019, senza avere riguardo al fatto che il corso abilitante legittimante la partecipazione sia stato comunque avviato prima dell’indizione del concorso straordinario ed al fatto che l’ammissione al corso abilitante sia avvenuta in data utile per la presentazione della domanda al concorso straordinario; b) una data fissa pure per il conseguimento della abilitazione (senza considerare chi comunque consegua l’abilitazione in tempo utile per l’ammissione in servizio).

Ha chiarito la Sezione che l’art. 1, comma 18-*quater*, d.l. n. 126 del 2010 è violativo dell’art. 3 Cost. ed in particolare dei principi di ragionevolezza che deve assistere ogni legge-provvedimento (nella specie giustificata ove ammette gli specializzandi ma non ove limita tale ammissione con un troppo rigido sbarramento temporale che non ha alcuna sua autonoma giustificazione a fronte della adozione delle diverse soluzioni divise innanzi) e del principio di uguaglianza (ove discrimina fra soggetti che sono in situazioni del tutto similari tranne che per il profilo temporale) nonché degli artt. 2, 32 e 34 Cost., ossia dei diritti fondamentali alla salute ed all’istruzione (ove restringe irragionevolmente la platea dei partecipanti alla selezione con possibile compromissione di tali valori evidentemente rilevanti nello svolgimento dell’insegnamento di sostegno a persone con disabilità) ed in ultimo degli artt. 97 Cost. (perché, pur in assenza di una attività riservata all’amministrazione, compromette con disposizioni di eccessivo dettaglio gli stessi interessi che la disposizione si propone di tutelare restringendo senza motivo la platea dei soggetti ammessi al concorso straordinario per soluzioni distoniche rispetto a quelle che – in assenza della norma – l’amministrazione avrebbe potuto tranquillamente adottare nella sua ordinaria attività di indizione dei concorsi) e 113 Cost. perché – legificando i bandi – sottrae senza motivazione alcuna alla tutela giurisdizionale le posizioni

degli istanti lasciando al giudice amministrativo – per assicurare tutela – solo ed esclusivamente la strada della rimessione della norma al giudice delle leggi.

20.2. Graduatorie ad esaurimento.

La sez. VI, con sentenza 21 giugno 2021, n. 4781 ha affermato che il possesso del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 non consente l'inserimento nelle attuali graduatorie ad esaurimento.

Ha ricordato la Sezione che le questioni portate da parte appellante all'attenzione del Collegio sono state già affrontate e definite dalla Sezione in numerosi precedenti (Cons. Stato, sez. VI, n. 2985 del 2020; n. 3802 del 2020) che si sono uniformati alle pronunce dell'Adunanza Plenaria 20 dicembre 2017, n. 11 e 27 febbraio 2019, nn. 4 e 5 (da ultimo confermate dalla Cass. civ. n. 3830 del 2021). E' quindi sufficiente richiamarne i passaggi salienti dei precedenti citati: il d.m. n. 235 del 2014 disciplina - come emerge chiaramente dal tenore letterale di ciascuno degli articoli di cui si compone - i criteri di massima per la permanenza, l'aggiornamento e la conferma dell'inclusione di coloro che sono già iscritti nella graduatoria. Il decreto si rivolge a soggetti determinati o, comunque, facilmente determinabili e i destinatari del d.m. sono esclusivamente i docenti già inseriti nelle graduatorie, i quali, evidentemente, sono gli unici soggetti che possono ottenere l'aggiornamento della posizione o la conferma della stessa. Ne consegue che i destinatari del d.m. sono determinati sin dal momento della sua adozione e rappresentano una categoria chiusa, atteso che i criteri di aggiornamento hanno efficacia limitata nel tempo perché valgono solo per il triennio 2014-2017.

Sotto altro profilo, il d.m. n. 235 del 2014 presenta caratteristiche sono incompatibili con una eventuale sua riconducibilità nell'alveo dei provvedimenti a natura normativa, perché mancano gli elementi essenziali della norma giuridica, ovvero: l'astrattezza (intesa come capacità della norma di applicarsi infinite volte a tutti i casi concreti rientranti nella fattispecie descritta in astratto), la generalità (intesa come indeterminabilità, sia *ex ante* che *ex post*, dei destinatari della norma) e l'innovatività (ovvero la capacità di modificare stabilmente l'ordinamento giuridico). Il suddetto d.m., infatti, ha ad oggetto una vicenda amministrativa specifica e temporalmente circoscritta (l'aggiornamento delle graduatorie per il triennio 2014/2017), ha destinatari determinati e non innova l'ordinamento giuridico, limitandosi a fissare criteri di massima per l'aggiornamento della graduatorie la cui applicazione è limitata nel tempo, oltre alla significativa circostanza che il suo procedimento di approvazione non è quello dei regolamenti ministeriali di cui all'art. 17, comma 4, l. 23 agosto 1988, n. 400.

Il ridetto d.m. non è neppure iscrivibile nell'ambito della categoria degli atti amministrativi a contenuto generale che, sebbene privi (a differenza dell'atto normativo) dell'astrattezza, si caratterizzano per la generalità dei destinatari, intesa come indeterminabilità dei destinatari *ex ante*, ma non *ex post*, poiché il d.m. n. 235 del 2014, come si è già precisato, si rivolge a destinatari già noti al momento dell'adozione, ovvero tutti coloro e solo coloro che sono già inseriti nelle G.A.E..

L'accoglimento della domanda di annullamento del d.m. n. 235 del 2014 intervenuto ad opera della sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 1973 del 2015 non ha prodotto effetti *erga omnes*, perché è lo stesso dispositivo della sentenza di annullamento che si premura di specificare che gli effetti dell'annullamento operano solo a vantaggio di coloro che hanno proposto il ricorso (a ciò consegue anche l'inconsistenza della prospettata violazione dei principi dell'affidamento, dell'equo processo e della certezza del diritto, di cui agli artt. 6 e 13 della Cedu, di cui alla memoria tardivamente depositata dall'appellante in data 17 maggio 2021).

Quanto al contenuto, il d.m. n. 235 del 2014 non contiene alcuna disposizione lesiva o escludente nei confronti dei diplomati magistrati non inseriti nelle G.A.E. dal momento che, trattandosi di un decreto che detta criteri e procedure per aggiornare le graduatorie, il d.m. non si rivolge a coloro che, per qualsiasi motivo, non sono stati inseriti in dette graduatorie. Da ciò consegue che coloro che erano in possesso del diploma magistrale avrebbero dovuto far valere tale titolo partecipando ad almeno una delle varie procedure bandite dal Ministero per l'inserimento nelle graduatorie (permanenti prima e ad esaurimento poi) ed eventualmente, a fronte del mancato accoglimento della domanda presentata, avrebbero poi dovuto far valere le loro ragioni impugnando tempestivamente il provvedimento con cui si negava detto inserimento. Ciò non è accaduto per la semplice ragione che i ricorrenti non hanno mai partecipato alle procedure bandite per l'inserimento nelle graduatorie, nella convinzione (dagli stessi ammessa) di non aver titolo all'inserimento in base al solo diploma magistrale.

Il valore legale del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 può essere riconosciuto solo in via "strumentale", nel senso di consentire a coloro che lo hanno conseguito di partecipare alle sessioni di abilitazioni o ai concorsi, pur se privi del diploma di laurea in scienze della formazione istituito con d.P.R. 31 luglio 1996, n. 471 (in tal modo, la richiamata disciplina transitoria ha mostrato di tenere in debito conto la posizione di chi avesse conseguito il titolo del diploma magistrale precedentemente alla riforma operata con la l. 19 novembre 1990, n. 341 e non fosse già immesso in ruolo alla data di entrata in vigore del d.m. 10 marzo 1997, consentendogli la partecipazione a procedure selettive riservate ai fini del conseguimento di un titolo idoneo a consentire l'iscrizione nelle graduatorie).

Non ha rilievo in senso contrario la previsione di cui all'art. 1, d.l. 28 maggio 2004, n. 136, convertito dalla l. 27 luglio 2004, n. 186, secondo la quale è sufficiente per accedere alla graduatoria il titolo abilitante comunque posseduto, in quanto detta disposizione non fa alcun riferimento al valore abilitante del solo diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002; né, successivamente, l'art. 1-quinques, d.l. 12 luglio 2018, n. 87 ha riconosciuto valore abilitante *ex se* al diploma magistrale, ma ha anzi ribadito la necessità di superare un concorso per accedere ai posti di insegnamento.

L'abilitazione all'insegnamento nella scuola materna ed elementare ex artt. 194 e 197, d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 e d.P.R. 23 luglio 1998, n. 323, non ha mai costituito titolo sufficiente per l'inserimento nelle graduatorie permanenti istituite dall'art. 401 d.lgs. 297/1994, essendo, invece, previsto a tale fine il superamento di procedure di natura

concorsuale (concorsi regionali per titoli ed esami) rispetto alle quali il diploma magistrale costituiva requisito di partecipazione (ai sensi dell'art. 402, d.lgs. n. 297 del 1994). Ciò vale anche per le procedure riservate al personale in possesso del diploma magistrale e di determinati requisiti di servizio, istituite ai sensi dell'art. 2, comma 4, l. 3 maggio 1999, n. 124 (O.M. n. 153 del 1999) ed ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. c-*bis*), d.l. n. 97 del 2004 (O.M. nn. 25 e 80 del 2005) che richiedevano, ai fini del rilascio del titolo, il superamento di una procedura selettiva di tipo concorsuale.

L'orientamento di questo Consiglio, consolidatosi a seguito dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2017, è stato da ultimo integralmente confermato anche della Corte di Cassazione (n. 3830 del 2021) che ha espresso il seguente principio di diritto: "In tema di reclutamento dei docenti nella scuola pubblica, il possesso del solo diploma magistrale, sebbene conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, non costituisce titolo sufficiente per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento istituite dall'art. 1, comma 605, della l. n. 296 del 2006, atteso che il solo possesso del predetto diploma non era mai stato requisito sufficiente per la partecipazione ai concorsi per titoli previsti dal d.lgs. n. 297 del 1994, e, di conseguenza, neppure per l'inserimento nelle graduatorie permanenti, che costituiscono un'evoluzione di quelle per titoli, dovendosi in tal modo escludere che la clausola che consente l'inserimento dei "docenti già in possesso di abilitazione", contenuta nella citata l. n. 296 del 2006, possa essere estesa fino a ricomprendervi un titolo che, seppure abilitante all'insegnamento, non era sufficiente per l'iscrizione nelle graduatorie, considerata la "ratio" della predetta clausola, intesa non già ad estendere la platea dei soggetti aventi titolo all'iscrizione, bensì a preservare le aspettative di chi, confidando nel mantenimento del sistema pregresso, avesse già affrontato un percorso di studi per munirsi del titolo necessario all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento".

21. Contratti della Pubblica amministrazione.

19.1. Suddivisione della gara in lotti.

Con sentenza 12 ottobre 2021, n. 6837 la sez. III ha affermato che a fronte della identità funzionale dell'oggetto della procedura di gara, non irragionevolmente la Stazione appaltante recupera l'eventuale *deficit* di diversificazione proconcorrenziale frazionando le procedure per macroaree geografiche, limitando così gli importi a base d'asta.

Ha premesso la Sezione che la suddivisione in lotti di cui all'art. 51, d.lgs. n. 50 del 2016 è prevista a tutela delle piccole e medie imprese al fine di consentire la loro partecipazione e, dunque, è posta a tutela della libera concorrenza. L'appalto in questione prevede la fornitura dall'oggetto necessariamente unitario, motivo per cui la suddivisione in lotti in termini geografici non appare difforme rispetto al precetto normativo. La previsione di vincoli di partecipazione o di aggiudicazione rientra tra le facoltà dell'amministrazione e non si risolve in un obbligo, come anche indicato nella Direttiva 2014/24/UE. La scelta della Stazione appaltante è frutto di un bilanciamento tra tutela della concorrenza da una parte, ed esigenze tecnico-economiche dall'altra, afferenti l'interesse pubblico alla prestazione di cui è tributaria l'amministrazione, per cui la suddivisione in lotti geografici su base d'asta non risulta irragionevole o illegittima, e, come affermato da

recente giurisprudenza, sebbene sia indubbio che la suddivisione in lotti rappresenti uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, è altrettanto indubbio che tale principio non costituisca un precetto inviolabile né possa comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le Stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, assumendo, piuttosto, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie. Nella giurisprudenza della Sezione si è più volte affermato che la mancata previsione del vincolo di aggiudicazione non comporta *ex se* illegittimità della procedura. In particolare, la sentenza n. 3683 del 2020 ha chiarito che “non è l'assenza di tale vincolo, la cui previsione è meramente discrezionale (art. 51, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016), a determinare in sé la violazione della concorrenza, bensì la strutturazione della gara in modo tale che la sua apparente suddivisione in lotti, per le caratteristiche stesse di questi o in base al complesso delle previsioni della *lex specialis*, favorisca in modo indebito taluno dei concorrenti e gli consenta di acquisire l'esclusiva nell'aggiudicazione dei lotti”. Il problema si sposta dunque sulla logicità e ragionevolezza della suddivisione in lotti: che, come chiarito, nel caso di specie è risultata conforme ad un plausibile bilanciamento fra le esigenze di tutela della concorrenza e quelle correlate alla organizzazione sul territorio della prestazione oggetto dell'appalto”.

Nella specie la Sezione ha escluso la illogicità del frazionamento per essere state accorpate in alcuni lotti più Aziende Sanitarie, qualora tale accorpamento sia comunque conforme al criterio territoriale di cui sopra: non risultando, e non avendolo peraltro neppure dedotto l'appellante, che gli accorpamenti in questione siano stati individuati e definiti in deroga al ridetto criterio.

L'accorpamento nel medesimo lotto di Aziende non ricadenti in ambiti territoriali eterogenei confermerebbe semmai la ragionevolezza del criterio e la sua effettiva funzionalizzazione agli interessi collettivi portati dalla stazione appaltante.

Ha aggiunto la Sezione che è proprio il diritto comunitario ad insegnare che la tutela della concorrenza, che qui dunque appare garantita, può essere peraltro recessiva (o quanto meno bilanciata) rispetto alle esigenze sottese ad una efficiente ed efficace erogazione del servizio, in ragione della prevalenza funzionale, nella disciplina (anche comunitaria) degli appalti pubblici, del profilo causale inerente le ragioni della domanda pubblica: “Va anzitutto osservato che il fatto che la disciplina degli appalti pubblici sia ispirata al valore della tutela della concorrenza non vuol dire che ciò comporti una restrizione sul piano della qualità delle prestazioni che può richiedere l'amministrazione (secondo un parametro di proporzionalità), specie a fronte di un servizio pubblico così delicato. A partire alla sentenza della Corte di Giustizia 17 settembre 2002, in causa C-513/99, è acquisito il principio per cui la tutela della concorrenza nel settore dei contratti pubblici implica anche la capacità dell'impresa di stare sul mercato offrendo prodotti competitivi per soddisfare una domanda pubblica qualificata, in relazione ai sottostanti interessi della collettività (secondo la logica del contratto pubblico come strumento a plurimo impiego). La positivizzazione di tale principio è scolpita nella direttiva

2014/24/UE laddove si prevede, con riferimento alle capacità tecniche e professionali, che “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” (art. 58, paragrafo 4), confermando l’impostazione secondo la quale la pubblica amministrazione ha interesse ad incentivare la partecipazione alle gare di soggetti particolarmente qualificati, che garantiscano elevati standard qualitativi al fine di svolgere al meglio le prestazioni oggetto di gara” (Cons. Stato, sez. III, n. 1076 del 2020).

Tale principio, positivizzato con riferimento alla disciplina dei requisiti, rileva evidentemente – per identità di ratio - anche quale criterio che orienta il margine di discrezionalità di cui dispone la stazione appaltante (con il limite della logicità e della ragionevolezza) nell’individuazione dei lotti, a tutela delle esigenze dell’amministrazione rilevanti sul piano dell’organizzazione del servizio.

Con sentenza 20 settembre 2021, n. 6402 la sez. V ha affermato che in sede di gara pubblica il vincolo di aggiudicazione di cui al comma 3 dell’art. 51 del Codice dei contratti pubblici traduce in atto quel che la suddivisione in lotti esprime in potenza; se, infatti, mediante la suddivisione in lotti si rende possibile la presentazione dell’offerta anche da parte delle piccole e medie imprese (Pmi), non per ciò solo si realizza un’effettiva apertura del mercato, potendo le imprese di grandi dimensioni accaparrarsi tutti i lotti per la capacità di offrire condizioni più vantaggiose e così mantenere, anche al termine della procedura, il medesimo assetto iniziale del mercato.

Ha chiarito la Sezione che il vincolo di aggiudicazione di cui al comma 3 dell’art. 51 del Codice dei contratti pubblici ha lo scopo di favorire l’accesso al mercato delle piccole e medie imprese; precisamente, il vincolo di aggiudicazione consente anche alle imprese di minor peso di superare la concorrenza di quelle dominanti nel settore che possono offrire condizioni più vantaggiose per tutti i lotti della stessa procedura di gara; la finalità pro-concorrenziale è assicurata consentendo la distribuzione dei lotti tra il maggior numero possibile di concorrenti onde incentivare la concorrenza sul mercato e ridurre l’eventualità di situazioni di monopolio od oligopolio; essa si realizza, non al momento della partecipazione alla gara (che può essere consentita a tutti i concorrenti anche per tutti i lotti: arg. *ex* art. 51, comma 3), ma quando le operazioni di gara si siano concluse con le proposte di aggiudicazione per i singoli lotti.

Il vincolo di aggiudicazione è misura complementare alla suddivisione in lotti della procedura la cui applicazione è scelta in via preferenziale come essenziale completamento della disposta suddivisione in lotti e di regola prevista dalla stazione appaltante per la più sicura realizzazione della finalità enunciata dal legislatore in apertura dell’art. 51; solo se sia certa dell’impossibilità di conseguire l’apertura del mercato per la via del vincolo di aggiudicazione la stazione appaltante potrà decidere di compiere una scelta differente, pena il sovvertimento della gerarchia assiologica che il legislatore ha precisamente enunciato.

il vincolo di aggiudicazione traduce in atto quel che la suddivisione in lotti esprime in potenza; se, infatti, mediante la suddivisione in lotti si rende possibile la presentazione

dell'offerta anche da parte delle piccole e medie imprese, non per ciò solo si realizza un'effettiva apertura del mercato, potendo le imprese di grandi dimensioni accaparrarsi tutti i lotti per la capacità di offrire condizioni più vantaggiose e così mantenere, anche al termine della procedura, il medesimo assetto iniziale del mercato.

Diversamente, con il vincolo dell'aggiudicazione, il cui effetto naturale è proprio quello di aumentare il numero degli aggiudicatari, è impedito che si realizzino o si consolidino situazioni di concentrazione e tendenze in senso oligopolistico o monopolistico del mercato.

In sostanza, con il vincolo di aggiudicazione si incide sull'assetto del mercato in senso concorrenziale, con effetti destinati a travalicare anche la singola procedura di gara ed a riflettersi invece sulla futura sistemazione del segmento interessato.

In questo senso, il vincolo di aggiudicazione è misura complementare alla suddivisione in lotti della procedura la cui applicazione è scelta in via preferenziale come essenziale completamento della disposta suddivisione in lotti e di regola prevista dalla stazione appaltante per la più sicura realizzazione della finalità enunciata dal legislatore in apertura dell'art. 51 ("...favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese").

Solo se sia certa dell'impossibilità di conseguire l'apertura del mercato per la via del vincolo di aggiudicazione la stazione appaltante potrà decidere di compiere una scelta differente, pena il sovvertimento della gerarchia assiologica che il legislatore ha precisamente enunciato.

La giurisprudenza afferma che: a) il vincolo di aggiudicazione e la decisione di limitare l'aggiudicazione di tutti i lotti allo stesso concorrente costituisce una facoltà discrezionale dell'amministrazione che se non è previsto non dà luogo ad illegittimità del bando (Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2021, n. 1193; id. 14 dicembre 2020, n. 7962; id. 9 giugno 2020, n. 3683); b) il concorrente che intende contestare il vincolo di aggiudicazione è tenuto a dimostrare la sua inadeguatezza nel caso concreto rispetto alla finalità proconcorrenziale per la quale il legislatore lo prevede (Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2021, n. 627).

La Sezione ha quindi affermato che con specifico riferimento alla gara per l'affidamento in (sub)concessione della gestione del servizio di distribuzione di prodotti carbolubrificanti e attività accessorie (denominati "Servizi Oil") e del servizio di ristoro e attività commerciali connesse ("Servizi Non Oil"), nelle aree di servizio non occorre motivare la decisione di suddividere in lotti la procedura ed è possibile prevedere il vincolo all'aggiudicazione senz'altra indagine né nulla spiegare perché misura naturalmente complementare alla suddivisione in lotti al fine di garantire l'apertura alla concorrenza del settore di mercato interessato dalla procedura.

Ha chiarito la Sezione che il mercato della ristorazione autostradale è conformato in senso oligopolistico, con poche imprese di grandi dimensioni che si confrontano; ricorre quindi la necessità di ampliare la concorrenza favorendo l'ingresso di altre imprese, anche se di medie o piccole dimensioni. L'oligopolio, infatti, più si rafforza, meno risulta efficiente. È noto dagli studi economici che in questa tipologia di mercato le scelte delle

imprese dipendono dalle scelte delle imprese rivali per cui, nel lungo periodo, l'incertezza sulle scelte di rivali inducono l'imprenditore ad investire le proprie risorse in maniera predominante nell'obiettivo di conservare la propria condizione oligopolistica e di consolidarla. La massimizzazione del profitto sarà, cioè, conseguita non mediante il miglioramento del servizio (o l'innovazione dei contenuti offerti), ma cercando di impedire l'ingresso alle altre imprese concorrenti. Tale elaborazione teorica trova la sua sintesi in economia nell'affermazione per la quale il mercato oligopolistico è ispirato al canone *quieta non movere*.

Non è un caso, pertanto, che il mercato oligopolistico è il tipo di mercato che dà più frequentemente luogo a fenomeni di c.d. collusione tacita tra le imprese, come ben noto al settore dell'antitrust nell'ambito del quale sono state analizzate le modalità con le quali la collusione si può realizzare, considerato che spesso la stessa neppure si traduce in un accordo tra le imprese formalmente approvato (cfr. Comunicazione della Commissione europea in tema di "Orientamenti per l'analisi di mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del quadro normativo dell'Unione europea per le reti e i servizi di comunicazione elettronica", in cui è svolto un discorso di carattere generale sul mercato oligopolistico).

La Sezione ha escluso che il vincolo di aggiudicazione applicato nel contesto di siffatta tipologia di mercato dia luogo ad affidamenti subottimali; è vero il contrario: non utilizzare misure di apertura all'ingresso delle piccole e medie imprese sul mercato – quale è indubbio sia il vincolo di aggiudicazione nelle procedure di gara suddivise in lotti – significa favorire quella concentrazione che paralizza la virtuosa dinamica concorrenziale poiché la grande impresa o le poche grandi imprese, sicure della loro posizione verso gli estranei, possono essere indotte a spostare la competizione esclusivamente sul piano della riduzione dei costi, anche a discapito della qualità del servizio, al contrario dell'impresa che cerca di accedere al mercato la quale, per condivisa opinione degli studiosi e comune esperienza, concorre sul piano della migliore offerta al consumatore, più innovativa e maggiormente attrattiva. Che è poi l'obiettivo cui è ispirato l'intero ordito normativa euro-unitaria e interno con finalità proconcorrenziale e, dunque, in primo luogo, proprio le disposizioni del codice dei contratti pubblici.

19.2. Appalti di servizi.

- *Servizio Cup di struttura di Azienda sanitaria locale appaltato a società privata e coordinato dalla stessa Asl.*

La sez. III, con sentenza 27 agosto 2021, n. 6062 ha affermato che l'attribuzione dei compiti di coordinamento delle attività degli operatori di sportello Cup affidate all'aggiudicataria del relativo servizio ad una struttura della Azienda sanitaria locale, non comporta che l'affidamento ha ad oggetto solo la messa a disposizione della prestazione lavorativa degli operatori, integrante una ipotesi di (illecita) intermediazione ed interposizione di manodopera.

Ha rilevato la Sezione che la distinzione tra appalto e interposizione di manodopera – con il connesso divieto di ricorrere alla seconda in difetto dei relativi presupposti legittimanti - trova la sua base normativa nel disposto dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276 del 2003, ai sensi del quale “ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa”.

Trattasi, quindi, di distinzione (e di connesso divieto) che trova il suo contesto applicativo tipico ed esclusivo nei casi in cui il committente e l'affidatario (di una prestazione di *facere*) si pongano in una relazione di alterità soggettiva, nell'ambito della quale, tra le rispettive strutture organizzative, non siano ravvisabili interferenze, conservando esse la propria autonomia funzionale: ricorrendo tale (ordinaria) situazione organizzativa, infatti, il legislatore ha avvertito l'esigenza di evitare fenomeni di fittizia imputazione del rapporto di lavoro, suscettibili di incidere sulla tutela dei lavoratori e di generare dubbi sulla univoca individuazione della figura datoriale.

Tali essendo i presupposti applicativi (e la stessa *ratio*) della previsione in esame, è evidente che gli stessi non ricorrono laddove lo stesso legislatore ammetta la legittimità di forme di affidamento diretto di un servizio tra soggetti appartenenti ad un centro di imputazione di interessi sostanzialmente unitario (sebbene formalmente articolato in una duplice soggettività giuridica), siccome accomunati dal perseguimento di un unico obiettivo attraverso la predisposizione di una struttura organizzativa strettamente compenetrata ed unitariamente diretta: quale appunto si riscontra nell'ipotesi della c.d. società *in house*.

E' noto, infatti, che, ai fini della configurazione del requisito del c.d. controllo analogo dell'ente pubblico partecipante nei confronti della società *in house*, quel che rileva è che il primo abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della seconda, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica: ciò in quanto l'espressione “controllo” non può essere ritenuto sinonimo di un'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali, trattandosi invece di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal Codice civile, fino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale (Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1).

Nello stesso ordine di idee, è stato altresì autorevolmente ritenuto che la società *in house* non possa qualificarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne

dispone come di una propria articolazione interna: essa, infatti, rappresenta un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica, giustificata dal diritto comunitario con il rilievo che la sussistenza delle relative condizioni legittimanti “esclude che l'*in house contract* configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la *longa manus* del primo” (Corte cost. n. 325 del 3 novembre 2010), talché “l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa” (Cons. Stato, Ad. plen., n. 1 del 2008, cit.; va solo precisato che tale conclusione non cambia ove si ritenga che, in linea con la più recente normativa europea e nazionale, il ricorso all'*in house providing* si atteggi in termini di equiordinazione – e non più di eccezionalità – rispetto alle altre forme di affidamento).

- *Servizio trasporto sanitario in emergenza.*

Con ordinanza 18 gennaio 2021, n. 536 la sez. III ha rimesso alla Corte di giustizia Ue la questione se l'art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24 UE – e con esso il “considerando” 28 di tale direttiva – osti ad una normativa nazionale (l'art. 57, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117) che preveda che i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza possano essere affidati tramite convenzionamento, in via prioritaria, alle sole organizzazioni di volontariato – sempreché iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, nonché aderenti ad una rete associativa e accreditate secondo la normativa regionale di settore (ove esistente), ed a condizione che tale affidamento garantisca l'espletamento del servizio in un sistema di effettiva contribuzione ad una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione – senza contemplare, tra i possibili affidatari, le altre organizzazioni prive di scopo di lucro e, più specificamente, le cooperative sociali, quali imprese sociali non aventi finalità lucrative.

La Sezione dubita che l'art. 57, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, lì dove non contempla le cooperative sociali e più in generale le “imprese sociali” tra i possibili affidatari tramite convenzione del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, sia compatibile con la normativa eurounitaria – art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24/UE – la quale esclude che tali servizi, se svolti da “organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro”, siano sottoposti alla disciplina sugli appalti pubblici dettata dalla direttiva stessa.

Preliminarmente va sgombrato il campo dall'equivoco, secondo cui la questione sarebbe già stata affrontata e risolta dalla Corte di Giustizia nelle pronunce dell'11 dicembre 2014, in C-113/13 e del 28 gennaio 2016, in C-50/14 (ambidue riguardanti la compatibilità comunitaria di norme dell'ordinamento italiano). Al riguardo va, infatti, osservato che nessuna di tali pronunce si occupa della specifica questione della mancata indicazione delle cooperative sociali tra i soggetti che possono essere affidatari diretti, tramite convenzione, del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza. Per vero, entrambe le sentenze sono anteriori all'entrata in vigore del Codice del Terzo settore (d.lgs.

n. 117 del 2017) e, perciò, si riferiscono a norme interne diverse dall'art. 57 del suddetto Codice, che è, invece, la disposizione applicabile alla presente controversia, in quanto è sulla base di essa che sono stati emanati gli atti di gara oggetto di impugnativa. Analogamente, la normativa comunitaria da esse applicata (la direttiva n. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004) non è quella di cui si lamenta la violazione nel caso di specie.

Per la medesima ragione, non si ritiene di poter trarre elementi decisivi neppure dalle pronunce di questa Sezione che hanno escluso il carattere discriminatorio della preclusione alle cooperative sociali della partecipazione alle procedure per l'affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario ordinario e di emergenza/urgenza (22 novembre 2016, n. 4902; 28 luglio 2016, n. 3615; 26 giugno 2015, n. 3208), appunto perché riferite al previgente contesto normativo eurounitario ed interno.

Neppure rileva la recente sentenza della stessa sez. III, n. 3131 del 14 maggio 2019. Questa, infatti, si è occupata della distinta questione del rapporto, nella Regione Veneto, tra la legislazione regionale (l'art. 5, comma 1, l. reg. n. 26 del 2012), la quale ha imposto alle Aziende Sanitarie l'obbligo di affidare con convenzione alle associazioni di volontariato la gestione del servizio del trasporto sanitario di urgenza, e la normativa statale (l'art. 57, d.lgs. n. 117 del 2017), che invece prevede la possibilità di un tale affidamento, reso così facoltativo.

Al contrario, vi sono vari argomenti desumibili dalla giurisprudenza europea ed interna più recenti che possono indurre a valutare la contrarietà alla direttiva n. 2014/24/UE dell'art. 57 cit. e, dunque, della legge di gara, che ad esso si è conformata, nella parte in cui preclude alla Cooperativa appellante la partecipazione alla procedura.

In primo luogo si rammenta come, secondo la già citata sentenza della Corte di Giustizia dell'Ue "Falck Rettungsdienste GmbH e a./Stadt Solingen" del 21 marzo 2019, costituiscono "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" ai sensi dell'art. 10, lett. h), della Direttiva le organizzazioni e le associazioni che hanno l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, prive di finalità commerciali, e che reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere il loro obiettivo. La Corte sottolinea che l'elemento dirimente, nella predetta disposizione, è il perseguimento di uno scopo non lucrativo e la mancanza di finalità lucrative connota la Cooperativa appellante: ciò è enunciato espressamente dall'art. 6 dello statuto della *Italy Emergenza*, in base al quale "La cooperativa sociale opera senza finalità lucrative e persegue l'interesse generale della comunità alla promozione umana ed all'integrazione sociale attraverso: la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi (art. 1, l. n. 381 del 1991, lettera a) (.....)".

Si potrebbe nondimeno obiettare che le cooperative sociali non possono essere equiparate, ai fini che qui rilevano, alle associazioni di volontariato perché le prime, pur se finalizzate al perseguimento degli obiettivi dell'integrazione e promozione sociale senza scopo di lucro, producono comunque un vantaggio economico per i soggetti che ne fanno parte, mentre le seconde non attribuiscono neanche un'utilità economica indiretta agli associati (i quali prestano l'attività in modo volontario, spontaneo e necessariamente gratuito). In quest'ottica, la Sezione ha sottolineato che le cooperative sociali sono enti

che, sebbene senza scopi di lucro, si basano sulla cooperazione e, quindi, su una forma lavorativa comune rivolta a provocare un vantaggio economico a quanti fanno parte della cooperativa (Cons. Stato, sez. III, ordinanza, n. 5313 dell'11 settembre 2020); esse perseguono una finalità imprenditoriale, ancorché caratterizzata da scopo mutualistico, e ciò le differenzia dalle organizzazioni di volontariato. Per di più, l'art. 5, d.lgs. n. 117 del 2017 enfatizza, con riguardo alle "attività di interesse generale" elencate dalla stessa disposizione, la diversità delle cooperative sociali rispetto agli altri soggetti appartenenti al c.d. Terzo settore, stabilendo che le suddette attività vengono esercitate in via esclusiva o principale, per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, "dagli enti del Terzo settore, diversi dalle imprese sociali incluse le cooperative sociali".

A queste obiezioni, però, può replicarsi che pare dubbia l'esclusione delle cooperative sociali dal novero dei soggetti legittimati a svolgere i servizi di cui all'art. 10, lett. h), della Direttiva, che la Direttiva stessa esonera dall'assoggettamento alla disciplina da essa dettata in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. Ciò, sia per ragioni di ordine letterale, in quanto la menzionata lett. h) – al pari del "considerando" 28 della Direttiva – parla di "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" e, quindi, utilizza una nozione con un'estensione che non pare limitata alle sole associazioni di volontariato; sia per ragioni di ordine logico e sistematico, alla luce del consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'assenza del fine di lucro non osta di per sé alla partecipazione agli appalti pubblici, atteso che la nozione comunitaria di imprenditore non presuppone la coesistenza dello scopo di lucro dell'impresa (Cons. Stato, sez. III, 15 gennaio 2016, n. 116): indirizzo che pone sullo stesso piano, ai fini della predetta partecipazione, le cooperative sociali e le associazioni di volontariato, cosicché è logico che le stesse – per identità di *ratio* – siano collocate sullo stesso piano anche quando si tratti di prevedere per esse, in relazione a taluni servizi, un regime di *favor*, con esonero dall'assoggettamento alle regole sull'evidenza pubblica.

Ma se le cooperative sociali rientrano nelle previsioni del "considerando" 28 e dell'art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24/UE, è dubbia la conformità a dette previsioni della disciplina dettata dall'art. 57, d.lgs. n. 117 del 2017, nella parte in cui riserva alle associazioni di volontariato la possibilità "in via prioritaria" dell'affidamento tramite convenzione del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, senza contemplare le imprese sociali. La distinzione che fa sul punto il Tar e su cui insiste l'appellata, tra ambito oggettivo di applicazione della disciplina sugli appalti pubblici – cui avrebbero riguardo l'art. 10, lett. h), della Direttiva e l'art. 17, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 50 del 2016 che ne costituisce la trasfusione nel diritto interno – ed ambito soggettivo di affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza – cui si riferirebbe, invece, l'art. 57, d.lgs. n. 117 del 2017 – lascia perplessi. Infatti le due disposizioni si mostrano tra loro strettamente connesse, sol che si consideri che l'esclusione delle cooperative sociali dall'affidamento tramite convenzione del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, fa sì che per le citate cooperative l'affidamento di detto servizio non possa che avvenire attraverso l'evidenza pubblica: ciò in contrasto con

l'eccezione prevista dall'art. 10, lett. h), della Direttiva (e dall'art. 17, comma 1, lett. h) del Codice dei contratti pubblici).

In altre parole, al di fuori degli stretti ambiti in cui è ammesso lo strumento convenzionale, resta obbligatoria la modalità pubblicistica dell'appalto di servizi e ciò sia sul piano oggettivo, per servizi di trasporto sanitario che non possano qualificarsi come "d'emergenza" (Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1139), sia sul piano soggettivo, visto che la deroga al regime dell'evidenza pubblica fissata dall'art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24/UE si limita alle sole "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro". Lo stesso art. 57, d.lgs. n. 117 cit. prevede la possibilità "in via prioritaria" – cioè prima dell'esperimento di una procedura di evidenza pubblica – dell'affidamento del servizio per cui è causa mediante convenzione, il che sta a dire che ove la "via prioritaria" risulti per qualsiasi motivo non praticabile, l'affidamento avverrà comunque tramite gara pubblica (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 3131 del 14 maggio 2019). Ma, allora, riservare alle sole associazioni di volontariato l'affidamento mediante convenzione del servizio di trasporto sanitario d'emergenza – come fa l'art. 57 cit. – significherebbe che tutte le altre organizzazioni non lucrative, sebbene per esse il ricorso all'evidenza pubblica sia escluso dalla normativa comunitaria, possono divenire affidatarie del servizio in discorso, in base alla predetta normativa interna, solo attraverso il ricorso all'evidenza pubblica: con il ché, però, l'art. 57 del Codice del Terzo settore parrebbe in contrasto con il "considerando" 28 e con l'art. 10, comma 1, lett. h), della Direttiva, limitando, per il servizio in esame, la deroga al regime dell'evidenza pubblica ad una sola delle tipologie di "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" previste dalla Direttiva stessa, cioè alle sole associazioni di volontariato.

Sotto distinto e concorrente profilo, non persuade nemmeno l'accento posto dal primo giudice e dall'Azienda Sanitaria sulla diversità tra associazioni di volontariato e cooperative sociali per il fine mutualistico che queste ultime perseguono, che giustificherebbe la riserva del convenzionamento alle prime. Ancora di recente, infatti, la Corte di Giustizia dell'Ue, con sentenza della Sezione IV del 10 settembre 2020, resa in C-367/2019 (che al parag. 26 richiama taluni precedenti del 2012, del 2013 e del 2018), ha evidenziato come nella nozione di appalto pubblico, quale contratto a titolo oneroso, rientri anche il contratto in cui sia previsto quale corrispettivo il solo rimborso delle spese sostenute. Mette conto rimarcare un ulteriore elemento idoneo a sfumare le differenze tra le due tipologie di organizzazione non lucrativa per quanto qui interessa, e cioè che, come le associazioni di volontariato possono avvalersi di lavoratori, così le cooperative sociali possono avere soci volontari, a cui viene corrisposto solo il rimborso delle spese (v. art. 2, l. n. 381 del 1991).

Da quanto fin qui detto discende, dunque, il persistere di dubbi circa la compatibilità con il diritto eurounitario della riserva di cui all'art. 57, d.lgs. n. 117 del 2017: dubbi che, come si è sopra visto, la stessa sentenza della Corte costituzionale n. 255 del 2020 alimenta, mettendo a confronto la restrizione del campo degli affidatari effettuata dal Legislatore italiano rispetto alla normativa europea, recepita dal Codice dei contratti pubblici, che include il servizio in questione tra quelli per i quali è possibile derogare alle

procedure di evidenza pubblica. Né le perplessità possono essere superate in ragione del carattere solo facoltativo, nella normativa nazionale, dell'affidamento mediante convenzione (l'art. 57 parla di "possibilità"), poiché la mancata inclusione delle cooperative sociali tra i soggetti che beneficiano di tale possibilità giustifica ex se i dubbi di compatibilità comunitaria.

Con ordinanza 3 marzo 2021, n. 1797 la sez. III ha rimesso alla Corte di giustizia Ue la questione se l'art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24 Ue – e con esso il "considerando" 28 di tale direttiva – osti ad una normativa nazionale che preveda che i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza possano essere affidati tramite convenzionamento, in via prioritaria, alle sole organizzazioni di volontariato – sempreché iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, nonché aderenti ad una rete associativa e accreditate secondo la normativa regionale di settore (ove esistente), ed a condizione che tale affidamento garantisca l'espletamento del servizio in un sistema di effettiva contribuzione ad una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione – senza contemplare, tra i possibili affidatari, le altre organizzazioni prive di scopo di lucro e, più specificamente, le cooperative sociali, quali imprese sociali non aventi finalità lucrative, ivi comprese le cooperative sociali che gestiscono la ripartizione ai soci di ristori correlati ad attività di interesse generale, ai sensi dell'art. 3, comma 2 *bis*, d.lgs. n. 112 del 2017.

Ha ricordato la Sezione che già con l'ordinanza 18 gennaio 2021, n. 536, proposto per altro giudizio avente oggetto analogo (impugnazione degli atti di una procedura per affidamento in convenzione diretta del servizio di trasporto emergenza-urgenza alle sole associazioni di volontariato e non anche alle altre organizzazioni senza scopo di lucro, tra cui le cooperative sociali), ha disposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea della questione interpretativa sollevata anche in questo giudizio.

L'ordinanza n. 536 del 2021 aveva formulato alla Corte il seguente quesito: "se l'art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24/UE - e con esso il "considerando" 28 di tale direttiva - osti ad una normativa nazionale che preveda che i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza possano essere affidati tramite convenzionamento, in via prioritaria, alle sole organizzazioni di volontariato [...] senza contemplare, tra i possibili affidatari, le altre organizzazioni prive di scopo di lucro e, più specificamente, le cooperative sociali, quali imprese sociali non aventi finalità lucrative".

La Sezione ha peraltro ritenuto di rimettere nuovamente la questione alla Corte di Giustizia per integrare le argomentazioni poste a fondamento del quesito, e ciò al fine di chiarire ulteriormente se nella deroga al regime dell'evidenza pubblica fissata dall'art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24/UE che concerne le "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" vanno ricomprese anche le cooperative, quali la ricorrente, che distribuiscono utili sotto forma di ristori.

In altri termini, va tenuto conto ai fini della individuazione del carattere "non lucrativo" della Cooperativa della disposizione di cui all'art. 3, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 112 del 2017, introdotto dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 95 del 20 luglio 2018, che così dispone: "Ai fini

di cui ai commi 1 e 2, non si considera distribuzione, neanche indiretta, di utili ed avanzi di gestione la ripartizione ai soci di ristorni correlati ad attività di interesse generale di cui all'articolo 2, effettuata ai sensi dell'art. 2545-*sexies* cod. civ. e nel rispetto di condizioni e limiti stabiliti dalla legge o dallo statuto, da imprese sociali costituite in forma di società cooperativa, a condizione che lo statuto o l'atto costitutivo indichi i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e alla qualità degli scambi mutualistici e che si registri un avanzo della gestione mutualistica.”

L'art. 2545-*sexies* cod. civ. prevede che “L'atto costitutivo determina i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e qualità degli scambi mutualistici. Le cooperative devono riportare separatamente nel bilancio i dati relativi all'attività svolta con i soci, distinguendo eventualmente le diverse gestioni mutualistiche. L'assemblea può deliberare la ripartizione dei ristorni a ciascun socio anche mediante aumento proporzionale delle rispettive quote o con l'emissione di nuove azioni, in deroga a quanto previsto dall'art. 2525 cod. civ. ovvero mediante l'emissione di strumenti finanziari.”

La Relazione illustrativa del d.lgs. n. 6 del 2006 (Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della l. 3 ottobre 2001, n. 366), ha messo in evidenza come il ristorno non sia stato configurato come una pretesa assoluta o un diritto soggettivo dei cooperatori, ma rimesso alla previsione degli statuti in quanto un ipotetico diritto a condizioni di favore (risparmio di spesa o aumento di retribuzione) potrebbe porsi in contrasto con la protezione dell'interesse sociale e potrebbe indurre i soci a porsi in posizione di alterità o di antagonismo rispetto alla cooperativa. Per una corretta attuazione della politica del ristorno è stato previsto un minimo di distinzione contabile tra dati relativi alla attività con i soci e dati afferenti alla attività con i terzi. Infine, è stata consentita la corresponsione di ristorni mediante aumento di capitale o attribuzione di strumenti finanziari.

I ristorni, come evidenziato dalla Corte di Cassazione (sez. I, 8 settembre 1999, n. 9513; id. 22 maggio 2015, n. 10641), “costituiscono uno degli strumenti tecnici per attribuire ai soci il vantaggio mutualistico” ed “hanno in comune con gli utili [...] l'aleatorietà, in quanto la società potrà distribuire ristorni soltanto se la gestione mutualistica dell'impresa si è chiusa con un'eccedenza dei ricavi rispetto ai costi”.

L'unica differenza rispetto ai dividendi è il criterio di riparto, ma le somme attribuite ai soci a titolo di ristorni sarebbero utili d'esercizio.

Per quanto qui rileva, lo statuto di *Italy*, all'art. 34 “Ristorni” prevede che “L'assemblea, su proposta dell'organo amministrativo, potrà deliberare l'erogazione di ristorni, in misura non superiore al 30% dei trattamenti economici complessivi spettanti ai soci lavoratori.

I ristorni dovranno essere ripartiti in proporzione alla quantità e/o qualità delle prestazioni lavorative erogate dai soci sulla base di quanto disposto dai regolamenti interni.

L'erogazione potrà avvenire, in base alle decisioni dell'assemblea, mediante l'integrazione dei compensi e l'aumento gratuito del capitale sociale.

Le somme ristornate ai soci possono essere utilizzate anche per l'attivazione del prestito sociale.

Comunque l'attribuzione del ristorno deve rendere possibile l'accantonamento e il pagamento di cui ai punti a) e b) dell'art. 35 del presente statuto”.

L'art. 35 (Destinazione utile), nella parte richiamata, prevede che in presenza di utile di esercizio si dovranno prevedere le disposizioni di legge: a) a riserva legale indivisibile nella misura non inferiore al trenta per cento; b) al Fondo mutualistico per la promozione e lo sviluppo della cooperazione di cui all'art. 11, l. 31 gennaio 1992, n. 59, nella misura prevista dalla legge medesima.” (lett. a. e b.).

Dunque, sorge il dubbio se la possibilità per le cooperative, seppur parziale, disciplinata dallo statuto, di non reinvestire parte degli utili, ma di distribuirli ai soci, sotto forma di ristorni, determini l'esclusione delle cooperative stesse dal novero delle associazioni senza scopo di lucro e, dunque, dal novero delle associazioni che andrebbero ricomprese tra gli affidatari dei servizi in convenzione di cui all'art. 57, d.lgs. n. 117 del 2017 (ove la Corte ritenesse che l'art. 57 debba prevedere una platea di soggetti affidatari più ampia dell'attuale) dovendosi considerare, alla luce del precedente della Corte sopra richiamato (sentenza “Falck” del 21 marzo 2019, in C-465/17) il reinvestimento degli eventuali utili uno degli imprescindibili requisiti di esclusione di cui all'art. 10, lett. h), della Direttiva 2014/24/UE.

- *Servizio elisoccorso Ares 118.*

La sez. III, con sentenza 25 agosto 2021, n. 6034 ha affermato che gli affidamenti ad Ares 118 si caratterizzano come accordi tra soggetti pubblici essenziali e funzionali all'interesse pubblico al migliore espletamento del servizio di pubblica necessità *Hems*, nel preminente interesse alla salute e, nel contempo, compatibilmente con l'interesse pubblico all'utilizzo di aree del demanio militare per funzioni esclusivamente pubbliche, nell'interesse all'ordinato svolgimento del trasporto aereo, con la conseguenza che è legittima la delibera Enac di concessione delle aree degli aeroporti militari aperti al traffico civile di Latina e Viterbo all'Ares 118 *ex* artt. 15, l. n. 241 del 1990 e 5, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 per il successivo affidamento da parte di quest'ultima, mediante gara pubblica, del servizio di elisoccorso nella Regione Lazio.

Ha preliminarmente ricordato la Sezione che l'Ares 118, soggetto giuridico responsabile nel Lazio per il servizio di elisoccorso *ex* art. 4, l. reg. Lazio n. 9 del 2004, ha assunto l'impegno ad espletare la gara per l'affidamento del servizio di elisoccorso (come, di fatto, è avvenuto tramite il bando della Regione Lazio impugnato), servizio che ha sicuramente quella valenza economica che comporta l'applicazione del diritto della concorrenza.

I principi e le regole dell'evidenza pubblica per la successiva valorizzazione economica delle aree, come prevede la normativa di settore, non sono stati, dunque, obliterati.

Gli affidamenti di aree di sedime presso gli aeroporti militari di Latina e Viterbo ad Ares 118 ben possono inquadrarsi nella categoria giuridica dell'accordo tra pubbliche amministrazioni, ai sensi degli artt. 15, l. n. 241 del 1990 e 5, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016.

L'art. 15, l. n. 241 del 1990 consente alle amministrazioni pubbliche di concludere tra loro accordi per disciplinare "lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune".

Si ravvisa l'interesse comune a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico tutte le volte in cui la funzione o il servizio è comune agli Enti, ma anche allorché, più in generale, si realizzi una collaborazione istituzionale per lo svolgimento di attività di interesse pubblico comuni e sempre che le attività non abbiano natura patrimoniale ed astrattamente reperibile presso privati.

Il contenuto e la funzione elettiva degli accordi tra pubbliche amministrazioni è, pertanto, quella di regolare le rispettive attività funzionali, purché di nessuna di queste possa appropriarsi uno degli enti stipulanti.

In particolare, quanto alla sussistenza di "obiettivi in comune" (essendo palesemente configurabili le condizioni di cui alle lett. b) e c) richiamate) il giudice di primo grado ha escluso che nella fattispecie sia possibile ritenere che l'Enac partecipi all'interesse pubblico tutelato dall'affidataria delle aree.

Il Collegio, ai fini del corretto inquadramento della fattispecie, richiama gli enunciati della Corte di Giustizia Ue che ha precisato in quali casi i contratti conclusi nell'ambito del settore pubblico non sono soggetti all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici (Corte giust.comm.ue, sez. IV, 28 maggio 2020, n. 796).

La Sezione - alla luce delle coordinate ricavabili dalla interpretazione delle norme anche a livello comunitario, analizzato il contesto e i contenuti delle concessioni in esame - ha quindi ritenuto che gli affidamenti ad Ares 118 si caratterizzano come accordi tra soggetti pubblici essenziali e funzionali all'interesse pubblico al migliore espletamento del servizio di pubblica necessità Hems, nel preminente interesse alla salute e, nel contempo, compatibilmente con l'interesse pubblico all'utilizzo di aree del demanio militare per funzioni esclusivamente pubbliche, nell'interesse all'ordinato svolgimento del trasporto aereo. Tenuto conto delle funzioni istituzionali di Enac (organo istituzionalmente preposto proprio alla tutela della sicurezza negli aeroporti e di controllo nel settore dell'aviazione civile), nonché considerata la specifica destinazione conferita da Enac e dall'Autorità militare alle aree del demanio aeroportuale, unicamente per finalità pubbliche compatibili con le esigenze delle attività delle Forze armate, la Sezione ha ritenuto che le concessioni configurano una collaborazione tra i due soggetti pubblici ai sensi dell'art. 15, l. n. 241 del 1990 e dell'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016.

- Trasporto marittimo veloce passeggeri tra il porto di Messina e quello di Reggio Calabria.

Con ordinanza 21 aprile 2021, n. 3212 la sez. V ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue le questioni se osta al diritto eurounitario e, in particolare, ai principi di libera circolazione dei servizi e di massima apertura della concorrenza nell'ambito degli appalti pubblici di servizi, una norma come l'art. 47, comma 11 *bis*, d.l. n. 50 del 24 aprile 2017, convertito in l. 21 giugno 2017, n. 96, che: a) equipara o quanto meno consente di equiparare per legge il trasporto marittimo veloce passeggeri tra il porto di Messina e quello di Reggio Calabria a quello di trasporto ferroviario via mare tra la penisola e la Sicilia, di cui alla

lett. e), dell'art. 2, del decreto del Ministero dei trasporti e della navigazione n. 138 del 31 ottobre 2000; b) crea o appare idonea a creare una riserva in favore di Rete ferroviaria italiana s.p.a. del servizio di collegamento ferroviario via mare anche attraverso l'impiego di mezzi navali veloci tra la Sicilia e la penisola”.

Ha ricordato la Sezione che il comma 11 *bis* dell'art. 47, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla l. 21 giugno 2017, n. 96, dispone che “Al fine di migliorare la flessibilità dei collegamenti ferroviari dei passeggeri tra la Sicilia e la penisola, il servizio di collegamento ferroviario via mare di cui all'articolo 2, comma 1, lettera e), del decreto del Ministero dei trasporti e della navigazione n. 138 del 31 ottobre 2000 può essere effettuato anche attraverso l'impiego di mezzi navali veloci il cui modello di esercizio sia correlato al servizio di trasporto ferroviario da e per la Sicilia, in particolare nelle tratte di andata e ritorno, Messina-Villa San Giovanni e Messina – Reggio Calabria, da attuare nell'ambito delle risorse previste a legislazione vigente destinate al Contratto di programma – parte servizi tra lo Stato e la società Rete ferroviaria italiana s.p.a. e fermi restando i servizi ivi stabiliti”.

Il decreto del Ministero dei trasporti e della navigazione n. 138 del 31 ottobre 2000 ha rilasciato, all'art. 1, a Ferrovie dello Stato – Società Trasporti e Servizi per Azioni la concessione ai fini della gestione dell'infrastruttura ferroviaria nazionale, prevedendo (comma 2) che la stessa avrebbe dovuto provvedere alla costituzione di apposita società per la gestione dell'infrastruttura ferroviaria nazionale. Secondo l'art. 2, lett. e), di tale decreto costituivano oggetto di concessione “il collegamento ferroviario via mare fra la penisola e, rispettivamente, la Sicilia e la Sardegna”.

Ha aggiunto ancora la Sezione che i servizi di trasporto marittimo, oggetto del contratto stipulato il 24 giugno 2015, sono sottoposti al principio di libera prestazione, per effetto del quale ciascun armatore dell'Unione può offrire servizi di cabotaggio tra i porti di qualunque Stato membro, come stabilito dal regolamento Cee 3577/1992; tale principio è derogabile (art. 4), prevedendosi la possibilità per gli Stati di imporre obblighi di servizio pubblico per il trasporto passeggeri e merci, da, tra e verso le isole, previa verifica del c.d. fallimento del mercato.

Il servizio di trasporto marittimo veloce passeggeri è pertanto in linea di principio assoggettato alle regole del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016), non rientrando nelle esclusioni specifiche di cui agli artt. 17 e 18 del predetto d.lgs. n. 50 del 2016.

Al contrario, i servizi di trasporto ferroviario non sono assoggettati alle regole dell'evvidenza pubblica.

La disposizione di cui al comma 11 *bis* dell'art. 47, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla l. 21 giugno 2017, n. 96, in virtù della quale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha affidato direttamente e senza gara il servizio di collegamento veloce passeggeri tra il porto di Messina e quello di Reggio Calabria, equipara o quanto meno consente di equiparare per legge il trasporto marittimo veloce passeggeri tra il porto di Messina e quello di Reggio Calabria a quello di trasporto ferroviario via

mare tra la penisola e la Sicilia, di cui alla lett. e), dell'art. 2, del decreto del Ministero dei trasporti e della navigazione n. 138 del 31 ottobre 2000.

In particolare, la predetta disposizione: a) sotto un primo profilo, sottrae, ingiustificatamente e senza alcuna adeguata motivazione, soprattutto in ordine alla verifica del corretto funzionamento del mercato di riferimento ovvero circa una eventuale situazione di fallimento del mercato, al mercato e alle regole dell'evidenza pubblica l'affidamento del servizio di collegamento marittimo veloce passeggeri tra i porti di Messina e Reggio Calabria, in contrasto con le disposizioni degli artt. 17 e 18, d.lgs. n. 50 del 2016 e del Regolamento Cee 3577/1992; b) sotto altro profilo, crea o appare creare o attribuire di fatto in favore di Rfi, la società costituita dalla concessionaria Ferrovie dello Stato – Società Trasporti e Servizi per Azioni, quale società per la gestione dell'infrastruttura ferroviaria nazionale, un diritto speciale o esclusivo per la gestione del collegamento marittimo veloce passeggeri tra i porti di Messina e Reggio Calabria; c) sotto ulteriore profilo è idonea a realizzare sempre in favore di Rfi una misura di aiuto di stato, falsando o minacciando la concorrenza, tanto più che la previsione in esame non è temporalmente limitata al reperimento delle risorse finanziarie necessarie per indire la procedura di evidenza pubblica per la relativa aggiudicazione.

Essa pertanto, ad avviso della Sezione, si pone in contrasto con le disposizioni di cui agli artt. 101, 102, 106 e 107 T.fue.

- Servizio riscossione tributi.

La sez. V, con sentenza 1 marzo 2021, n. 1700 ha affermato che è legittima la decisione della stazione appaltante di aggiudicare la gara bandita per l'affidamento del servizio di “supporto alla riscossione ordinaria dell'Imu, della Tari e della Tasi, di ricerca dell'evasione erariale, di verifica e riscossione coattiva Imu, Tia, Tares, Tari, Tasi e del servizio di accertamento e riscossione volontaria delle entrate minori (affissioni, pubblicità, Tosap)” nonostante nelle more della gara fosse intervenuta la l. 27 dicembre 2019, n. 160 che, all'art. 1, comma 738, stabiliva l'abolizione dell'imposta unica comunale di cui all'art. 1, comma 639, l. 27 dicembre 2013, n. 147 e fissava, ai commi 739 e ss. una diversa disciplina dell'Imu, non dovendo necessariamente disporre alla revoca della procedura di gara .

La Sezione ha ricordato che il provvedimento di revoca è sempre esito di una scelta ampiamente discrezionale dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. II, 14 marzo 2020, n. 1837; id., sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026), anche nel caso di *ius superveniens* che comporti una modifica del quadro normativo esistente al momento di adozione del provvedimento amministrativo (Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2015, n. 3237).

Benchè l'art. 21 *quinquies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 preveda quale condizione legittimante il riesame del provvedimento il solo caso di “mutamento della situazione di fatto”, peraltro che sia “non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento”, non può dubitarsi che una sopravvenienza normativa possa essere giusta ragione di revoca del provvedimento, sempre a condizione, comunque, che, in conseguenza del nuovo assetto normativo, non sia più possibile conservare gli effetti del provvedimento ovvero

anche perché non sia più conveniente o opportuna la decisione assunta, e, dunque, per una rivalutazione dell'interesse pubblico originario. Nella specie, la scelta del Comune di non disporre la revoca dell'intera procedura di gara, anche in seguito alle intervenute modifiche normative aventi ad oggetto le imposte comunali, è stata giudicata dalla Sezione legittima.

In primo luogo, la revoca non era imposta dalle disposizioni contenute nella citata legge di bilancio, che prendono in considerazione situazioni diverse: il comma 781 dell'art. 1, l. n. 160 del 2020 ha riguardo al caso di contratto d'appalto avente ad oggetto il servizio di gestione dell'Imu e della Tasi all'entrata in vigore della nuova normativa e prevede un'estensione dell'oggetto dei contratti in essere anche alle nuove imposte (questo il testo: "I Comuni, in deroga all'articolo 52 del decreto legislativo n. 446 del 1997, possono continuare ad affidare, fino alla scadenza del relativo contratto, la gestione dell'imposta municipale sugli immobili ai soggetti ai quali, alla data del 31 dicembre 2019, risulta affidato il servizio di gestione dell'Imu e della Tasi"); il comma 789, correlativamente, prevede che i contratti che siano già stati stipulati alla data del 1° gennaio 2020 aventi ad oggetto l'accertamento e la riscossione dei tributi e delle entrate comunali siano adeguati alle nuove disposizioni (in questi termini: "I contratti in corso alla data del 1° gennaio 2020, stipulati con i soggetti di cui all'articolo 52, comma 5, lettera b) del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446 sono adeguati entro il 30 giugno 2021 alle disposizioni di cui ai commi 784 a 814").

È chiara la ragione per la quale il legislatore abbia avvertito la necessità di prevedere espressamente l'estensione oggettiva dei contratti di appalto dei Comuni con adeguamento alle nuove disposizioni normative: si è voluto introdurre un'eccezionale ipotesi di affidamento diretto all'operatore economico aggiudicatario di "servizi analoghi" a quelli già affidati, giustificata dai principi di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa.

Nulla ha disposto, invece, il legislatore relativamente ai contratti ancora da stipulare e per i quali erano in corso le procedure di gara; per tali situazioni, pertanto, valgono i principi generali in precedenza richiamati: è ragionevole e logica la revoca dell'intera procedura di gara se si ritenga che le modifiche normative intervenute rendano non più possibile l'attuazione del programma negoziale come emergente dagli atti di gara con il solo adeguamento delle clausole contrattuali (e senza lo stravolgimento delle originarie prescrizioni del bando), pena, altrimenti, una inammissibile cesura nella cura dell'interesse pubblico (Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2021, n. 1415).

Ha ancora chiarito la sentenza che nel caso di specie, la procedura di gara era diretta a selezionare l'operatore economico cui affidare il servizio di "accertamento, verifica e riscossione" delle imposte comunali (che venivano elencate: Imu, Tia, Tares, Tari, Tasi) e "di tutte le entrate accertabili", mediante criteri di valutazione delle offerte che, in quanto riferiti all'organizzazione dell'impresa e alle modalità proposte di gestione del servizio, non erano in alcun modo influenzati dalla disciplina delle imposte oggetto di accertamento e riscossione.

In via conclusiva, l'oggetto del contratto di appalto era la gestione dell'attività di accertamento e riscossione delle imposte comunali e delle altre entrate, tale essendo la prestazione cui si impegnava l'aggiudicatario, e, come tale, esso non può dirsi in qualche modo modificato dalla sopravvenuta modifica della disciplina in materia. Le singole imposte erano, invece, l'oggetto della prestazione; la sopravvenienza normativa imponeva solamente una loro diversa enunciazione nelle clausole del contratto stipulando.

21.3. Appalti di fornitura.

- Appalti sanitari nel periodo emergenziale Covid-19.

Con sentenza 1 giugno 2021, n. 4201 la sez. III ha giudicato legittima l'esclusione da una gara, bandita nel periodo emergenziale Covid-19 per la fornitura di dispositivi di protezione individuale, di un operatore economico che ha subito una risoluzione del contratto, sebbene risalente nel tempo, proprio per mancato rispetto dei termini di consegna contrattualmente stabiliti, atteso che ciò che caratterizza la fornitura in oggetto sono i tempi brevissimi per effettuare l'approvvigionamento.

Ha chiarito la Sezione che il solo dubbio che la fornitura delle mascherine potesse arrivare in ritardo giustifica la decisione della stazione appaltante che si era posta come obiettivo l'acquisizione, in tempi strettissimi, dei dispositivi. Correttamente, pertanto, la gravità dell'addebito è stato connesso alla peculiarità della gara bandita e di tale circostanza è stato dato atto con motivazione succinta ma sufficiente ad esternare le ragioni dell'esclusione. Tale rilievo rende priva di pregio la circostanza che la società appellante, successivamente alla risoluzione in questione, avesse stipulato contratti di fornitura con altra Amministrazione, atteso che è proprio la particolarità sottesa alla gara a giustificare il massimo rigore nella scelta dell'affidatario, che deve garantire la puntualità nella consegna dei prodotti oggetto dell'appalto.

Vale peraltro aggiungere, richiamando giurisprudenza consolidata intervenuta sul punto (Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2021, n. 2922; id. 21 luglio 2020, n. 4668), che l'obbligo, in capo alla stazione appaltante, di motivare l'esclusione di un concorrente dalla gara pubblica è formalmente rispettato se l'atto reca l'esternazione del percorso logico-giuridico seguito per giungere alla decisione adottata e se il destinatario è in grado di comprendere le ragioni di quest'ultimo e, conseguentemente, di accedere utilmente alla tutela giurisdizionale; non è invece richiesto che la motivazione del provvedimento di esclusione sia articolata in punti separati, ciascuno dei quali dedicato ad uno specifico aspetto di rilievo della pregressa vicenda, e così alla sua "gravità", al "tempo trascorso dalla violazione" e, infine, alla "inaffidabilità" dell'operatore, purchè emerga che ciascuno di tali profili sia stato considerato dalla stazione appaltante.

Aggiungasi che la valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico in ragione di precedenti inadempimenti dai quali siano conseguiti provvedimenti di risoluzione è espressione di apprezzamento discrezionale della stazione appaltante che può essere censurata per i consueti vizi di irragionevolezza, illogicità manifesta, arbitrarietà e travisamento dei fatti.

- *Intelligenza artificiale ed algoritmo nell'appalto di forniture di un dispositivo medico con elevato grado di automazione.*

La sez. III ha affermato (25 novembre 2021, n. 7891) che ai fini della fornitura di un dispositivo medico con elevato grado di automazione non occorre che l'amministrazione faccia espresso riferimento a elementi di intelligenza artificiale, essendo del tutto sufficiente, anche in considerazione della peculiarità del prodotto (*pacemaker* dotati, per definizione, di una funzione continuativa di “*sensing*” del ritmo cardiaco e di regolazione dello stesso) il riferimento allo specifico concetto di algoritmo, ossia ad istruzioni capaci di fornire un efficiente grado di automazione, ulteriore rispetto a quello di base, sia nell'area della prevenzione che del trattamento delle tachiaritmie atriali.

Ha chiarito la Sezione che la nozione comune e generale di algoritmo riporti alla mente “semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato”. Non-dimeno si osserva che la nozione, quando è applicata a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegata al concetto di automazione ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano. Il grado e la frequenza dell'intervento umano dipendono dalla complessità e dall'accuratezza dell'algoritmo che la macchina è chiamata a processare. Cosa diversa è l'intelligenza artificiale. In questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di *machine learnig* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole *software* e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo “tradizionale”) ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico. Nel caso di specie, per ottenere la fornitura di un dispositivo con elevato grado di automazione non occorre che l'amministrazione facesse espresso riferimenti a elementi di intelligenza artificiale, essendo del tutto sufficiente – come ha fatto – anche in considerazione della peculiarità del prodotto (*pacemaker* dotati, per definizione, di una funzione continuativa di “*sensing*” del ritmo cardiaco e di regolazione dello stesso) il riferimento allo specifico concetto di algoritmo, ossia ad istruzioni capaci di fornire un efficiente grado di automazione, ulteriore rispetto a quello di base, sia nell'area della prevenzione che del trattamento delle tachiaritmie atriali. I *pacemakers* moderni e di alta fascia sono infatti dotati di un numero sempre maggiore di parametri programmabili e di algoritmi specifici progettati per ottimizzare la terapia di stimolazione in rapporto alle caratteristiche specifiche del paziente. L'amministrazione ha espresso preferenza per la presenza congiunta di algoritmi di prevenzione e trattamento delle “tachiaritmie atriali”.

21.4. Appalti presso la Camera dei deputati.

La sez. V, con sentenza 31 maggio 2021, n. 4150 ha pronunciato sulla giurisdizione nelle controversie relative agli appalti presso la Camera dei deputati. Ha affermato che considerato che la materia dell'affidamento a terzi dei contratti di lavori, servizi e forniture – pur involgendo l'acquisizione, da parte dell'amministrazione della Camera, di beni e servizi per lo svolgimento delle sue funzioni – non rientra nella sfera di autonomia nor-

mativa costituzionalmente riconosciuta, le relative controversie sono sottratte alla giurisdizione domestica; da ciò discende che le norme del Regolamento di Amministrazione e contabilità della Camera dei Deputati (artt. 39 e ss.), dettate in materia di contratti, non essendo espressione della ridetta autonomia normativa costituzionalmente fondata, non giustificano l'attrazione della controversia nell'ambito della cognizione dell'organo di autodichia (il Consiglio di giurisdizione della Camera, al quale il regolamento per la tutela giurisdizionale attribuisce il compito di decidere in primo grado sui "ricorsi e qualsiasi impugnativa, anche presentata da soggetti estranei alla Camera, avverso gli atti di amministrazione della Camera medesima").

Ha chiarito la Sezione che la Corte costituzionale in numerose pronunce (cfr. in particolare sentenza n. 262 del 2017) che il principio dell'autodichia invocato dalla Camera dei deputati, che si traduce nella possibilità degli organi costituzionali di decidere attraverso propri organi interni le controversie che concernono l'applicazione della disciplina normativa che gli stessi organi costituzionali si sono dati in una determinata materia, trova il suo fondamento nell'autonomia normativa che la Costituzione riconosce agli organi costituzionali (alla Camera dei deputati, nel caso di specie). In particolare, la Corte - rammentato come solo nell'art. 64 ("Ciascuna Camera adotta il proprio regolamento a maggioranza assoluta dei suoi componenti"), e solo con riferimento alle Camere, la Costituzione ha previsto una specifica attribuzione di autonomia normativa (mentre i regolamenti approvati dal Presidente della Repubblica debbono considerarsi sorretti "da un implicito fondamento costituzionale": punto 7.2. del "considerato in diritto", primo periodo, della sentenza n. 262 del 2017), ricollega, in maniera diretta, l'estensione dell'autodichia alla sfera di autonomia normativa costituzionalmente delineata, attraverso la quale "gli organi costituzionali in questione sono messi nella condizione di provvedere alla 'produzione di apposite norme giuridiche, disciplinanti l'assetto ed il funzionamento dei loro apparati serventi' (sentenza n. 129 del 1981)" (sentenza n. 262 del 2017, punto 7.2., terzo periodo, cit.). Peraltro, soggiunge la Corte, "se è consentito agli organi costituzionali disciplinare il rapporto di lavoro con i propri dipendenti, non spetta invece loro, in via di principio, ricorrere alla propria potestà normativa, né per disciplinare rapporti giuridici con soggetti terzi, né per riservare agli organi di autodichia la decisione di eventuali controversie che ne coinvolgano le situazioni soggettive (si pensi, ad esempio, alle controversie relative ad appalti e forniture di servizi prestati a favore delle Amministrazioni degli organi costituzionali). Del resto, queste ultime controversie, pur potendo avere ad oggetto rapporti non estranei all'esercizio delle funzioni dell'organo costituzionale, non riguardano in principio questioni puramente interne ad esso e non potrebbero perciò essere sottratte alla giurisdizione comune" (punto 7.2. cit.). Per ciò che esula "dalla capacità classificatoria del regolamento parlamentare e non sia per intero sussumibile sotto la disciplina di questo (perché coinvolga beni personali di altri membri delle Camere o beni che comunque appartengano a terzi), deve prevalere la "grande regola" dello Stato di diritto ed il conseguente regime giurisdizionale al quale sono normalmente sottoposti, nel nostro sistema costituzionale, tutti i beni giuridici e tutti i diritti (artt. 24,

112 e 113 Cost.: sentenza n. 379 del 1996)” (così nella sentenza n. 120 del 2014, al punto 4.4 del “considerato in diritto”).

Da tali principi deriva la necessità di una rigorosa interpretazione letterale e funzionale (ossia, tenendo conto delle finalità costituzionali assegnate al riconoscimento del principio di autodichia, che ne costituiscono anche i limiti entro i quali esso può espandersi) delle norme regolamentari approvate dalla Camera dei deputati.

21.5. Concessione servizi.

- *Concessione servizio di distribuzione automatica di bevande e prodotti alimentari preconfezionati.*

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 24 marzo 2021, n. 247 ha affermato che la gara bandita da un Istituto scolastico per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione automatica di bevande e prodotti alimentari preconfezionati presso le proprie sedi ha ad oggetto una “concessione di servizi” ex art. 3, comma 1, lett. vv), d.lgs. n. 50 del 2016, che l'Istituto scolastico intende affidare a terzi accompagnata da una concessione d'uso di spazio pubblico; infatti, anche a voler prescindere dalla espressa qualificazione di concessione di servizi fornita dalla stazione appaltante, l'oggetto della gara è costituito da un contratto a titolo oneroso con cui la stazione appaltante affida ad un operatore economico la gestione di un servizio riconoscendo a titolo di corrispettivo il diritto di gestire il servizio, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dello stesso, per cui l'oggetto della gara rientra esattamente nella definizione di concessione di servizi scolpita dal codice dei contratti pubblici.

Ha chiarito la Sezione che per servizio di ristorazione mediante distributori automatici (servizio coincidente con quello oggetto della procedura di gara), si intende la gestione economico-funzionale del servizio di ristoro a mezzo di distributori automatici di alimenti, bevande e altri generi di conforto da collocarsi presso i locali dell'Istituzione; tale servizio comprende anche lo svolgimento di attività accessorie quali, a titolo esemplificativo, la consegna, l'installazione e la messa in esercizio dei distributori nonché la manutenzione. In tal caso, così come nel più ampio servizio di ristorazione mediante bar, accanto all'affidamento del servizio, l'Istituzione concede al gestore l'utilizzo degli spazi interni necessari all'esercizio dell'attività (concessione di bene pubblico), con specifico riferimento alle aree nelle quali è ubicato il bar o, come nel caso di specie, sulle quali vengono installati i distributori. Il contratto di affidamento dei servizi in oggetto, secondo una consolidata giurisprudenza, si qualifica in termini di “concessione di servizi”, in quanto determina l'assunzione in capo all'affidatario del rischio operativo legato alla sua gestione (Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2020, n. 4910; id. 18 giugno 2020, n. 3905; id., sez. V, 28 marzo 2019, n. 2065; id., sez. III, 11 gennaio 2018, n. 127; id., sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3571; id. 14 ottobre 2014, n. 5065).

Il rischio operativo si sostanzia essenzialmente in: rischio di domanda, in quanto il concessionario ottiene il proprio compenso non già dall'Istituzione ma dagli utenti che fruiscono del Servizio stesso (acquistando le bevande e gli alimenti offerti dal bar o dai distributori automatici), con conseguente rischio connesso alle possibili oscillazioni dei

volumi di domanda; rischio di disponibilità, in quanto il concessionario deve gestire il servizio, garantendo i livelli prestazionali stabiliti nel contratto, trovando in caso contrario applicazione le penali pattuite nel contratto medesimo.

L'affidamento 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. Il concessionario di servizi può essere remunerato, a seconda delle specificità del singolo affidamento: dall'utenza, mediante canone o pagamento da parte dell'Amministrazione, mediante contributo pubblico nonché attraverso una remunerazione in diritti.

Il concessionario è remunerato dall'utenza e tale forma di remunerazione si sostanzia nel cash flow derivante allo stesso dalla erogazione di servizi presso l'utenza (c.d. sfruttamento economico del servizio). Tale forma di remunerazione, che, in definitiva, deriva dalla vendita dei servizi resi al mercato, è infatti connaturata ai cc.dd. servizi caldi, nei quali si configura un rischio operativo in capo al privato sul lato della domanda, ai sensi di quanto previsto dall'art. 165, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016.

Il servizio in discorso ha indubbiamente una rilevanza pubblica, in quanto, pur estraneo alle funzioni istituzionale dell'Amministrazione aggiudicatrice, ne costituisce comunque un'utilità accessoria, in favore degli utenti del servizio pubblico scolastico, vale a dire dei docenti, del personale impiegatizio, degli studenti e dei visitatori, sicché può ritenersi strumentale alle esigenze connesse alla continuità della presenza in sede del personale, nonché degli utenti del vero e proprio servizio pubblico scolastico. In altri termini, la natura pubblica del servizio trova fondamento nella sua strumentalità allo svolgimento delle funzioni pubbliche istituzionali dell'Amministrazione scolastica.

La Sezione ha aggiunto che l'obbligo di indicazione separata dei costi di manodopera e degli oneri di salute e di sicurezza - prevista dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 e astrattamente applicabile anche ai contratti di concessione ai sensi dell'art. 164, comma 2, dello stesso Codice, secondo cui alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di servizi si applicano "per quanto compatibili", le disposizioni relative ai "criteri di aggiudicazione" - non si estende alla concessione del servizio di distribuzione automatica di bevande e prodotti alimentari preconfezionati, nella quale la componente "umana" del servizio assume rilievo minimo

Ad avviso del C.g.a. l'indicazione separata dei costi di manodopera e degli oneri di salute e di sicurezza si rivelerebbe un inutile e dannoso formalismo, in quanto lesivo del principio del *favor participationis* cui sono ispirate le procedure ad evidenza pubblica. La ratio dell'evidenza pubblica sia a livello nazionale che sovranazionale, infatti, è volta al migliore utilizzo possibile del danaro e degli altri beni della collettività e alla tutela della libertà di concorrenza tra le imprese. Di talché, il principio cardine delle gare pubbliche è quello del *favor participationis*, atteso che solo attraverso la più ampia possibile presentazione di offerte da parte degli operatori economici "qualificati" è possibile garantire, da un lato, che l'Amministrazione individui, tra i tanti, il "miglior contraente", dall'altro, l'esplicazione di una piena ed effettiva concorrenza tra le imprese in un mercato libero (Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2021, n. 1483).

Sulla base delle esposte considerazioni, l'inciso "per quanto compatibili" di cui all'art. 164, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 deve essere interpretato nel senso che non è compatibile con il sistema della scelta del contraente, disegnato in sede europea e nazionale, l'applicabilità dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 all'affidamento di una concessione di servizi in cui, come nel caso in esame, l'elemento della prestazione lavorativa risulti di scarsa incidenza.

Nella specie, la giurisprudenza è recentemente intervenuta per rilevare che, qualora si tratti di una concessione di servizi e non di un contratto passivo di appalto per lavori, servizi o forniture, la diversa struttura giuridica del negozio non comporta la dovuta applicazione della norma di cui al richiamato art. 95, comma 10, vista l'evidente differenza strutturale ed il peso economico assunto nei secondi dal costo del lavoro (Cons. Stato, sez. V, 24 giugno 2020, n. 4034).

Nel caso di specie, in particolare, la componente "umana" del servizio assume rilievo minimo, riducendosi alle attività che richiedono la presenza fisica di prestatori di lavoro nell'adempimento degli obblighi relativi al rifornimento dei distributori automatici e sostituzione degli stessi in caso di guasti irreparabili, pulizia, rimozione giornaliera dei rifiuti e manutenzione ordinaria e straordinaria dei distributori e degli impianti, nonché pulizia delle aree antistanti), le quali, da considerare in relazione alla tipologia di servizio gestito, richiedono evidentemente una minima applicazione di personale.

L'incidenza delle prestazioni di lavoro, invece, potrebbe assumere maggiore consistenza nella diversa ipotesi di affidamento di "servizio di ristorazione mediante bar", in cui sarebbe necessario prevedere la presenza di uno o più cuochi e di altro personale a carattere continuativo, ma nel "servizio di ristorazione mediante distributori automatici" è intuitivamente esiguo.

- Concessione dei servizi museali riguardanti il Parco archeologico del Colosseo.

La sez. VI, con sentenza 16 marzo 2021, n. 2259 ha dichiarato illegittima la gara per la concessione dei servizi museali riguardanti il Parco archeologico del Colosseo se si attribuisce maggiore punteggio al servizio di biglietteria per l'accesso al sito archeologico rispetto ai servizi di assistenza alla visita.

La Sezione, giudicando sull'ottemperanza alla precedente decisione n. 5773 del 2017, ha accolto il ricorso di una società che aveva chiesto l'annullamento della gara, bandita da Consip s.p.a. per la concessione dei servizi museali riguardanti il Parco archeologico del Colosseo.

La centrale acquisti della pubblica amministrazione, assumendo di non poter altrimenti assicurare l'equilibrio economico-finanziario della complessiva operazione, aveva accorpato in un unico lotto i servizi di biglietteria per l'accesso al sito archeologico e i servizi di assistenza alla visita, ma aveva qualificato i secondi come prestazione secondaria rispetto ai primi, dando loro un peso preponderante nell'attribuzione dei punteggi per l'aggiudicazione.

Ha affermato la sentenza del Consiglio di Stato "l'amministrazione può esternalizzare a privati tali servizi, in quanto ciò risulti strumentale alla valorizzazione culturale dei siti

culturali”, ovvero per fare della concessione un valore aggiunto per la collettività, tale da giustificarne la pratica.

Regola generale è che l'affidamento di servizi aggiuntivi di assistenza agli utenti costituisce, in principio, una figura di concessione di servizio pubblico, mentre l'esternalizzazione dei servizi complementari di biglietteria, pulizia e vigilanza dà luogo ad un appalto di servizi (Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2020, n. 4869).

A ciò si aggiunga che la rilevanza preminente dei servizi aggiuntivi rispetto a quello accessorio e strumentale di biglietteria è comunque implicita nella lettera della disposizione, come mostra il dato che l'art. 117, comma 3, d.lgs. n. 42 del 2004 prevede la gestione concessoria integrata come mera possibilità, di suo la concessione essendo propria dei soli servizi aggiuntivi.

Sicché questi ultimi, in caso di uso di tale strumento giuridico – che costituisce una modalità di gestione finalizzata alla valorizzazione indiretta – non possono divenire in alcun caso (in assenza di deroghe previste dalla legge) né formalmente, né sostanzialmente accessori (Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2020, n. 4869).

La qualificazione in termini di concessione dell'affidamento della gestione a terzi dei “servizi aggiuntivi” è del resto conforme alle direttive europee, oltre che coerente con la struttura degli stessi, in quanto 1) l'amministrazione trasferisce il diritto di gestire il servizio in favore dei visitatori/utenti dietro pagamento di un canone e 2) sussistono altresì i caratteri del pubblico servizio per la valorizzazione dei beni culturali in presenza: a) della titolarità del servizio in capo all'amministrazione; b) della sua destinazione alla soddisfazione di esigenze della collettività; c) della predisposizione, da parte dell'amministrazione, di un programma di gestione, con obblighi di condotta e livelli qualitativi vincolanti per il privato; d) del mantenimento da parte dell'amministrazione dei corrispondenti poteri di indirizzo, vigilanza ed intervento (Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2020, n. 4869; id. 6 luglio 2020, n. 4307).

Più in generale, la valorizzazione dei siti culturali, attuata tramite l'erogazione dei servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico (*ex art.* 117, d.lgs. n. 42 del 2004), rappresenta lo scopo centrale del sistema tracciato dal vigente Codice dei beni culturali e del paesaggio, rispetto ai quali quelli di biglietteria e vigilanza assumono carattere meramente accessorio e strumentale (Cons. Stato, sez. V, 7 dicembre 2017, n. 5773).

Per l'effetto, in tanto l'amministrazione può esternalizzare a privati tali servizi, in quanto ciò risulti strumentale alla valorizzazione culturale dei siti culturali.

Va rammentato infatti che, ai sensi dell'art. 115 (Forme di gestione), comma 4, del Codice dei beni culturali e del paesaggio “Lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali ricorrono alla gestione indiretta al fine di assicurare un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali” (la gestione indiretta è, ai sensi del precedente comma 3, quella “attuata tramite concessione a terzi delle attività di valorizzazione, anche in forma congiunta e integrata, da parte delle amministrazioni cui i beni pertengono o dei soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, [...] mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti”).

Questa è la funzione che legittima siffatta esternalizzazione e di fronte ad essa, dal punto di vista dell'amministrazione concedente, è secondaria – nell'ottica della legislazione vigente e della stessa ratio sottesa all'istituto della concessione di servizi – la stretta remuneratività dell'operatore privato. Non si tratta infatti di mettere a disposizione di privati un luogo della cultura per farne beni economici strumentali delle loro imprese, ma di meglio – organizzativamente - promuovere la fruizione e la conoscenza del patrimonio culturale che il luogo stesso rappresenta e per il quale è stato istituito, e delle collezioni che contiene.

A fronte di una tale configurazione di diritto pubblico, sta all'operatore economico privato di vagliare *ex ante* la sua convenienza e dunque di organizzarsi di fronte a questa prospettiva essenziale dotandosi di congrue capacità di corrispondere al compito di valorizzazione, non già di pretendere che questa resti secondaria e così venga piegata alle sue più facili e immediate convenienze lucrative, dequotingo il primario obiettivo di interesse generale.

L'eventualità per costui, dunque, di trarne un utile privato – nell'ottica dell'amministrazione proprietaria e affidataria dei beni da valorizzare – è un elemento in sé non determinante, nell'ottica della disciplina giuridica della fattispecie e dell'amministrazione titolare dei beni da valorizzare. Del resto, l'amministrazione non ha l'obbligo di esternalizzare la gestione di siffatti servizi ben può procedere con la gestione diretta, a norma dell'art. 115, comma 2. Nel determinarsi all'esternalizzazione, deve valutare la convenienza di tale formula alternativa rispetto al superiore obiettivo della valorizzazione culturale. L'eventualità dell'esternalizzazione è invero solo una modalità alternativa alla gestione diretta, in proprio, da percorrere solo se davvero risulta più proficua al fine esclusivo – appunto – del potenziamento della conoscenza del bene medesimo e di quanto contiene come istituto o luogo della cultura.

Ribaditi alcuni precedenti della Sezione, a mente dei quali – nell'indicata prospettiva di legge - in nessun caso il servizio di biglietteria può assumere carattere prevalente, neppure se di valore economico di gran lunga maggiore, ovvero laddove i servizi aggiuntivi non siano di per sé economicamente autosufficienti. In quel modo ragionando, infatti, si opererebbe un'inversione del rapporto di accessorietà, degradando la prevalenza dello scopo di valorizzazione culturale, che impronta l'art. 117 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, a mera eventualità, in pratica derogabile nel caso concreto in ragione della preponderanza dei servizi diversi da quelli aggiuntivi (come ad esempio il servizio di biglietteria).

In tal modo però si oblitererebbe che la concessione domina in quanto è lo strumento prescelto dalla legge (artt. 115 e 117) come funzionale alla, ipotizzata, maggior qualità in concreto del servizio pubblico di valorizzazione culturale; e la si degraderebbe – contro la ratio dello stesso art. 117 - a mera strumentazione di esigenze economiche altrui, non già culturali della generalità. In tal modo non si garantirebbe più l'efficace perseguimento della dominante ragione della valorizzazione dei beni culturali, cioè del potenziamento delle condizioni di fruizione (più precisamente: si posporrebbe lo scopo di «promuovere

la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso», nel che consiste la valorizzazione per l'art. 6 del Codice, che pone l'art. 117 nel contesto dei «Principi della valorizzazione dei beni culturali»); e si inciderebbe sulla causa della concessione, indebitamente tramutandola, di fatto, in quella di un ordinario appalto (Cons. Stato, sez. V, 6 luglio 2020, n. 4307).

Da ciò deriva che il tipo di concessione di servizi in questione di suo non ammette che il servizio di biglietteria, quand'anche implicante un maggiore volume di incassi, possa ottenere, con il suo regime, prevalenza funzionale sui servizi aggiuntivi: e, per conseguenza, che ciò in concreto possa portare a informare i requisiti di capacità economica e finanziaria, con l'effetto pratico, ben rilevante, di precludere la partecipazione di soggetti attivi in servizi aggiuntivi di bookshop e di editoria (ma senza che abbiano prima emesso biglietti per gli importi predetti).

- *Distinzione tra concessione di pubblico servizio e appalto di servizi.*

La sentenza 22 marzo 2021, n. 2426 della sez. IV ha affermato che il rapporto di concessione di pubblico servizio si distingue dall'appalto di servizi per l'assunzione, da parte del concessionario, del rischio di domanda, nel senso che mentre l'appalto ha struttura bifasica tra appaltante ed appaltatore ed il compenso di quest'ultimo grava interamente sull'appaltante, nella concessione, connotata da una dimensione triadica, il concessionario ha rapporti negoziali diretti con l'utenza finale, dalla cui richiesta di servizi trae la propria remunerazione.

Data la premessa, la Sezione ha tratto la conseguenza che, essendo insito nel meccanismo causale della concessione che la fluttuazione della domanda del servizio costituisca un rischio traslato in capo al concessionario (anzi costituisca il rischio principale assunto dal concessionario), affinché possa farsi luogo a una revisione dei profili economici concordati con il concedente è necessaria la comprovata ricorrenza di eventi eccezionali e straordinari, oggettivamente esterni ed estranei al funzionamento del mercato di settore, non essendo invece sufficienti all'uopo mere fluttuazioni della domanda, dato fisiologico di ogni mercato, che l'operatore economico non può non considerare come aspetto caratterizzante, intrinseco ed ineliminabile del contesto in cui opera (Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653).

21.6. Principio di equivalenza.

La sez. IV, con sentenza 7 giugno 2021, n. 4353 ha affermato che il principio di equivalenza di cui all'art. 68, d.lgs. n. 50 del 2016 trova applicazione *ex lege* anche negli appalti di servizi.

Ha chiarito la Sezione che il principio di equivalenza di cui all'art. 68, d.lgs. n. 50 del 2016 trova applicazione *ex lege* anche negli appalti di servizi, come *ad abundantiam* reso evidente dall'allegato XIII, comma 1, lett. b), del medesimo Codice, ove si precisa che, «nel caso di appalti pubblici di servizi o di forniture», per «specifiche tecniche», dizione

utilizzata nella rubrica dell'art. 68 cit., si intendono “le specifiche contenute in un documento, che definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, tra cui i livelli di qualità, i livelli di prestazione ambientale e le ripercussioni sul clima, una progettazione che tenga conto di tutte le esigenze (compresa l'accessibilità per le persone con disabilità) e la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, l'uso del prodotto, la sicurezza o le dimensioni, compresi i requisiti applicabili al prodotto quali la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, i processi e i metodi di produzione ad ogni stadio del ciclo di vita della fornitura o dei servizi, nonché le procedure di valutazione della conformità”.

Il principio di equivalenza trova applicazione anche in assenza di un'espressa previsione del bando, in quanto principio generale della materia degli appalti pubblici. Tale circostanza non è pleonastica, ma riveste un rilievo oggettivo. Anche in virtù di tale richiamo, infatti, trae ulteriore conferma la conclusione secondo cui le “caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara” non debbono intendersi come vincolanti nel *quomodo*, ma soltanto *quoad effectum*: le offerte, in altre parole, rispettano la *lex specialis* ove comunque capaci di conseguire il fine ultimo (e, a ben vedere, esclusivo) dell'affidamento, consistente nel miglioramento delle percentuali di raccolta differenziata.

L'apprezzamento operato in proposito dalla stazione appaltante ha natura tecnico-discrezionale ed è, come tale, sindacabile in sede giurisdizionale solo *ab externo* in presenza di macroscopiche abnormità, afferendo al margine di valutazione *ex lege* riservato all'Amministrazione.

Tale apprezzamento, inoltre, non deve esternarsi una specifica dichiarazione (invero non richiesta da alcuna norma), ma è implicito nell'attribuzione di punteggio al concorrente.

21.7. Soggetti partecipanti alla gara.

- *Consorzio stabile.*

Con sentenza 18 marzo 2021, n. 5 l'Adunanza plenaria (alla quale la questione era stata rimessa dal C.g.a. con ordinanza 29 dicembre 2020, n. 1211) ha affermato che la consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, è equiparabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 63 della direttiva 24/2014/Ue e dell'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione.

Ha chiarito l'Alto consesso che il consorzio ordinario di cui agli artt. 2602 e ss. cod. civ., pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l'assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitario costituente un'impresa collettiva, né esercita autonomamente e direttamente attività imprenditoriale, ma si limita a disciplinare e coordinare, attraverso un'organizzazione comune, le azioni degli imprenditori riuniti (Cass. civ., sez. trib., 9 marzo 2020, n. 6569; id., sez. I, 27 gennaio 2014, n. 1636).

Nel consorzio con attività esterna la struttura organizzativa provvede all'espletamento in comune di una o alcune funzioni (ad esempio, l'acquisto di beni strumentali o di materie prime, la distribuzione, la pubblicità, etc.), ma nemmeno in tale ipotesi il consorzio, nella sua disciplina civilistica, è dotato di una propria realtà aziendale. Ne discende che, ai fini della disciplina in materia di contratti pubblici, il consorzio ordinario è considerato un soggetto con identità plurisoggettiva, che opera in qualità di mandatario delle imprese della compagine. Esso prende necessariamente parte alla gara per tutte le consorziate e si qualifica attraverso di esse, in quanto le stesse, nell'ipotesi di aggiudicazione, eseguiranno il servizio, rimanendo esclusa la possibilità di partecipare solo per conto di alcune associate (Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 2015, n. 4652, il quale ha statuito l'illegittimità della partecipazione di un consorzio ordinario che, pur riunendo due società, aveva dichiarato di gareggiare per conto di una sola di esse).

Non è così per i consorzi stabili. Questi, a mente dell'art. 45, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, sono costituiti "tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro" che "abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa".

È in particolare il riferimento aggiuntivo e qualificante alla "comune struttura di impresa" che induce ad approdare verso lidi ermeneutici diversi ed opposti rispetto a quanto visto per i consorzi ordinari. I partecipanti in questo caso danno infatti vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto (Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165).

Proprio sulla base di questa impostazione, la Corte di Giustizia Ue (C-376/08, 23 dicembre 2009) è giunta ad ammettere la contemporanea partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata, ove quest'ultima non sia stata designata per l'esecuzione del contratto e non abbia pertanto concordato la presentazione dell'offerta (Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 865).

Tanto chiarito sul versante della natura giuridica del consorzio stabile, giova fare un ulteriore cenno esplicativo al c.d. meccanismo di qualificazione alla "rinfusa" che ha segnatamente caratterizzato la vicenda in causa.

Trattasi del portato dell'art. 31, comma 1, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, vigente all'epoca dei fatti di causa, per il quale: "I consorzi di cui agli artt. 45, comma 2, lettera c) e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. Con le linee guida dell'Anac di cui all'art. 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri

per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni”.

La disposizione ha avuto vigore sino al 2019. L'art. 1, comma 20, lett. l), n. 1), d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, ha eliminato tale regola, ripristinando l'originaria e limitata perimetrazione del c.d. cumulo alla rinfusa ai soli aspetti relativi alla “disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo”, i quali sono “computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate”.

Siffatto peculiare meccanismo (si ribadisce, esteso all'epoca dei fatti di causa anche ai requisiti di qualificazione, ma oggi limitato ad attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo) ha radici nella natura del consorzio stabile e si giustifica in ragione: a) del patto consortile, comunque caratterizzato dalla causa mutualistica; b) del rapporto duraturo ed improntato a stretta collaborazione tra le consorziate avente come fine “una comune struttura di impresa”.

Quanto sopra, se è vero in via generale in relazione al cumulo di alcuni requisiti necessari alla partecipazione, necessita invece di un distinguo, ai diversi fini dei legami che si instaurano nell'ambito della gara, tra consorzio stabile e consorziate, a seconda se queste ultime siano o meno designate per l'esecuzione dei lavori.

Solo le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 47, comma 2, del Codice dei contratti). Per le altre il consorzio si limita a mutuare, *ex lege*, i requisiti oggettivi, senza che da ciò discenda alcuna vincolo di responsabilità solidale per l'eventuale mancata o erronea esecuzione dell'appalto.

Si è dinanzi, in quest'ultimo caso, ad un rapporto molto simile a quello dell'avvalimento (non a caso espressamente denominato tale dalla vecchia versione dell'art. 47, comma 2, *ratione temporis* applicabile), anche se, per certi versi, meno intenso: da una parte, infatti, il consorziato presta i requisiti senza partecipare all'offerta, similmente all'impresa avvalsa (senza bisogno di dichiarazioni, soccorrendo la “comune struttura di impresa” e il disposto di legge), dall'altra, pur facendo ciò, rimane esente da responsabilità (diversamente dall'impresa avvalsa).

Una forma di avvalimento attenuata dall'assenza di responsabilità dunque.

Questa constatazione, se intermediata attraverso l'elaborazione logica, è di per sé sufficiente a giustificare l'applicazione alla fattispecie in esame dell'art. 89, comma 3, del Codice dei contratti.

A mente della disposizione citata, infatti la stazione appaltante (in luogo di disporre l'esclusione in cui inesorabilmente incorrerebbe un concorrente nell'ambito di un raggruppamento o di un consorzio ordinario o stabile) impone all'operatore economico di “sostituire” i soggetti di cui si avvale “che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione”. Ergo, se è possibile, in via eccezionale, sostituire il soggetto legato da un rapporto di avvalimento, a fortiori

dev'essere possibile sostituire il consorziato nei confronti del quale sussiste un vincolo che rispetto all'avvalimento è meno intenso.

Del resto, che questa sia la soluzione per colmare la lacuna normativa esistente, ed evidenziata dall'ordinanza di rimessione, per il caso del consorziato non designato per l'esecuzione, trova piena conferma nell'ampia formulazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, il quale, nel disciplinare l'avvalimento, vi ricomprende tutti i casi in cui un operatore economico, per un determinato appalto, fa "affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi", senza dare rilevanza qualificante alla responsabilità solidale dei soggetti avvalsi. Circostanza, quest'ultima, rimessa piuttosto dalla direttiva all'eventuale decisione discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice (l'amministrazione aggiudicatrice "può esigere" che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto, recita l'art. 63 cit.), anche se poi tradottasi in un precetto di legge in sede di recepimento nell'ordinamento italiano (art. 89, comma 5, del Codice dei contratti).

Non v'è ragione, dunque, per riservare al consorzio che si avvale dei requisiti di un consorziato "non designato", un trattamento diverso da quello riservato ad un qualunque partecipante, singolo o associato, che ricorre all'avvalimento. Nell'uno, come nell'altro caso, in virtù dell'art. 89 comma 3 del Codice dei contratti, ove il requisito "prestato" venga meno, l'impresa avvalsa potrà, *rectius*, dovrà essere sostituita.

In risposta alle preoccupazioni manifestate dal Collegio rimettente, e al fine di garantire chiarezza e certezza al quadro esegetico complessivo, può aggiungersi che la chiave interpretativa innanzi delineata non tocca la perdurante validità del principio di necessaria continuità nel possesso dei requisiti, affermato dall'Adunanza Plenaria con sentenza n. 8 del 2015, né il più generale principio di immodificabilità soggettiva del concorrente (salvi i casi previsti della legge nel caso di raggruppamento temporaneo di imprese).

Con tale decisione l'Adunanza, ribadendo il portato della costante giurisprudenza antecedente, ha affermato il principio generale, secondo cui "il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica"; chiarendo che "per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col pur rilevante principio del *favor participationis*, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente (ancor prima che aggiudicatario), dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica, a prescindere dalla indicazione, da parte del legislatore, di specifiche fasi espressamente dedicate alla verifica stessa, quali quelle di cui all'art. 11, comma 8, ed all'art. 48, d.lgs. n. 163 del 2006".

Trattasi di un principio del quale, a valle dell'Adunanza Plenaria citata, nessuno più dubita, e che merita piena adesione anche oggi, in questa sede.

E' pur vero che, nel caso allora deciso, l'Adunanza si spinse a precisare che sussiste "sul piano dell'accertamento dei requisiti di ordine generale e tecnico-professionali ed economici, una totale equiparazione tra gli operatori economici offerenti in via diretta e gli operatori economici in rapporto di avvalimento e dunque, in definitiva, fra i primi e

l'imprenditore, che preferisca seguire la via del possesso mediato ed indiretto dei requisiti di partecipazione ad una gara", con ciò lasciando chiaramente intendere che l'affermato principio di continuità dovesse valere anche per l'impresa avvalsa.

Tuttavia detta ultima affermazione dev'essere letta nel quadro normativo, *ratione temporis* vigente, anche comunitario, che pacificamente escludeva la possibilità di una sostituzione dell'impresa rimasta priva di requisiti, a prescindere se essa fosse legata da un vincolo di associazione temporanea con l'aggiudicatario o da un più tenue rapporto di avvalimento (art. 44 della direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/Ce).

Quel quadro normativo è mutato, e per il tramite del più volte citato art. 63 della direttiva 2014/24/UE, esso oggi pacificamente impone che il soggetto avvalso che nelle more del procedimento di gara o durante l'esecuzione del contratto perda i requisiti, venga sostituito.

Dunque non v'è più motivo per discorrere, in relazione a tale peculiare fattispecie, di necessaria "continuità" nel possesso dei requisiti del concorrente che si avvale dell'apporto claudicante di terzi, a pena di esclusione.

La sostituzione è appunto lo strumento nuovo e alternativo che, alla luce del principio di proporzionalità, consente quella continuità predicata dall'Adunanza Plenaria nel 2015, in tutti i casi in cui il concorrente si avvalga dell'ausilio di operatore terzi. Trattasi di un "istituto del tutto innovativo", secondo la definizione datane dal Consiglio Stato (sez. III, n. 5359 del 2015) e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (C-223/16 del 14 settembre 2017, Casertana costruzioni s.r.l.).

Esso restituisce al soggetto avvalso la sua vera natura di soggetto che presta i requisiti al concorrente, senza partecipare alla compagine e all'offerta da questa formulata e risponde all'esigenza, stimata superiore, di evitare l'esclusione del concorrente, singolo o associato, per ragioni a lui non direttamente riconducibili o imputabili. Esigenza quest'ultima evidentemente strumentale a stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può contare sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti o perda i requisiti prescritti, potrà procedere alla sua sostituzione senza il rischio di essere, solo per questa circostanza, estromesso automaticamente dalla procedura selettiva (Cons. Stato, sez. V, n. 69 del 2019; id. n. 2527 del 2018; n. 1101 del 2018).

Di tale mutato quadro ha dato di recente atto l'ordinanza 20 marzo 2020, n. 2005, con la quale la terza sezione del Consiglio di Stato ha adito in via pregiudiziale la Corte di Giustizia dell'Unione europea proprio in relazione al meccanismo sostitutivo contemplato dall'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, sostenendone la necessaria estensione, a termini del diritto dell'unione, a tutte le fattispecie di esclusione, a prescindere dai motivi (attualmente l'art. 89, comma 3, e la giurisprudenza escludono pacificamente che la sostituzione possa avvenire nel caso di dichiarazioni mendaci.

- *Sostituzione, in caso di Rti, dell'impresa fallita o comunque assoggettata ad altra procedura concorsuale con un'altra impresa, esterna all'originario raggruppamento di imprese.*

L'Adunanza Plenaria (alla quale la questione era stata rimessa dal Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana con sentenza non definitiva 20 gennaio 2021, n.

37), con sentenza 27 maggio 2021, n. 10 ha affermato che l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, d.lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti, nella fase di gara, e solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione o, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese, a meno che – per questa ultima ipotesi e in coerenza con quanto prevede, parallelamente, il comma 19 per il recesso di una o più imprese raggruppate – queste esigenze non siano finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara; l'evento che conduce alla sostituzione meramente interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità proceduralizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara o la prosecuzione del rapporto contrattuale. Il C.g.a. ha sottoposto all'Alto Consesso le questioni: a) se le disposizioni normative di cui all'art. 48, commi 17 e 19-ter, d.lgs. n. 50 del 2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire, in fase di gara, la sostituzione della mandataria dichiarata fallita successivamente alla presentazione dell'offerta con un altro operatore economico subentrante ovvero se ne sia possibile soltanto la mera estromissione e, in questo caso, se l'esclusione dell'associazione temporanea di imprese dalla gara possa essere evitata unicamente qualora le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione; b) i tempi e le modalità per introdurre nel procedimento di gara l'estromissione della mandataria e la sostituzione della stessa e, in particolare: b.1) se l'impresa mandante (o le imprese mandanti) possano chiedere di essere ammesse a sostituire la mandataria fin quando non intervenga comunicazione, da parte della amministrazione procedente, di apposito interpello ovvero del provvedimento di esclusione; b.2) se sia comunque consentito, nell'ipotesi di intervenuta conoscenza *aliunde* della vicenda che ha colpito la mandataria, proporre la sostituzione nel corso della gara ed anteriormente all'adozione dei citati atti da parte dell'amministrazione procedente. Ha chiarito l'Adunanza plenaria che la questione rimessa concerne la sostituibilità, all'interno di un raggruppamento di imprese, dell'impresa fallita o comunque assoggettata ad altra procedura concorsuale con un'altra impresa, esterna all'originario raggruppamento di imprese (c.d. sostituzione per addizione). Ha ricordato che il principio regolatore della materia, la tendenziale immodificabilità soggettiva dell'operatore economico partecipante alla gara in forma di raggruppamento temporaneo di imprese, è sancito in modo espresso dall'art. 48, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, il quale prescrive che, salve le eccezioni previste al comma 17, per la manda-

taria, e al comma 18, per una delle mandanti, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, pena l'annullamento dell'aggiudicazione e la nullità del conseguente contratto stipulato con il soggetto illegittimamente modificato.

Il c.d. correttivo al codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 57 del 2016, ha in parte ritoccato la disciplina originaria dell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici, estendendo le originarie eccezioni consentite dai commi 17 e 18, con riferimento al fallimento e alle altre ipotesi di procedure concorsuali (in quanto la sottoposizione ad esse costituisce causa di esclusione ai sensi dall'art. 80, comma 5, lett. b), del Codice), anche alla fase di gara; permettendo, altresì, la modifica soggettiva del raggruppamento, nella sola fase dell'esecuzione, anche per la perdita di uno degli altri requisiti dell'art. 80 in capo ad uno dei componenti; vietando, infine e comunque, il recesso di uno dei componenti per ragioni di mera riorganizzazione interna al raggruppamento, laddove queste ragioni siano in realtà finalizzate a colmare l'assenza dei requisiti partecipativi.

Secondo il comma 19-*ter* dell'art. 48 del Codice dei contratti, infine, le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara.

La questione posta dal Consiglio di Giustizia attiene, specificamente, proprio all'estensione, ora introdotta dal comma 19-*ter*, di queste modifiche soggettive, in origine consentite dai commi 17 e 18 solo alla fase dell'esecuzione, anche alla fase di gara, con l'invocata possibilità di effettuare la sostituzione della mandataria – o della mandante – anche con un soggetto esterno al raggruppamento.

Le disposizioni appena menzionate, che consentono nella fase dell'esecuzione del contratto la modificabilità soggettiva del raggruppamento solo in tassative, eccezionali, ipotesi, ora estese anche alla fase pubblicitaria di gara, rispondono ad una duplice esigenza, fortemente avvertita sia a livello nazionale che, come si dirà, a livello europeo, di evitare, da un lato, che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto, del quale non abbia potuto verificare i requisiti, generali o speciali, di partecipazione, in conseguenza di modifiche della composizione del raggruppamento avvenute nel corso della procedura ad evidenza pubblica o nella fase esecutiva del contratto, e dall'altro all'esigenza di tutelare la par condicio dei partecipanti alla gara con modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento “calibrate” sull'evoluzione della gara o sull'andamento del rapporto contrattuale.

In questa prospettiva l'aggiunta di soggetti esterni all'originaria composizione del raggruppamento, che ha presentato la propria offerta con una determinata composizione soggettiva, costituisce un *vulnus* non solo al fondamentale interesse pubblico alla trasparenza e, dunque, al buon andamento della pubblica amministrazione, dovendo l'*iter* della gara svolgersi secondo determinate e non alterabili – salvo deroghe espressamente consentite – scansioni procedurali che consentano la previa verifica dei requisiti in capo ai concorrenti che hanno presentato le offerte e, poi, la valutazione delle offerte nell'interesse pubblico all'aggiudicazione al miglior offerente, ma anche un *vulnus* al principio

di parità di trattamento tra le imprese interessate all'aggiudicazione e, dunque, al valore primario della concorrenza nel suo corretto esplicarsi.

Le uniche modifiche consentite dal legislatore sono quelle interne allo stesso raggruppamento, con una diversa distribuzione di ruoli e compiti tra mandanti e mandataria, secondo la disciplina dei richiamati commi 17 e 18, in ragione di eventi imprevedibili tassativamente definiti del legislatore, che abbiano colpito taluno degli originari componenti, eventi che costituiscono all'evidenza eccezioni, di stretta interpretazione, al principio di immutabilità soggettiva.

Nella sola fase dell'esecuzione, peraltro, il legislatore, dopo la riforma apportata dall'art. 32, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 56 del 2017, ha previsto che anche il venir meno di uno dei requisiti di partecipazione, di cui all'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, in capo ad uno dei componenti – non essendo tale ipotesi applicabile alla fase di gara (v., sul punto, Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833; id. 27 agosto 2020, n. 5255 nonché l'Anac nella delibera n. 555 del 12 giugno 2011 su istanza di parere precontenzioso ai sensi dell'art. 211, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016) – possa giustificare la modifica soggettiva, ma sempre e solo interna al raggruppamento perché, diversamente, la fase dell'esecuzione presterebbe il fianco ex post all'aggiramento delle regole della trasparenza e della concorrenza, che presiedono alla fase della scelta del contraente, con l'inserzione postuma di soggetti esterni che nemmeno hanno preso parte alla gara e si troverebbero ad essere contraenti della pubblica amministrazione.

La deroga all'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento, tale da evitare in fase esecutiva la riapertura dell'appalto alla concorrenza e, dunque, l'indizione di una nuova gara, è solo quella dovuta, in detta fase, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'aggiunta di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara (o, addirittura, che vi abbiano partecipato e ne siano stati esclusi), ciò che contraddirebbe la stessa ratio della deroga, dovuta a vicende imprevedibili che si manifestino in sede esecutiva e colpiscano i componenti del raggruppamento, tuttavia senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente, con una diversa distribuzione di diversi compiti e ruoli (tra mandante e mandataria o tra i soli mandanti), in modo da garantire l'esecuzione dell'appalto anche prescindendo dall'apporto del componente del raggruppamento ormai impossibilitato ad eseguire le prestazioni o, addirittura, non più esistente nel mondo giuridico (perché, ad esempio, incorporato od estinto).

È chiaro che la modifica sostitutiva c.d. per addizione costituisce ex se una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza, in violazione di quanto prevede attualmente l'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, d.lgs. n. 50 del 2016, più in generale, per la sostituzione dell'iniziale aggiudicatario.

Le stesse regole impongono *a fortiori*, per cogenza logica, che nella stessa procedura di gara il soggetto che ha preso parte alla gara, presentando l'offerta, non sia diverso da quello che viene valutato dalla stazione appaltante e, infine, si aggiudica la gara, non essendo ammissibile, evidentemente, che proprio la fase pubblicistica, deputata alla

scelta del miglior offerente, sia quella in cui attraverso la modifica soggettiva e l'addizione di un soggetto esterno alla gara si aggiri il principio della concorrenza e si ammetta in corso di gara un soggetto diverso da quello che ha presentato l'offerta.

La stessa Adunanza, con la sentenza n. 8 del 4 maggio 2012, ha già chiarito da tempo che il principio di immodificabilità soggettiva persegue lo scopo di consentire alla stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, di conseguenza, “precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari” ovvero che “tale verifica venga vanificata”, sicché le uniche modifiche soggettive elusive del dettato normativo sono quelle che portano all'aggiunta delle imprese partecipanti, non già alla loro riduzione (c.d. modifica per sottrazione) o al recesso di una partecipante, laddove, però, la modifica della compagine in senso riduttivo avvenga per esigenze proprie del raggruppamento o del consorzio, non già per evitare la sanzione dell'esclusione dalla procedura di gara per difetto dei requisiti in capo ad un componente.

L'Adunanza plenaria, prima ancora del codice attuale, ha dunque dato una lettura funzionale del principio di immodificabilità nel senso di non precludere la modifica soggettiva in assoluto, ammettendola laddove questa operi in riduzione, anziché in aggiunta o in sostituzione, e quindi solo internamente e senza innesti dall'esterno del raggruppamento, e comunque sempre che non sia finalizzata ad eludere i controlli in ordine al possesso dei requisiti.

Se questa è l'impostazione di partenza, con la duplice declinazione del principio appena ricordata (nella prospettiva sia della stazione appaltante che degli altri concorrenti), si tratta in questo giudizio di interrogarsi se per effetto del combinato disposto dei commi 17, 18, 19 e 19-ter dell'art. 48 debba ritenersi ammessa, dal legislatore nazionale, nelle ipotesi ivi contemplate, una modifica soggettiva di tipo anche additivo e, quindi, in aumento, nella fase dell'esecuzione come in quella della gara.

Da una lettura testuale del combinato disposto – specialmente laddove al comma 18 utilizza la formula “altro operatore economico subentrante” – si potrebbe ritenere ad una prima lettura che in effetti il legislatore si sia mosso in tale direzione, privilegiando la continuità ovvero la prosecuzione del rapporto contrattuale come anche della partecipazione alla procedura di gara, e in nome di questa continuità consenta ora, come afferma il giudice rimettente, la modifica del raggruppamento anche per addizione.

Eppure, in un intervento più recente, extracodicistico (con l'art. 5, comma 4, d.l. n. 76 del 2020, convertito, con modificazioni, in l. n. 220 del 2020), peraltro di natura dichiaratamente emergenziale e, quindi, almeno nelle intenzioni volto ad assicurare ancora di più (del codice) la sollecita esecuzione dei contratti pubblici, sempre il legislatore è sembrato invece circoscrivere l'orizzonte della modifica limitando l'avvicendamento solo (se realizzato) “con altra impresa del raggruppamento designato”.

E se questo ha ritenuto di fare (o riaffermare) nella fase dell'esecuzione, a maggior ragione parrebbe logico doversi escludere che abbia voluto ammettere una modifica additiva nella fase della gara, dove il profilo del rispetto della concorrenza è più acuto.

La procedura di gara assume il carattere di strumento di scelta non solo dell'offerta migliore, ma anche del contraente più affidabile, come è stato acutamente notato in dottrina, e il principio di tendenziale immodificabilità soggettiva risponde ad esigenze di sicurezza giuridica per la stazione appaltante, durante l'*iter* di formazione e di esecuzione del contratto, oltre che al principio di concorrenza, di sicuro rilievo europeo, garantendosi così il primato giuridico della gara, la massima partecipazione, il principio di personalità del contratto, quale "specchio fedele" della gara stessa, come si è detto, e della sua tendenziale incedibilità, ammessa solo a determinate condizioni dalla legge (v., più in generale, il già richiamato art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, d.lgs. n. 50 del 2016). Le deroghe, tassativamente previste, devono trovare un solido fondamento normativo, a livello europeo e nazionale, e rispondere anzitutto, seppur non solo, ad un preciso interesse pubblico (come è ad esempio e tradizionalmente, nella fase esecutiva, per la prosecuzione del rapporto contrattuale già avviato), che giustifichi la deroga alla riapertura dell'appalto alla concorrenza per il venir meno della identità giuridica tra il soggetto che ha formulato la proposta, il soggetto che si aggiudica la gara e il soggetto che esegue il contratto.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, dunque, è ferma nell'escludere la modifica del raggruppamento con l'aggiunta di un soggetto esterno, essendo consentita in sede di gara, per tutte le ragioni vedute, solo quella c.d. per sottrazione per ragioni riorganizzative tutte interne allo stesso raggruppamento e ora eccezionalmente, per la sola fase esecutiva, anche per il venir meno, eventualmente, di uno dei requisiti di cui all'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 in capo ad una delle imprese partecipanti.

La sostituzione esterna non è consentita né per la figura della mandataria né per quella della mandante e, in senso contrario, non assume alcun rilievo sul piano letterale né deve trarre in errore la diversa formulazione del comma 17 al rispetto al comma 18 dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici, perché il riferimento del comma 18 all'operatore economico "subentrante" non allude certo all'ingresso nel raggruppamento di soggetto esterno, ma semplicemente alla struttura stessa del raggruppamento, che presuppone una pluralità di mandanti, e al subentro, appunto, di un mandante in possesso dei prescritti requisiti di idoneità ad altro mandante, salvo l'obbligo, per il mandatario, di eseguire direttamente le prestazioni, direttamente o a mezzo degli "altri mandanti", purché abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori e ai servizi o fornitura "ancora da eseguire".

La disposizione del comma 18 correttamente interpretata intende disciplinare la prosecuzione del rapporto contrattuale tra la stazione appaltante e i rimanenti soggetti del raggruppamento, mandatario e mandanti, non certo – e quasi surrettiziamente – introdurre *ab externo* un terzo soggetto mandante nell'esecuzione di un rapporto contrattuale tra l'originario raggruppamento aggiudicatario e la stazione appaltante. La stessa conclusione vale *a fortiori* per il comma 17, in rapporto alla figura della mandataria, centrale nell'esecuzione dell'appalto (v., su questo punto, Corte cost. 7 maggio 2020, n. 85), essendo necessario costituire un nuovo rapporto di mandato, ai sensi dei commi 12 e 13 del medesimo art. 48, nella "prosecuzione del rapporto" tra i medesimi soggetti, esclusa,

appunto, la mandataria colpita dall'evento ostativo, da sostituirsi con uno dei mandanti, purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. Altrimenti, non sussistendo tali condizioni, così come ancora prevede l'ultimo periodo del comma 17 novellato dal d.lgs. n. 56 del 2017, la "stazione appaltante deve recedere dal contratto".

Disposizione ancora più rigorosa, va solo qui ricordato a fini sistematici, è quella dell'art. 95, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011, prevista dalla normativa antimafia, che consente la sostituzione interna della sola impresa mandante, eventualmente colpita da provvedimento interdittivo antimafia ed estromessa anteriormente alla stipulazione del contratto, e non della mandataria, proprio a cagione del suo essenziale ruolo nell'esecuzione della commessa, con la conseguente esclusione, in questa ultima ipotesi, dell'intero raggruppamento della gara senza possibilità di estromissione/sostituzione interna. Le disposizioni dell'art. 48, d.lgs. n. 50 del 2016 non intendono certo "sanzionare" gli altri incolpevoli partecipanti al raggruppamento, che non abbiano alcuna responsabilità nell'evento che ha colpito la mandataria o la mandante, né avvilire il principio dell'iniziativa economica, sancito dall'art. 41 Cost., con l'esclusione del raggruppamento al quale viene impedito di ricorrere ad una sostituzione aggiuntiva, mediante l'inserzione di un soggetto nuovo, ma semplicemente regolare la prosecuzione del rapporto contrattuale o – in forza di quanto prevede ora il comma 19-ter – anche della gara con il raggruppamento in cui un'impresa partecipante, mandataria o mandante, sia stata raggiunta da un evento eccezionale, che impedisce la sua partecipazione alla fase della gara o all'esecuzione del contratto. È semmai l'aggiunta di un soggetto esterno all'originario raggruppamento a ledere non solo l'interesse pubblico al corretto svolgimento della gara e alla trasparenza nell'esecuzione del contratto aggiudicato al contraente più affidabile, ma anche lo stesso interesse alla concorrenza, tutelato dall'art. 41 Cost., degli altri partecipanti alla gara, che devono concorrere a parità di condizioni con soggetti che, tendenzialmente, abbiano preso parte a tutte le sue fasi a tutela della trasparenza e, insieme, della concorrenza stessa. Rispetto a questi interessi, ben delineati dalla Corte di Giustizia nella propria giurisprudenza e dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 85 del 2020, l'interesse del raggruppamento è senz'altro recessivo e non può prevalere per un malinteso senso della concorrenza che, paradossalmente, produrrebbe effetti anticoncorrenziali a livello più generale.

- Modifica soggettiva del Rti, in fase di gara, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 da parte del mandatario o di una delle mandanti.

Con ordinanza 18 ottobre 2021, n. 6959 la sez. V ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione se sia possibile interpretare l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 dello stesso Codice dei contratti da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara; in caso di risposta positiva alla prima do-

manda va precisata la modalità procedimentale con la quale detta modifica possa avvenire, se, cioè, la stazione appaltante sia tenuta, anche in questo caso, ed anche qualora abbia già negato la autorizzazione al recesso che sia stata richiesta dal raggruppamento per restare in gara avendo ritenuto intervenuta la perdita di un requisito professionale, ad interpellare il raggruppamento, assegnando congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere la propria partecipazione alla gara.

Ha chiarito la Sezione che nella sentenza dell'Adunanza plenaria 27 maggio 2021, n. 10, la modificabilità del raggruppamento per la perdita di requisiti di cui all'art. 80 del Codice dei contratti in capo alla mandataria o ad una delle mandanti in fase di gara è detta non ammissibile incidentalmente, nel corso, cioè, della trattazione dedicata alla questione centrale della quale l'Adunanza plenaria era stata investita dal giudice rimettente, e dunque, senza che siano stati spesi argomenti a supporto di tale conclusione, (se non il mero richiamo alle sentenze della Quinta sezione alla delibera dell'Anac), né tantomeno messi a confronto gli opposti orientamenti.

Ha aggiunto che l'interpretazione delle disposizioni rilevanti è sicuramente connotata da alto livello di problematicità in quanto: il dato letterale, a ben riflettere, non pare decisivo per ricavare la regola della fattispecie: l'inciso "in corso di esecuzione" riferito al caso di perdita dei requisiti di partecipazione, senza che lo si dica inutile o superfluo come fatto dal giudice di primo grado, od anche illogico, potrebbe essere stato avvertito dal legislatore come precisazione necessaria per evitare il possibile dubbio interpretativo che il richiamo ai "requisiti di cui all'art. 80" vale a dire a quei requisiti – e a quell'articolo del Codice – la cui verifica si compie in fase procedurale avrebbe potuto far sorgere circa l'effettivo ambito applicativo della disposizione.

Si aggiunga che risponde a logica l'argomento per il quale se il legislatore, introducendo il comma 19 – ter all'interno dell'art. 48 del Codice, avesse voluto far eccezione alla deroga e ripristinare il principio di immodificabilità del raggruppamento in caso di perdita dei requisiti generali di cui all'art. 80 del codice in fase di gara, la via maestra sarebbe stata quella di operare la distinzione all'interno dello stesso comma 19 – ter, senza dar vita ad un arzigogolo interpretativo; rinviando alle "modifiche soggettive" contemplate dai commi 17, 18 e 19, invero, la norma pianamente dice suscettibili di portare alla modifica del raggruppamento in fase di gara tutte le sopravvenienze ivi previste, compresa la perdita dei requisiti generali.

Ad ogni modo non si può negare che occorra superare in sede interpretativa una distonia e contraddizione tra le norme che sembra ricorrere su di un duplice piano:

sul piano interno, poiché non può negarsi che, a voler seguire una certa interpretazione tra le due possibili, si finisce coll'ammettere la modifica soggettiva del raggruppamento in corso di gara in caso di impresa sottoposta a procedura concorsuale o raggiunta da interdittiva antimafia e non invece nel caso in cui la stessa abbia perduto qualcuno dei requisiti generali di partecipazione: vero che ciascuna vicenda ha la sua peculiarità, ma resta il fatto che la permanenza in gara o l'esclusione di un operatore economico dipende da situazioni che tutte possono essere ricondotte *quoad effectum* (e, dunque unitariamente

assunte in sede di interpretazione del dato normativo) alla perdita dell'integrità dell'operatore economico per la sua condotta professionale (es. il mancato versamento di contributi previdenziali o il mancato pagamento dei tributi, ma anche il dubbio circa l'idoneità morale conseguente all'adozione di uno dei provvedimenti della normativa antimafia) o alla perdita dell'affidabilità circa la sua capacità di eseguire le prestazioni oggetto del contratto in affidamento (i pregressi inadempimenti, specialmente se intervenuti con la stessa stazione appaltante, ma anche lo stato di decozione comportante l'assoggettamento alla procedura concorsuale), e delle quali indubbiamente quelle che consentono la modifica soggettiva risultano per più versi maggiormente allarmanti per l'interesse pubblico delle altre per le quali si viole escluso.

Sempre sul piano interno, perché è consentita la modifica soggettiva del raggruppamento anche in caso di perdita dei requisiti di partecipazione *ex* art. 80 in fase di esecuzione, quand'ormai la stazione appaltante ha ben poche possibilità di vagliare l'affidabilità del raggruppamento per come riorganizzatosi al venir meno di un suo componente, con ogni possibile incertezza sulla residua capacità di esecuzione, e non in fase di gara quando è ancora in tempo ad effettuare ogni verifica sui rimanenti componenti.

Sul piano esterno, perché se è vero che la deroga al principio di immodificabilità dei raggruppamenti per sopravvenuto assoggettamento a procedura concorsuale di un soggetto aggregato o per adozione nei suoi confronti di una misura prevista dalla normativa antimafia evita che le vicende dell'uno possano ripercuotersi su tutti gli altri, in situazioni in cui non sia incisa la capacità complessiva dello stesso raggruppamento che, riorganizzatosi al suo interno, si ancora in grado di garantire l'esecuzione dell'appalto (da ultimo, così è spiegata la deroga proprio dall'Adunanza plenaria n. 10 del 2021, al par. 25) – a sua volta eliminando quelle giustificate preoccupazioni (di non poter aggiudicarsi e concludere l'esecuzione dell'appalto per colpa di uno degli associati) dell'impresa con la finalità di favorire le aggregazioni di imprese, e, in ultima analisi, ampliare il campo degli operatori economici che possono aspirare all'aggiudicazione di pubbliche commesse – è fuor di dubbio, seguendo questa via di ragionamento, queste stesse ragioni possano condurre a dire giustificata la deroga all'immodificabilità del raggruppamento per la perdita dei requisiti generali di partecipazione e, specularmente, a dire non giustificato un diverso trattamento di detta vicenda.

Quanto sopra è tanto più vero ove si consideri che nessuna delle ragioni che sorreggono il principio di immodificabilità della composizione del raggruppamento varrebbero a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisiti di partecipazione *ex* art. 80 in sede di gara: non la necessità di evitare che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale non abbia potuto verificare i requisiti, generali o speciali di partecipazione in quanto, una volta escluso dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione, tale evenienza non potrà giammai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento, né la tutela della par condicio dei partecipanti alla procedura di gara, che è violato solo se all'uno è consentito quel che all'altro è negato, ma qui tutti sono trattati allo stesso modo

perché possono alle stesse condizioni pervenire all'aggiudicazione della procedura di gara, ossia a condizione che sia garantito l'integrale e continuativo possesso dei requisiti di partecipazione a partire dalla presentazione della domanda e fino all'esecuzione del contratto, situazione che, a ben vedere, ricorre sempre, quale che sia la ragione per la quale uno dei componenti del raggruppamento viene meno se gli altri sono in grado di garantire con i loro requisiti la corretta esecuzione del contratto.

Infine, valga la seguente riflessione: per quanto detto in precedenza, se vietare la modifica soggettiva al raggruppamento del quale uno dei componenti sia incorso in perdita dei requisiti di partecipazione in fase di gara, ma che sia comunque capace di eseguire il contratto in affidamento, non apporta alcun vantaggio alla stazione appaltante per la quale, rispettata quest'ultima condizione, quale che sia il numero dei componenti il raggruppamento, resta comprovata l'affidabilità dell'operatore, innegabile, invece, è il vantaggio per le imprese che, da un lato, hanno la necessità di raggrupparsi per poter competere in taluni segmenti di mercato, e dall'altro, subirebbero ingiustamente effetti negativi di altrui condotte che non hanno in alcun modo potuto evitare.

La questione è stata risolta dall'Adunanza plenaria con la sentenza 25 gennaio 2022, n. 2 affermando il principio secondo cui "la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice".

21.8. Requisiti di partecipazione.

- Affitto d'azienda di Rti che ha presentato offerta in gara.

La sentenza 22 luglio 2021, n. 5517 della sez. III ha affermato che la regola del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara trova applicazione anche nell'ipotesi in cui, successivamente alla presentazione dell'offerta, sia intervenuto il contratto di affitto, con la conseguente legittimità della verifica del possesso dei requisiti generali di partecipazione anche soggettivi in capo alla affittuaria delle aziende di un Raggruppamento temporaneo di imprese che ha presentato offerta in gara.

Ha chiarito la Sezione che l'affitto d'azienda, alla stessa stregua della cessione, mette l'affittuario/cessionario in condizione di potersi giovare dei requisiti e delle referenze in relazione al compendio aziendale; l'atto di cessione di azienda abilita la società subentrante, previa verifica dei contenuti effettivamente traslativi del contratto di cessione, ad utilizzare i requisiti maturati dalla cedente, atteso che sono certamente riconducibili al patrimonio della società o dell'imprenditore cessionari.

I requisiti posseduti dal soggetto cedente devono considerarsi compresi nella cessione in quanto strettamente connessi all'attività propria del ramo o dell'azienda ceduta (Cons. Stato, sez. III, 17 marzo 2017, n. 1212). In caso di subentro di una società ad altra a seguito di affitto di azienda opera la presunzione di continuità in quanto sia pure mediante percezione del canone per la durata dell'affitto, il locatore si giova dei risultati

economici dell'azienda conseguiti dalla successiva gestione e l'affittuario a sua volta si giova delle referenze del complesso aziendale acquisito (Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2017, n. 4045).

Come affermato dalla Adunanza Plenaria n. 10 del 4 maggio 2012, la continuità dell'attività imprenditoriale ben può verificarsi in ipotesi di cessione di azienda o di ramo di azienda a titolo particolare, consistente nel passaggio all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia.

Il cessionario, così come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze sullo stesso piano delle eventuali responsabilità del cedente.

Pertanto, senza alcun dubbio, la regola del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara trova applicazione anche nell'ipotesi in cui, successivamente alla presentazione dell'offerta, sia intervenuto il contratto di affitto.

21.9. Subappalto.

- Subappalto e contratti a lavoratori autonomi.

La sez. V, con sentenza 31 maggio 2021, n. 4150 ha affermato che l'art. 105, comma 3, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016 non può essere configurato come una norma derogatoria del subappalto posto che la disposizione muove dalla considerazione della specificità di determinate categorie di forniture e di servizi e, sulla base della natura peculiare di dette prestazioni e della diversità del regolamento contrattuale in termini di rapporti tra le parti del contratto e con l'amministrazione appaltante, giunge alla conclusione che i contratti con i quali vengono affidate a lavoratori autonomi specifiche attività rientranti nell'appalto non sono contratti di subappalto; ne deriva che la disciplina in tema di subappalto non è immediatamente estendibile, se non si dimostri che il contratto di lavoro autonomo costituisca solo uno schermo per il contratto di subappalto.

Ha chiarito la Sezione che nell'interpretazione dell'art. 105, comma 3, lett. a), del Codice dei contratti pubblici (secondo cui "non si configurano come attività affidate in subappalto [...] l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante") occorre muovere dalla premessa che le prestazioni oggetto di siffatti contratti sono rivolte a favore dell'operatore economico affidatario del contratto di appalto con il soggetto pubblico e non invece direttamente a favore di quest'ultimo, come avviene nel caso del subappalto.

L'impostazione del problema in termini di deroga rispetto alla disciplina del subappalto della norma sull'impiego di lavoratori autonomi (così come nell'ipotesi della utilizzazione di prestazioni rese sulla base dei contratti continuativi di cooperazione: lett. c-bis) del medesimo art. 105, comma 3), non tiene conto della differenza specifica che intercorre tra i due tipi di contratti, che emerge anche dalle norme sopra richiamate. L'art. 105, comma 3, cit., non può essere configurato come una norma derogatoria del subappalto posto che essa muove dalla considerazione della specificità di determinate categorie di forniture e di servizi e, sulla base della natura peculiare di dette prestazioni e della

diversità del regolamento contrattuale in termini di rapporti tra le parti del contratto e con l'amministrazione appaltante, giunge alla conclusione che i contratti con i quali vengono affidate a lavoratori autonomi specifiche attività rientranti nell'appalto non sono contratti di subappalto (l'*incipit* dell'art. 105, comma 3, cit. fornisce un'univoca indicazione testuale in tal senso: "Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto [...]"). La norma in questione pertanto delimita i confini rispetto alla nozione di subappalto applicabile nella disciplina sui contratti pubblici, ma non è una norma derogatoria del regime sul subappalto (né di natura eccezionale).

La distinzione tra le due figure contrattuali (subappalto e lavoro autonomo) si fonda non solo, come si è veduto, sulla specificità delle prestazioni, ma anche sulla diversità degli effetti giuridici dei due tipi di contratto. Le prestazioni alla base dei due contratti sono infatti dirette a destinatari diversi: nel caso del subappalto, il subappaltatore esegue direttamente parte delle prestazioni del contratto stipulato con l'amministrazione, sostituendosi all'affidatario; nell'altro caso, le prestazioni sono rese in favore dell'aggiudicatario che le riceve, inserendole nell'organizzazione di impresa necessaria per adempiere alle obbligazioni contrattuali e le riutilizza inglobandole nella prestazione resa all'amministrazione appaltante. Nel subappalto vi è un'alterità anche sul piano organizzativo, tra appaltatore e subappaltatore, poiché la parte di prestazione contrattuale è affidata dall'appaltatore a un terzo che la realizza direttamente attraverso la propria organizzazione; mentre nel contratto di cooperazione la prestazione resa è inserita all'interno dell'organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore. I due contratti sono quindi diversi quantomeno sul piano funzionale.

Ne deriva che la disciplina in tema di subappalto non è immediatamente estendibile, se non si dimostri che il contratto di lavoro autonomo costituisca solo uno schermo per il contratto di subappalto (il che, nella concreta fattispecie, non risulta).

- Differenza tra subappalto e contratti continuativi di cooperazione.

La sez. V, con sentenza 12 aprile 2021, n. 2962 ha affermato che le prestazioni oggetto dei contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sono rivolte a favore dell'operatore economico affidatario del contratto di appalto con il soggetto pubblico e non invece direttamente a favore di quest'ultimo come avviene nel caso del subappalto rese in favore dei soggetti affidatari.

Ha chiarito la Sezione che nell'interpretazione dell'art. 105, comma 3, lett. *c-bis*, del Codice dei contratti (secondo cui "non si configurano come attività affidate in subappalto [...] le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto") si è affermato in giurisprudenza che le prestazioni oggetto di siffatti contratti sono rivolte a favore dell'operatore economico affidatario del contratto di appalto con il soggetto pubblico e non invece direttamente a favore di quest'ultimo come avviene nel caso del subappalto (Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2018, n. 7256; id. 22 aprile 2020, n. 2553).

È stato altresì affermato che “l’istituto *de quo*, proprio perché si configura come derogatorio rispetto alla generale disciplina del subappalto, è evidentemente ancorato ai medesimi presupposti applicativi, a cominciare dalla determinazione contenutistica della prestazione eseguibile mediante il ricorso all’impresa ‘convenzionata’” (Cons. Stato, sez. III, 18 luglio 2019, n. 5068). In questa prospettiva il difetto di qualsiasi elemento della fattispecie descritta all’art. 105, comma 3, lett. c-bis), comporterebbe l’applicazione integrale della disciplina sul subappalto; e in particolare di quanto previsto dall’art. 105, comma 4, lett. c) (secondo cui “i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché (...) all’atto dell’offerta siano stato indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare”).

Tuttavia l’impostazione del problema in termini di deroga della norma sui contratti continuativi di cooperazione rispetto alla disciplina del subappalto non tiene conto della differenza specifica che intercorre tra i due tipi di contratti, che emerge anche dalle norme sopra richiamate. L’art. 105, comma 3, cit., non può essere configurato come una norma derogatoria del subappalto posto che essa muove dalla considerazione della specificità di determinate categorie di forniture e di servizi e, sulla base della natura peculiare di dette prestazioni (e della diversità del regolamento contrattuale in termini di rapporti tra le parti del contratto e di rapporti con l’amministrazione appaltante), giunge alla conclusione che i contratti continuativi di cooperazione non sono contratti di subappalto (l’incipit dell’art. 105, comma 3, cit. fornisce un’univoca indicazione testuale in tal senso: “Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto [...]”). La norma sui contratti di cooperazione delimita i confini rispetto alla nozione di subappalto applicabile nella disciplina sui contratti pubblici ma non è una norma derogatoria del regime sul subappalto (né di natura eccezionale).

La distinzione tra le due figure contrattuali, come ben rilevato anche dalla giurisprudenza sopra richiamata, si fonda non solo, come si è veduto, sulla specificità delle prestazioni, ma anche sulla diversità degli effetti giuridici dei due tipi di contratto. Le prestazioni alla base dei due contratti sono infatti dirette a destinatari diversi: nel caso del subappalto, il subappaltatore esegue direttamente parte delle prestazioni del contratto stipulato con l’amministrazione, sostituendosi all’affidatario; nell’altro caso, le prestazioni sono rese in favore dell’aggiudicatario che le riceve, inserendole nell’organizzazione di impresa necessaria per adempiere alle obbligazioni contrattuali e le riutilizza inglobandole nella prestazione resa all’amministrazione appaltante. Nel subappalto vi è un’alterità anche sul piano organizzativo, tra appaltatore e subappaltatore, poiché la parte di prestazione contrattuale è affidata dall’appaltatore a un terzo che la realizza direttamente attraverso la propria organizzazione; mentre nel contratto di cooperazione la prestazione resa è inserita all’interno dell’organizzazione imprenditoriale dell’appaltatore. I due contratti sono quindi diversi quantomeno sul piano funzionale.

La disciplina in tema di subappalto non è quindi immediatamente estendibile, se non si dimostri che il contratto continuativo di cooperazione costituisca solo uno schermo per il contratto di subappalto. In particolare, detta disciplina non è automaticamente applicabile nel caso in cui il contratto di cooperazione sia stato stipulato dopo l'indizione della gara (purché prima della stipula del contratto d'appalto), elemento introdotto per evidenti finalità antielusive della disciplina del subappalto, ma che non incide sulla natura del contratto e delle prestazioni.

Pertanto, per quel che rileva nel caso di specie, ferma la diversità funzionale tra i due contratti, non si giustifica l'applicazione della norma che impone all'operatore economico di dichiarare all'atto dell'offerta le parti dei lavori, dei servizi o delle forniture che intende subappaltare (art. 105, comma 4). Per un verso, infatti, proprio per la diversa natura giuridica dei due rapporti, l'operazione ermeneutica si tradurrebbe in un'inammissibile estensione analogica della norma sul subappalto. Per altro verso, finirebbe per l'integrare una causa di esclusione dalla procedura di gara non prevista dalla legge e quindi in contrasto col principio di tassatività cristallizzato nell'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici.

21.10. Avvalimento.

- *Differenza tra avvalimento c.d. "operativo" e avvalimento c.d. "di garanzia"*

Con sentenza 7 ottobre 2021, n. 6711 la sez. IV ha chiarito che l'avvalimento di garanzia non richiede di essere riferito a beni capitali descritti e individuati con precisione, mirando esclusivamente ad asseverare (mediante il formale impegno dell'ausiliaria di messa a disposizione della propria solidità finanziaria e professionale) la generale capacità dell'offerente di onorare gli obblighi contrattuali, di contro quello operativo impone l'individuazione specifica dei mezzi, giacché concerne (*rectius*, condiziona) la stessa esecuzione della prestazione.

Ha ricordato la Sezione che la giurisprudenza prevalente, invero, l'avvalimento di garanzia concerne requisiti inerenti alla complessiva capacità economica e finanziaria dell'offerente e, come tale, mira a assicurare la stazione appaltante circa l'idoneità soggettiva dell'offerente a far fronte alle obbligazioni derivanti dal contratto. Viceversa, l'avvalimento operativo riguarda le risorse materiali in concreto necessarie per eseguire il contratto: inerisce, dunque, alla stessa possibilità oggettiva e, per così dire, "fisica" di eseguire la prestazione. Ne consegue che mentre l'avvalimento di garanzia non richiede di essere riferito a beni capitali descritti e individuati con precisione, mirando esclusivamente ad asseverare (mediante il formale impegno dell'ausiliaria di messa a disposizione della propria solidità finanziaria e professionale) la generale capacità dell'offerente di onorare gli obblighi contrattuali, di contro quello operativo impone l'individuazione specifica dei mezzi, giacché concerne (*rectius*, condiziona) la stessa esecuzione della prestazione.

Orbene, allorquando (come nella specie) un'impresa proponga in gara un bene fabbricato da un altro operatore e indichi quest'ultimo come ausiliario, sia pure al solo dichiarato fine di dimostrare il buon esito di precedenti commesse di contenuto analogo, si

verte nell'ambito di una forma operativa di avvalimento: questo, infatti, non è strutturalmente limitato alla generica garanzia di solidità patrimoniale, ma è oggettivamente proteso ad assicurare la stessa esecuzione della prestazione posta a gara, proprio in quanto il bene offerto è prodotto dall'ausiliaria.

In tali casi è, pertanto, necessario che il contratto di avvalimento sia specifico e dettagliato ed indichi con precisione le concrete "risorse" - in termini di competenza e capacità produttive, gestionali e manutentive - che l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata, pena, in caso contrario, la nullità *ex lege* disposta dall'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016.

- *Avvalimento premiale.*

Con sentenza 25 marzo 2021, n. 2526 la sez. V ha affermato che l'istituto dell'avvalimento rileva non solo ai fini della qualificazione ma anche per la valutazione dell'offerta. Ha chiarito la Sezione che la problematica dell'avvalimento c.d. premiale (che evoca, in buona sostanza, la praticabilità del suo utilizzato anche ai fini del riconoscimento di un punteggio maggiore nella valutazione dell'offerta tecnica, ove essa sia formulata tenendo in considerazione le competenze, risorse e capacità effettivamente trasferite all'operatore economico ausiliato) ha diviso la giurisprudenza del giudice amministrativo.

Invero a fronte di un orientamento sostanzialmente favorevole e *prima facie* generalizzante (che muove dalla considerazione che ciò che è oggetto del contratto di avvalimento entri a fare organicamente parte della complessiva offerta presentata dalla concorrente: C.g.a. 15 aprile 2016, n. 109), si trova affermato un avviso apparentemente preclusivo (da ultimo ribadito – peraltro, con riferimento ad una fattispecie in cui l'ausiliata era già in possesso, in proprio, dei requisiti di partecipazione – da Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1881) ed uno in certo senso intermedio, che lo esclude nei casi in cui l'elemento di valutazione dell'offerta consista in un requisito soggettivo o curriculare, ammettendolo per i requisiti speciali.

Ad avviso della Sezione, però, si tratti di un contrasto piuttosto apparente che reale.

Come è noto, la funzione essenziale dell'istituto è quella di legittimare, nella prospettiva proconcorrenziale del *favor participationis*, l'ampliamento della platea dei potenziali concorrenti alle procedure evidenziali, attraverso l'abilitazione all'accesso di operatori economici che, pur privi dei necessari requisiti, dei mezzi e delle risorse richieste dalla legge di gara, siano in grado di acquisirli grazie all'apporto collaborativo di soggetti terzi, che ne garantiscano la messa a disposizione per la durata del contratto.

La complessiva logica 'economica' sottesa al meccanismo partecipativo si traduce, sul piano 'giuridico', nella valorizzazione – in un contesto negoziale trilaterale, operante sia sul piano interno dei "legami" (peraltro formalmente non tipizzati) tra la concorrente ausiliata e l'impresa ausiliaria che sul piano esterno dei rapporti con la stazione appaltante (art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, che pretende la formalizzazione di apposita dichiarazione promissoria impegnativa indirizzata ad *utrasque*) – di una effettiva 'messa a disposizione' di risorse di carattere economico, finanziario tecnico o professionale

(corrispondenti al c.d. requisiti speciali, di ordine oggettivo, concretanti criteri di selezione delle offerte, *ex art. 83, d.lgs. cit.*) che, ferma restando la formale imputazione della esecuzione (art. 89, comma 8), giustifica (anche laddove l'ausiliaria non assuma, come pure è astrattamente possibile, il ruolo di impresa associata o subappaltatrice: cfr., rispettivamente, art. 89, commi 1 e 8) la responsabilità solidale per l'esatto adempimento (art. 89, comma 5).

Per tal via, la (concreta) funzione dell'avvalimento (che ne fonda e, ad un tempo, ne limita la meritevolezza sul piano civilistico dei programmati assetti negoziali e la legittimità sul piano pubblicistico della dinamica procedimentale evidenziale) si specifica in relazione alla sua chiarita attitudine a dotare un operatore economico (che ne fosse privo) dei requisiti economico-finanziari, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici "necessari per partecipare ad una procedura di gara".

Sta in ciò (di là dalla distinzione tra avvalimento operativo ed avvalimento tutorio, rispettivamente operanti sul piano della prestazione divisata o della mera funzione di garanzia della serietà e qualità dell'offerta) il fondamento, diffusamente ribadito in giurisprudenza (cfr., da ultimo, Cons. Stato n. 1881 del 2020), del divieto dell'avvalimento (meramente) premiale, il cui scopo (che trasmoda in alterazione, piuttosto che di implementazione, della logica concorrenziale) sia, cioè, esclusivamente quello di conseguire (non sussistendo alcuna concreta necessità dell'incremento delle risorse) una migliore valutazione dell'offerta.

Appare, in altri termini, dirimente la circostanza che il ricorso all'istituto operi a favore di un operatore che, in difetto, sarebbe effettivamente privo dei requisiti di partecipazione (alla cui acquisizione è, per tal via, concretamente funzionale l'apporto operativo dell'impresa ausiliaria) ovvero di chi – potendo senz'altro concorrere, avendone mezzi e requisiti – miri esclusivamente a alla (maggior) valorizzazione della (propria) proposta negoziale: nel qual caso la preclusione deve essere, *propter tenorem rationis*, correlata all'abuso di avvalimento, che lo trasforma, di fatto, in un mero escamotage per incrementare il punteggio ad una offerta cui nulla ha concretamente da aggiungere la partecipazione ausiliaria.

Con più lungo discorso, appare del tutto fisiologica l'eventualità che l'operatore economico concorrente ricorra all'avvalimento al fine di conseguire requisiti di cui è carente e, nello strutturare e formulare la propria offerta tecnica, contempi nell'ambito della stessa anche beni prodotti o forniti dall'impresa ausiliaria ovvero mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest'ultima: nel qual caso è evidente che i termini dell'offerta negoziale devono poter essere valutati ed apprezzati in quanto tali, con l'attribuzione dei relativi punteggi, nella prospettiva di una effettiva messa a disposizione della stazione appaltante all'esito dell'aggiudicazione e dell'affidamento del contratto.

Deve, per contro, ritenersi precluso che il concorrente si avvantaggi, rispetto agli altri, delle esperienze pregresse dell'ausiliaria, ovvero di titoli o di attributi spettanti a quest'ultima (che, in quanto tali, non qualificano operativamente ed integrativamente il tenore dell'offerta e non siano, perciò, oggetto di una prospettica e specifica attività esecutiva):

ciò che, appunto, deve segnatamente dirsi nella ipotesi in cui il concorrente possiede già, in proprio, le risorse necessarie per l'esecuzione della commessa e ricorra all'ausilio all'esclusivo (ed evidentemente immeritevole) fine di conseguire un mero punteggio incrementale, cui non corrisponderebbe una reale ed effettiva qualificazione della proposta. Del resto, a diversamente opinare, non solo si negherebbe la stessa ratio concorrenziale dell'istituto, ma si finirebbe per contraddire il canone di par condicio dei competitori, per i quali non sussistono, sul piano generale, preclusioni di sorta alla possibilità di indicare, nell'offerta, beni prodotti da altre imprese ovvero mezzi, personale e risorse, la cui disponibilità fosse acquisita in forza di contratti di subappalto o di subfornitura o di qualunque altro tipo di contratto idoneo.

In questo senso, anzi, trova piena giustificazione la genericità tipologica che connota, per espressa opzione positiva, l'avvalimento, il cui tratto essenziale (fatto palese dalla evidente labilità connotativa della relativa formula linguistica) è proprio quello della irrilevanza, per la stazione appaltante, della natura dei rapporti sottostanti tra il concorrente ausiliato e l'impresa ausiliaria, in quanto ciò che occorre accertare è solo che il primo dimostri di poter disporre, a qualsiasi titolo, dei mezzi della seconda. Se così è, l'avvalimento rileva non solo ai fini della qualificazione ma anche per la valutazione dell'offerta.

21.11. Cessione di ramo di azienda.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 31 maggio 2021, n. 488 ha affermato che in caso di cessione di ramo d'azienda, ove la cedente sia in amministrazione straordinaria, la cessionaria, salva diversa convenzione tra le parti, non assume i debiti dell'azienda ceduta maturati in qualunque momento antecedente al trasferimento, nemmeno di natura tributaria.

Ha ricordato il C.g.a. che l'art. 63, comma 5, d.lgs. n. 270 del 1999 stabilisce che, salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, anteriori al trasferimento.

L'art. 2560 cod. civ., rubricato "debiti relativi all'azienda ceduta", dispone che "l'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori". Pertanto, secondo la disposizione civilistica, chi aliena l'azienda non è liberato dai debiti, ma ne risponde anche l'acquirente se si tratta di azienda commerciale e se essi risultano dai libri contabili obbligatori.

In presenza di questi elementi, quindi, tra alienante ed acquirente si configura una responsabilità solidale verso i terzi per i debiti aziendali, tramite un accollo cumulativo *ex lege*.

Nella cessione di un'azienda commerciale disciplinata dal codice civile, quindi, la regola è costituita dalla responsabilità solidale tra cedente e cessionario per i debiti pregressi, salvo l'eventuale consenso dei creditori alla liberazione dell'alienante. Ne consegue che

il cessionario, in via solidale o, eventualmente, esclusiva, risponde sempre dei debiti dell'azienda ceduta maturati anteriormente al trasferimento.

Un sistema diverso è stabilito per le procedure concorsuali, dove la regola è opposta, vale a dire che il cessionario dell'azienda o del ramo di azienda non è responsabile dei debiti anteriori al trasferimento, salva diversa convenzione.

In tal senso, l'art. 105, comma 4, r.d. n. 267 del 1942 (legge fallimentare) dispone che, "salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento". Analogamente, per quanto di maggiore interesse in questa sede, l'art. 63, comma 5, d.lgs. n. 270 del 1999, in caso di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, prevede che, "salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, anteriori al trasferimento".

Il C.g.a. ha ritenuto di optare per un'interpretazione sistematica della disposizione che, come d'altra parte emerge dalla stessa lettera della legge, porta a comprendere nel perimetro di esclusione della responsabilità solidale del cessionario dell'azienda o del ramo d'azienda tutti i debiti maturati antecedentemente al trasferimento, non solo quelli venuti in essere durante la gestione commissariale.

L'obiettivo della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, come emerge dall'art. 1, d.lgs. n. 270 del 1999, è la conservazione del patrimonio produttivo mediante la prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali, sicché essa si distingue dalle soluzioni liquidatorie delle altre procedure concorsuali (il fallimento, il concordato preventivo e la liquidazione coatta amministrativa) che non tengono in considerazione rilevanti interessi, privati e pubblici e la cui funzione è semplicemente quella di tutelare l'interesse dei creditori a soddisfarsi sul patrimonio dell'imprenditore insolvente.

L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, quindi, è l'istituto previsto nell'ordinamento del diritto fallimentare che riguarda la grande impresa commerciale insolvente e la sua ratio riposa nell'esigenza di creare una procedura concorsuale idonea a conciliare interessi differenti, quali, da un lato, il soddisfacimento dei creditori dell'imprenditore insolvente, dall'altro, il salvataggio del complesso produttivo e la conservazione dei posti di lavoro. La finalità, in definitiva, è quella di evitare soluzioni liquidatorie che non tengano conto dei rilevanti interessi pubblici e privati, alla conservazione e al risanamento dell'impresa. Di talché, è consequenziale ritenere che, al fine di tendere alla realizzazione degli obiettivi indicati, la vendita dell'azienda o del ramo d'azienda debba essere appetibile per i potenziali acquirenti, il che ha indotto il legislatore ad escludere la regola della solidarietà passiva per i debiti contratti anticipatamente al trasferimento. In altri termini, una tale responsabilità costituirebbe un elemento fortemente dissuasivo alla partecipazione di potenziali interessati all'acquisto dei complessi aziendali tramite vendita competitiva. Inoltre, si creerebbe una incompatibilità tra la responsabilità dell'acquirente cessionario per i debiti aziendali risultanti dalle scritture contabili ed il principio della *par condicio creditorum*, in quanto si dovrebbe riconoscere all'acquirente dell'azienda un diritto di regresso verso la massa passiva o, finanche, uno sconto sul

prezzo delle attività aziendali vendute, con conseguenze pregiudizievoli per l'intera massa e, in particolare, per i creditori il cui credito non risulti dalle scritture contabili.

La questione, invero, era stata in passato molto dibattuta con riferimento alla responsabilità solidale per i debiti tributari, atteso che l'art. 14, comma 1, d.lgs. n. 472 del 1997 stabilisce che il cessionario è responsabile in solido, fatto salvo il beneficio della preventiva escussione del cedente ed entro i limiti di valore dell'azione o del ramo d'azienda, per il pagamento dell'imposta e delle sanzioni riferibili alle violazioni commesse nell'anno in cui è avvenuta la cessione e nei due precedenti, nonché per quelle già irrogate e contestate nel medesimo periodo anche se riferite a violazioni commesse in epoca anteriore. La solidarietà tributaria, quindi, attiene ai debiti per imposte e sanzioni che, in genere, restano in capo al cedente. Pertanto, costituisce oggetto di discussione se tale norma, prevalga anche sulla norma prevista per le cessioni delle aziende in amministrazioni straordinaria la quale, come visto, all'art. 63, comma 5, d.lgs. n. 270 del 1999, esclude la responsabilità solidale del cessionario in caso di cessione di azienda (o di ramo di azienda).

Il C.g.a., trattandosi di due norme qualificabili entrambe come "speciali" rispetto all'art. 2560, comma 2, cod. civ., ha ritenuto che, in base al criterio cronologico, debba avere comunque prevalenza la norma contenuta nell'art. 63, comma 5, d.lgs. n. 270 del 1999. La questione, in ogni caso, è stata risolta dall'art. 16, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 158 del 2015, che ha introdotto il comma 5-*bis* all'art. 14, d.lgs. n. 472 del 1997, stabilendo che, salva l'applicazione del comma 4 (casi di cessione attuata in frode ai crediti tributari), la disposizione sulla responsabilità in solido non trova applicazione quando la cessione avviene nell'ambito, tra l'altro, di una procedura concorsuale.

La deroga ha natura di norma interpretativa, per cui si applica anche agli atti posti in essere prima del 1° gennaio 2016, ovvero prima della sua entrata in vigore. Sul tema Sul tema, alla conclusione della retroattività della norma di cui al comma 5-*bis* dell'art. 14, d.lgs. n. 472 del 1997, è pervenuta la stessa Agenzia delle Entrate con la risposta ad interpello n. 21 del 6 dicembre 2019.

D'altra parte, come già evidenziato, esistono plurime ragioni che ostano all'applicazione della solidarietà nei confronti delle cessioni di azienda perfezionate nell'ambito delle procedure concorsuali. La materia delle procedure concorsuali è governata dal principio di parità di trattamento, dall'accertamento unitario del passivo in forza di regole comuni e dalla distribuzione dell'attivo nel rispetto del titolo di preferenza riconosciuto a ciascun creditore.

In altri termini, le procedure concorsuali hanno elementi comuni, nel senso che sono procedure generali e collettive, coinvolgono tutto il patrimonio dell'impresa, non singoli beni, e devono assicurare la *par condicio creditorum*, ovvero la parità di trattamento di tutti i creditori, vale a dire che, come tutti i creditori hanno fatto affidamento sulla prosperità dell'impresa, tutti devono subire le conseguenze della crisi in modo paritario. I creditori assistiti da una garanzia, di fonte legale o negoziale, quindi, partecipano ai riparti secondo l'ordine gerarchico del rispettivo titolo di prelazione, ma possono agire per il

residuo nei confronti del garante o del condebitore solidale, per cui si può concretamente prospettare un'alterazione dell'ordine gerarchico se un creditore di grado minore gode di un titolo ulteriore rispetto a quelli di grado superiore. La sovrapposizione del titolo di preferenza con un beneficio di altra natura produrrebbe un'irrazionalità sul piano endoconcorsuale, ancorché derivante da una previsione legislativa, perché determinerebbe la distinzione tra crediti della stessa natura, di titolarità del medesimo creditore ed assistiti dallo stesso titolo di prelazione.

21.12. Iscrizione all'Albo dei gestori ambientali.

La sez. IV, con sentenza 14 dicembre 2021, n. 8330 ha affermato che l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali (Anga), nelle varie classi e categorie, è condizione di legittimità per svolgere materialmente i servizi corrispondenti, ma non individua di per sé un requisito di partecipazione alle gare indette dalle amministrazioni aggiudicatrici per l'affidamento dei detti servizi.

Ha chiarito la Sezione che la fissazione dei requisiti per partecipare alla gara rientra nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice, la quale ben può prevedere, nell'esercizio di essa e in relazione alla specifica attività oggetto dell'appalto, requisiti diversi da quelli che conseguirebbero ad una meccanica applicazione di quelli ricavabili dalle categorie di iscrizione all'albo, con il solo limite della necessità di individuare requisiti adeguati rispetto agli scopi perseguiti, e quindi non manifestamente arbitrari, sproporzionati o lesivi della concorrenza fra aziende (Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2017, n. 3303). Nel caso di specie, si deve ritenere che l'intimata appellata si sia conformata a questi criteri, richiedendo l'iscrizione in categoria 1 per la classe di popolazione "virtuale" di cui si è detto. In primo luogo, il criterio non è di per sé pretestuoso, perché conduce comunque a individuare imprese in grado di trattare i quantitativi di rifiuto in gioco, fermo restando che la ditta così individuata potrà solo operare presso i punti di raccolta, e non certo presso le singole utenze domestiche, per le quali è imprescindibile la classe corrispondente alla popolazione effettiva.

Si tratta poi di una scelta che amplia la platea di imprese che possono concorrere, e quindi amplia la concorrenza a vantaggio del mercato. Infine, non sono manifestamente arbitrari nemmeno i criteri a partire dai quali la popolazione "virtuale" è stata individuata, bastando a ciò rilevare che l'Amministrazione si è basata su uno studio del consorzio di settore, che deve presumersi sino a prova contraria, qui nemmeno offerta, aggiornato sulle problematiche corrispondenti.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 12 maggio 2021, n. 420 ha affermato che in caso di avvalimento avente ad oggetto l'attestazione Soa, la società ausiliaria non deve, a pena di esclusione, essere in possesso del requisito di iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali (Anga), essendone munita la società ausiliata ai sensi dell'art. 89, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016.

Ha argomentato considerando che: l'art. 89, d.lgs. n. 50 del 2016, conformemente all'art. 63 della direttiva 2014/24/UE stabilisce la necessità che, in caso di avvalimento, le due società del rapporto possiedano entrambe i requisiti di ordine generale (art. 89, commi

1 e 5); lo stesso art. 89 dispone che l'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Anga (comma 10), così imponendo che ne sia in possesso la società partecipante. Ha aggiunto il C.g.a. che né la disciplina normativa dei contratti pubblici, né la *lex specialis* di gara impongono espressamente che detto requisito di idoneità professionale dovesse essere posseduto (anche) dalla società ausiliaria.

Dal combinato disposto degli artt. 83 e 89, d.lgs. n. 50 del 2016 emerge che, conformemente al diritto dell'Unione europea, "la stazione appaltante incontra il limite di non poter escludere il meccanismo dell'avvalimento se non nei casi tassativamente previsti dalla legge" (Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22). Il C.g.a. ha escluso che sia il particolare avvalimento avente a oggetto l'attestazione Soa (e la rilevanza anche quantitativa dell'attività e delle risorse altrui di cui la società partecipante intende servirsi) a richiedere il possesso da parte dell'ausiliaria anche dell'iscrizione all'Anga (Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22).

Ha aggiunto il C.g.a. che alla *ratio* dell'istituto dell'avvalimento non si confà un'interpretazione volta a restringerne l'utilizzo al di là di quanto consentito dalla disciplina di settore ("Conformemente al diritto dell'Unione europea, la stazione appaltante incontra il limite di non poter escludere il meccanismo dell'avvalimento se non nei casi tassativamente previsti dalla legge": così Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22), posto che le direttive appalti non istituiscono alcun divieto di principio relativo alla possibilità, per un offerente, di avvalersi delle capacità di uno o più soggetti terzi in aggiunta alle proprie capacità (Corte giust.comm.ue 14 settembre 2017, C-223/16).

Non è quindi consentito interpretare le regole di gara nel senso che impongano la duplicazione dei requisiti, in capo alla partecipante e all'ausiliaria (circostanza che si verificherebbe nel caso di specie richiedendo che anche l'ausiliaria, oltre che la partecipante, sia iscritta all'Anga): ostacoli alla fruizione dello strumento possono infatti derivare anche dalla configurazione di presupposti che aggravano la possibilità di avvalersi di detto istituto, che invece risponde alla *ratio* di agevolare la partecipazione, non complicarla, con l'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici.

Grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso conforme ad essi (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano in relazione alle analoghe figure del diritto interno; limitare - in casi eccezionali - la possibilità per gli operatori di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento (Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23).

19.13. Commissione di gara.

Con sentenza 11 marzo 2021, n. 2094 la sez. III ha affermato che il Direttore Generale di una Azienda sanitaria, titolare del potere di nomina della Commissione di gara, che incarica l'unità operativa interna competente per materia all'esercizio della relativa competenza non ha esercitato il potere di delega, perchè non si è spogliato della propria

competenza ma ha semplicemente individuato l'ufficio, interno all'Azienda, che in concreto avrebbe dovuto procedere alla relativa attività materiale.

Ha ricordato la Sezione che l'istituto della delega, su cui si fonda la motivazione della sentenza impugnata, concerne relazioni interorganiche ovvero intersoggettive: ma non anche il riparto interno di competenze tra uffici.

Tale istituto, propriamente inteso, si colloca infatti nell'ambito del modello della c.d. amministrazione indiretta (o esercizio indiretto della funzione amministrativa), e si distingue in delegazione interorganica ovvero intersoggettiva proprio a seconda che il trasferimento dell'esercizio della funzione amministrativa coinvolga figure soggettive diverse, ovvero soltanto organi appartenenti alla medesima struttura. Ne consegue che il richiamo ai principi in materia di delega è, a tacer d'altro, anzitutto improprio allorché vengano in considerazione, come nel caso di specie, delle mere relazioni fra uffici, che non coinvolgono altri organi o enti (in disparte, come si vedrà al punto successivo, la contrarietà di tale richiamo, nel merito, al pacifico ed univoco panorama giurisprudenziale).

La lettura della documentazione prodotta nel giudizio di primo grado evidenzia inoltre, come accennato, che il Direttore Generale ha esercitato le proprie competenze mediante il competente ufficio interno, facendo poi proprie le attività di quest'ultimo con atti dotati di rilevanza esterna (la citata deliberazione n. 236, in particolare, nell'approvare la proposta di aggiudicazione del Rup, dà atto della correttezza e regolarità dell'istruttoria condotta nel procedimento in questione dall'Uoc – ABS, ricostruita nella relazione del medesimo ufficio allegata alla delibera in questione, nell'ambito della quale si dà atto anche della nomina della Commissione giudicatrice).

In altre parole, dall'esame degli atti emerge che il Direttore Generale ha esercitato le proprie competenze mediante un ufficio interno (Uoc-Abs), verificandone le attività e facendole proprie all'esito di tale verifica: il che esula del tutto dall'ambito applicativo dell'istituto giuridico posto a fondamento del motivo del ricorso di primo grado e del capo di sentenza che lo ha accolto.

Tale condotta, inoltre, proprio in ragione del descritto meccanismo di produzione degli effetti giuridici, appare conforme anche alla regola della identità fra organo titolare del potere di nomina della Commissione e organo competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, portata dal pure invocato art. 216, comma 12, del Codice dei contratti pubblici (“la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”).

Come già chiarito dalla giurisprudenza della Sezione, “le regole che governano la scelta della stazione appaltante sono quelle direttamente mutuabili dall'art. 77 per la parte già in vigore e dall'art. 216, comma 12, d.lgs. cit.- quanto alla competenza in ordine alla designazione dei commissari ovvero quanto ai criteri generali di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante - per come integrate

dalle regole aggiuntive che, in applicazione della suindicata disposizione, l'Amministrazione è tenuta ad adottare" (Cons. Stato n. 7832 del 2020).

In secondo luogo va osservato che, quand'anche si intendesse l'ufficio autorizzato a nominare la Commissione come organo dell'Azienda, e dunque qualora il richiamo all'istituto della delega fosse stato propriamente operato, occorrerebbe considerare che se pure in dottrina si discute se l'attribuzione normativa del potere di delega debba essere esplicita ovvero possa ricavarsi implicitamente, la giurisprudenza è assolutamente pacifica nel ritenere che nel procedimento di evidenza pubblica le competenze sono delegabili "secondo un principio generale in materia di funzioni amministrative, non sovvertito in materia di appalti".

Secondo questo pacifico e consolidato indirizzo giurisprudenziale, pertanto, ove la fattispecie dedotta dovesse sussumersi nello schema della delega del tutto legittimamente il Direttore Generale avrebbe delegato l'unità operativa interna competente per materia all'esercizio della relativa competenza.

21.14. Esclusione dalla gara pubblica.

- *Dichiarazione falsa o reticente.*

La sez. V, con sentenza 8 gennaio 2021, n. 307 ha affermato che ai fini della valutazione dell'affidabilità e integrità dell'impresa il giudizio dell'amministrazione non può che investire il fatto in sé, in tutti i suoi profili sostanziali, e non la sola valutazione e il trattamento datogli in sede penale; ciò vale quando del fatto l'amministrazione sia venuta a conoscenza in ragione della vicenda penale, e in specie per l'omessa o inadeguata comunicazione di questa, con la conseguente necessità che la stazione appaltante effettui la valutazione delle circostanze omesse: anche in un tale caso, gli atti del procedimento penale rimangono il veicolo attraverso il quale l'amministrazione ha avuto conoscenza del fatto; è dunque sul pregresso fatto, nel suo effettivo portato sostanziale e storico, che la stazione appaltante è tenuta ad esprimersi, dovendo apprezzarlo compiutamente in una alla condotta reticente tenuta dall'operatore, senza arrestarsi alla attribuita qualificazione in sede penale e alle sue inerenti conseguenze.

La Sezione ha affrontato il tema di quali debbano essere i requisiti dell'istruttoria e, dunque, della motivazione riguardo a siffatta valutazione, e quale ne debba essere il grado d'autonomia rispetto alle correlate vicende giudiziali (in particolare: penali) da cui la circostanza potenzialmente lesiva per l'affidabilità e integrità del concorrente sia emersa. In questa prospettiva, la questione si specifica in quali termini l'amministrazione sia chiamata a esaminare e indagare il fatto oggetto della (distinta) vicenda giudiziale penale, in relazione alla quale l'omissione, reticenza o falsità dichiarativa endoprocedurale s'è manifestata.

L'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione *ratione temporis* applicabile alla presente fattispecie, prevede l'esclusione dei concorrenti nel caso in cui "la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabi-

lità. Tra questi rientrano [...] il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione" (cfr. il suddetto art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 nella versione anteriore al d.l. n. 135 del 2018, convertito dalla l. n. 12 del 2019; v. oggi la lett. c-*bis*) del medesimo art. 80, comma 5).

La valutazione sulla sussistenza di "gravi illeciti professionali" desumibili da "mezzi adeguati" compete all'amministrazione, la quale è chiamata all'uopo - in caso di illecito comunicativo - ad apprezzare senz'altro quella condotta dichiarativa (in termini di omissione, reticenza o mendacio) del concorrente; ma "nel far ciò, non potrà esimersi dal soppesare nel merito i singoli, pregressi episodi, dei quali l'operatore si è reso protagonista, e da essi dedurre, in via definitiva, la possibilità di riporre fiducia nell'operatore economico ove si renda aggiudicatario del contratto d'appalto" (Cons. Stato, V, n. 2407 del 2019).

Il canone alla cui stregua la stazione appaltante deve esprimere il proprio motivato giudizio sull'ammissione del concorrente è quello della «integrità o affidabilità» dell'operatore: per questo, non solo i profili della condotta dichiarativa endoprocedurale in sé, ma anche quelli inerenti al fatto non adeguatamente dichiarato rientrano nell'oggetto dell'apprezzamento di competenza dell'amministrazione.

Si ricavano dai principi e dai precedenti suesposti due rilevanti corollari, connessi fra di loro: ai fini della valutazione dell'affidabilità e integrità dell'impresa il giudizio dell'amministrazione non può che investire il fatto in sé, in tutti i suoi profili sostanziali, e non la sola valutazione e il trattamento datogli in sede penale; d'altro canto, l'apprezzamento del medesimo fatto in sede penale e da parte dell'amministrazione *ex* art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 è ben distinto, proprio perché diverse sono le finalità istituzionali della valutazione e gli inerenti parametri normativi.

Questo, deve ritenersi, parimenti vale quando del fatto l'amministrazione sia venuta a conoscenza in ragione della vicenda penale, e in specie per l'omessa o inadeguata comunicazione di questa, con la conseguente necessità che la stazione appaltante effettui la valutazione delle circostanze omesse: anche in un tale caso, gli atti del procedimento penale rimangono il veicolo attraverso il quale l'amministrazione ha avuto conoscenza del fatto; ma ciò non basta, perché la normativa sulla formazione dei contratti pubblici ha la sua funzione istituzionale nella selezione del concorrente (più) affidabile per un certo stipulando contratto, e in vista di ciò non si arresta al rimettere l'affidabilità a un pregresso dato formale, per quanto connesso possa essere alla moralità dell'aspirante contraente e a tali fini rilevante: diversa infatti è la funzione e diversa è la finalità.

È dunque sul pregresso fatto, nel suo effettivo portato sostanziale e storico, che la stazione appaltante è tenuta ad esprimersi, dovendo apprezzarlo compiutamente in una alla condotta reticente tenuta dall'operatore, senza arrestarsi alla attribuita qualificazione in sede penale e alle sue inerenti conseguenze.

Per questo, pur potendo trarre elementi valutativi dal procedimento penale e dalle sue vicende, è sul fatto in sé e sulle relative omissioni comunicative che l'amministrazione è

chiamata ad esprimersi, stante il canone funzionale posto a fondamento del suo giudizio incentrato sulla «integrità o affidabilità» dell'operatore. Detto altrimenti, l'amministrazione ha l'onere di una sua espressa e distinta valutazione della condotta: dove l'attribuito rilievo penale è solo uno degli elementi di apprezzamento; e dove ciò che soprattutto conta, per l'immanente finalità di selezione di un potenziale contraente affidabile in relazione al contratto da stipulare e alle sue caratteristiche, è il fatto storico nella sua completezza.

Nell'apprezzare tale fatto l'amministrazione è chiamata a svolgere un sillogismo giuridico complesso che si articola su due livelli, dalla cui integrazione discende la complessiva verifica del grave illecito professionale a effetto escludente: da un lato occorre che il comportamento pregresso assuma la qualificazione oggettiva di comportamento in grado d'incrinare l'affidabilità e integrità dell'operatore nei rapporti con l'amministrazione; dall'altro, il fatto così qualificato va messo in relazione con il contratto oggetto dell'affidamento, così da poter declinare in termini relativi e concreti la nozione d'inaffidabilità e assenza d'integrità, ai fini della specifica procedura di gara interessata.

Declinando i principi sin qui esposti rispetto alla specifica problematica in rilievo, occorre evidenziare che, proprio in quanto autonomo e proiettato verso finalità proprie, nonché incentrato su distinti parametri valutativi, il giudizio demandato all'amministrazione sul fatto potenzialmente pregiudizievole per l'affidabilità od integrità dell'operatore non può risolversi nel mero rilievo dell'assenza di un giudicato penale di condanna, con conseguente esclusione ipso facto dell'insussistenza d'un «grave illecito professionale».

Per quanto osservato, infatti, ciò varrebbe a obliterare l'autonomia di valutazione spettante all'amministrazione (e su questa incombente) e la stessa precipua finalità - e base normativa - del giudizio richiesto alla stazione appaltante.

Inoltre, siffatta impostazione finirebbe per immutare lo stesso oggetto dello scrutinio rimesso all'amministrazione: non più il fatto sostanziale, come potenzialmente espressivo d'un illecito professionale, bensì il procedimento penale in sé: ciò che non può trovare condivisione, alterando la prospettiva o il punto d'osservazione affidato all'amministrazione, che si vede chiamata, a ben vedere, a eseguire pur sempre una valutazione sull'affidabilità e integrità dell'impresa - e dunque un vaglio sull'eventuale comportamento «illecito» di questa - non già uno scrutinio sul relativo procedimento penale. Da quest'ultimo è infatti sì possibile trarre eventuali elementi per il giudizio, oltretutto di conoscenza del fatto, ma senza mai dimenticare quale dev'essere l'oggetto della valutazione - che rimane la pregressa condotta dell'impresa e i correlati profili comunicativi - né distorcerne la finalità e i parametri.

In tale prospettiva, questa V Sezione ha già precisato, in relazione alla previgente disciplina interna ed europea, la nozione di "errore grave" nell'esercizio dell'attività professionale (art. 45, par. 2, lett. d), direttiva 2004/18/CE, da cui l'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006) anche alla luce della comparazione fra le versioni nelle diverse lingue del testo della direttiva europea (Cons. Stato, sez. V, nn. 474, 475, 477-479 e 481 del 2020).

A tale riguardo, a fronte dell'utilizzo del sostantivo "errore" nel testo italiano, s'è posto in risalto come non si volesse far riferimento nella fonte europea "né ad un'ipotesi di ignoranza o falsa rappresentazione della realtà, né ad un'ipotesi di 'fallo' o 'sbaglio' (come il termine errore - evidentemente frutto di un'improprietà lessicale del servizio di traduzione - lascerebbe intendere), bensì ad un concetto, più chiaro nelle dette espressioni non italiane, che potrebbe essere indicato come 'grave mancanza' o 'grave cattiva condotta' nello svolgimento dell'attività professionale".

Il che è ben utile a orientare, sul piano metodologico e sostanziale, anche la lettura del testo in vigore.

In tale contesto, così come "errore" non voleva significare "falsa rappresentazione della realtà", né "fallo" o "sbaglio", allo stesso modo la nozione di "illecito" non coincide né si esaurisce con il concetto di "contrarietà alla legge" in altro settore dell'ordinamento, quasi che l'esclusione rivestisse la natura di sanzione di comportamenti *aliunde* illeciti tenuti dall'operatore.

Al contrario, pur a fronte della diversa locuzione utilizzata nella lingua italiana, rimane fermo l'orizzonte funzionale (e concettuale) di riferimento: l'illecito professionale "può assumere varie qualificazioni giuridiche di dettaglio", "quel che conta però per la scelta del contraente di un nuovo contratto è la pregressa presenza di omissioni, mancanze o scorrettezze nell'adempimento dei doveri nascenti dagli impegni nella propria attività economica, tali che possono adeguatamente portare a qualificare l'operatore come non affidabile per ulteriori contratti pubblici" (Cons. Stato, sez. V, n. 474 del 2020, cit.; sulla nozione essenzialmente atipica di grave illecito professionale *ex art. 80, comma 5, lett. c)*, d.lgs. n. 50 del 2016, cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6615; 14 aprile 2020, n. 2389; 24 gennaio 2019, n. 586 e 591; sez. IV, 8 ottobre 2020, n. 5967).

La normativa di matrice europea sui contratti pubblici, infatti, nel valorizzare e coltivare il valore della concorrenza e i correlati principi di trasparenza, pubblicità e parità di trattamento nell'affidamento delle pubbliche commesse, non oblitera - anzi concilia, in una sintesi unitaria - l'obiettivo della scelta del miglior contraente per la pubblica amministrazione, cui la disciplina rimane pur sempre orientata.

Alla luce di ciò, l'«illecito professionale» rileva non come tale, cioè nella (distinta) dimensione in cui viene accertato ed eventualmente sanzionato per la sua intrinseca offensività, bensì se e nella misura in cui risulti rilevante sul piano della affidabilità e integrità dell'operatore, e quindi funzionalmente a un apprezzamento - in termini negativi, e cioè ostativi - dell'operatore ai fini dell'affidamento del contratto pubblico.

Di qui la non diretta né esclusiva rilevanza, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 della vicenda procedimentale penale in sé, quanto piuttosto dei fatti che ne costituiscono l'oggetto.

Il che parimenti vale nel caso in cui l'illecito origini nella dimensione dichiarativa, cioè in relazione all'omessa, reticente o mendace comunicazione di pregressi "illeciti professionali": anche in questo caso, nell'apprezzare - al fianco della condotta dichiarativa - il fatto storico, l'amministrazione dovrà osservarlo nel prisma dell'affidabilità e integrità dell'impresa a fini contrattuali, non già guardando alla (sola, distinta) vicenda penale,

ovvero all'offensività del medesimo fatto al di fuori della dimensione contrattuale-pubblicistica.

La sez. III, con sentenza 1 giugno 2021, n. 4201 ha affermato che in sede di gara pubblica la falsità (informativa, dichiarativa ovvero documentale) ha attitudine espulsiva automatica oltreché (potenzialmente e temporaneamente) ultrattiva, laddove le informazioni semplicemente fuorvianti giustificano solo – trattandosi di modalità atta ad influenzare indebitamente il concreto processo decisionale in atto – l'estromissione dalla procedura nella quale si collocano; l'omissione e la reticenza dichiarativa si appalesano per definizione insuscettibili - a differenza della falsità e della manipolazione fuorviante, di per sé dimostrative di pregiudiziale inaffidabilità - di legittimare l'automatica esclusione dalla gara, dovendo sempre e comunque rimettersi all'apprezzamento di rilevanza della stazione appaltante, a fini della formulazione di prognosi in concreto sfavorevole sull'affidabilità del concorrente.

La Sezione ha ricordato che la distinzione tra due vicende che il Codice ha cura di tenere distinte: a) l'omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, che comprende anche la reticenza, cioè l'incompletezza, con conseguente facoltà della stazione appaltante di valutare la stessa ai fini dell'attendibilità e dell'integrità dell'operatore economico; b) la falsità delle dichiarazioni, ovvero la presentazione nella procedura di gara in corso di dichiarazioni non veritiere, rappresentative di una circostanza in fatto diversa dal vero, cui di regola consegue, per contro, l'automatica esclusione dalla procedura di gara, deponendo in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico (laddove, per l'appunto, ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso).

La distinzione va precisata con l'osservazione che l'ordito normativo fa variamente riferimento: a) alla falsità di "informazioni" fornite (lettera c-*bis*), di "dichiarazioni" rese e di "documentazione" presentata (lettere f-*bis*, f-*ter* e g del comma 5, nonché il comma 12 dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016), talora, peraltro, dando rilevanza alla mera (ed obiettiva) "non veridicità", talaltra ai profili di concreta "rilevanza o gravità" ovvero ai profili soggettivi di imputabilità (evocati dal riferimento alla negligenza, alla colpa, anche grave, o addirittura al dolo); b) alla attitudine "fuorviante" delle informazioni (intesa quale suscettibilità di influenzare il processo decisionale in ordine all'esito della fase di ammissione); c) alla mera "omissione" (di informazioni dovute).

Inoltre, si distingue, con esclusivo riguardo alle falsità dichiarative e documentali, secondo che le stesse rimontino a condotte (attive od omissive), a loro volta poste in essere (cfr. comma 6 del citato art. 80), prima ovvero nel corso della procedura.

In altri termini, è un dato positivo la distinzione tra dichiarazioni omesse (rilevanti in quanto abbiano inciso, in concreto, sulla correttezza del procedimento decisionale), fuorvianti (rilevanti nella loro attitudine decettiva, di "influenza indebita") e propriamente false (rilevanti, per contro, in quanto tali).

E se si considera che la reticenza corrisponde, in definitiva, alla c.d. mezza verità (la cui attitudine decettiva opera, quindi, in negativo, in relazione a ciò che viene taciuto, costituendo, quindi, una forma di omissione parziale), le informazioni fuorvianti sono quelle che manifestano attitudine decettiva in positivo, per il contenuto manipolatorio di dati reali: una sorta di mezza falsità).

La distinzione è, già sul ridetto piano normativo, legata a diverse conseguenze: mentre le prime tre ipotesi (dichiarazioni omesse, reticenti e fuorvianti) hanno rilievo solo in quanto si manifestino nel corso della procedura, la falsità è più gravemente sanzionata dall'obbligo di segnalazione all'Anac gravante sulla stazione appaltante in forza del comma 12 dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 e della possibile iscrizione (in presenza di comportamento doloso o gravemente colposo e subordinatamente ad un apprezzamento di rilevanza) destinata ad operare anche nelle successive procedure evidenziali, nei limiti del biennio (lettere *f-ter* e *g*, quest'ultima riferita, peraltro, alla falsità commessa ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione). Con il che la falsità (informativa, dichiarativa ovvero documentale) ha attitudine espulsiva automatica oltretutto (potenzialmente e temporaneamente) ultrattiva; laddove le informazioni semplicemente fuorvianti giustificano solo – trattandosi di modalità atta ad influenzare indebitamente il concreto processo decisionale in atto – l'estromissione dalla procedura nella quale si collocano. Risulta evidente che in siffatta prospettiva ermeneutica l'omissione e la reticenza dichiarativa si appalesano per definizione insuscettibili - a differenza della falsità e della manipolazione fuorviante, di per sé dimostrative di pregiudiziale inaffidabilità - di legittimare l'automatica esclusione dalla gara: dovendo sempre e comunque rimettersi all'apprezzamento di rilevanza della stazione appaltante, a fini della formulazione di prognosi in concreto sfavorevole sull'affidabilità del concorrente.

Alla luce delle considerazioni che precedono, deve allora evidenziarsi, in coerenza alle puntualizzazioni offerte dall'Adunanza plenaria n. 16 del 2020) che la reticenza dichiarativa – seppure non legittimi di per sé l'attivazione di un automatismo espulsivo – può e deve essere apprezzata dalla stazione appaltante in quanto si riveli idonea ad occultare “informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”, ad “influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante” in ordine alle valutazioni “sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione” (art. 80, comma 5, lettera *c-bis*, d.lgs. n. 50 del 2016), risultando sintomaticamente, nella sua attitudine decettiva ed in relazione alla posizione dell'operatore economico, idonea a “rendere dubbia la sua integrità o affidabilità” (comma 5, lettera *c*); b) che l'ipotesi va, perciò, tenuta distinta dalla più grave falsità dichiarativa o documentale di cui alla lettera *f-bis*, correlata alla obiettiva (e perciò verificabile e sindacabile) non veridicità dei fatti allegati a supporto della domanda di partecipazione: che, in quanto espressiva di inaffidabilità *in re ipsa*, costituisce ragione di automatica esclusione, sottratta al concreto e motivato vaglio di rilevanza; c) che, sotto distinto profilo, entrambe le ipotesi – in ogni caso riferite ad illeciti dichiarativi endoprocedimentali, vale a dire maturati “nella procedura di gara in corso” (art. 80, comma 5, lettera *f-bis*, d.lgs. n. 50 del 2016) – vanno tenute separate

dall'ulteriore fattispecie escludente di cui all'art. 80, comma 12 (in correlazione alle lettere f-ter e g del comma 5), che si riferisce alla eventualità – operante pro futuro ed in relazione a procedure diverse e successive a quelle in cui sia maturato l'illecito – che l'Anac, su segnalazione delle stazioni appaltanti, abbia accertato l'imputabilità soggettiva (in termini di “dolo o colpa grave”) e la concorrente gravità obiettiva dei fatti oggetto “di falsa dichiarazione o falsa documentazione”, procedendo alla “iscrizione nel casellario informatico”, di per sé obiettivamente ed automaticamente preclusiva, sia pure *ad tempus* e cioè “fino a due anni”, di ulteriori partecipazioni (Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2021, n. 2838).

Con sentenza 19 aprile 2021, n. 326 il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha chiarito che l'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE, dopo aver elencato i motivi di esclusione obbligatoria (paragrafo 1), quelli di esclusione facoltativa (paragrafo 4) e le misure di *self-cleaning* (par. 6), stabilisce, al paragrafo 7 dell'art. 57, che gli Stati membri determinano il periodo massimo di esclusione, che, se non è stato fissato con sentenza definitiva, non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4; deve, pertanto, ritenersi operante un obbligo di fissare un limite temporale di rilevanza delle circostanze, soggette ad obblighi dichiarativi, che possono concretizzare gravi illeciti professionali e condurre all'esclusione del concorrente dalla gara.

Ha chiarito il C.g.a. che sia ai sensi della normativa comunitaria direttamente applicabile (art. 57, comma 7, Direttiva n. 2014/24/UE), che ai sensi della normativa introdotta a livello nazionale (l'art. 80, comma 10 *bis*, d.lgs. n. 50 del 2016 come novellato ad opera della l. n. 55 del 2019), la Stazione appaltante non può escludere dalla gara un concorrente laddove le circostanze che potrebbero costituire un grave illecito professionale si siano verificate nel periodo antecedente l'ultimo triennio. Tale arco temporale nel caso di contestazione giudiziale deve essere computato a far data dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

Il limite temporale che non può che trovare applicazione anche all'ipotesi dei gravi illeciti professionali, non potendosi logicamente consentire un trattamento giuridico più favorevole alle situazioni nelle quali intervengano condanne ostative (per le quali è pacifica la limitazione del periodo di inibizione e dunque la rilevanza temporale della condanna, *ex* art. 80, commi 10 e 10-*bis*, primo periodo, del Codice) rispetto situazioni diverse, assoggettabili ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante, in tesi ostative all'infinito, conclusione incompatibile sia con la lettera che con la ratio della richiamata disciplina comunitaria.

D'altra parte, l'obbligo dichiaratorio in sede di gara non può avere un carattere onnicomprensivo di ogni e qualsiasi vicenda storica del concorrente, a pena di appesantire oltre misura il procedimento di gara (sia in termini di oneri dichiarativi del concorrente che avuto riguardo alla corrispondente attività valutativa del seggio di gara), sicché deve

escludersi che cause di esclusione che hanno perduto rilevanza temporale debbano comunque essere dichiarate.

Con sentenza 27 gennaio 2021, n. 812 la sez. V ha affermato che la mancanza di espressa previsione della *lex specialis* non comporta l'esclusione dalla gara pubblica l'omessa dichiarazione, da parte del concorrente, che il presidente del consiglio di amministrazione, consigliere delegato e legale rappresentante è stato anche presidente del consiglio di amministrazione e legale rappresentante di due società dichiarate fallite.

Ha chiarito la Sezione che non è configurabile, in relazione alla circostanza del fallimento delle società terze, la causa escludente costituita dall'asserita presentazione di documentazione o dichiarazioni non veritiere (nel senso chiarito dalla citata pronuncia n. 16 del 2020 dell'Adunanza Plenaria), con la conseguente mancata integrazione della fattispecie di cui all'art. 80, commi 5, lett. f-bis), e 6, d.lgs. n. 50 del 2016.

A ciò si aggiunga che, in applicazione dei principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità, nonché del principio del rispetto dei diritti della difesa, le cause facoltative di esclusione, quali quelle delineate nelle lettere c) e c-bis) del comma 5 dell'art. 80 – il quale in parte qua recepisce le previsioni di cui all'art. 57, comma 4, della direttiva 2014/24/UE –, possono venire in rilievo soltanto alla condizione che gli operatori economici siano stati apertamente informati in via preventiva, in maniera chiara, precisa e univoca, dell'esistenza di siffatte cause escludenti e dei correlativi obblighi dichiarativi, vuoi che tale informazione risulti direttamente dai documenti di gara, vuoi che essa risulti da un rinvio, in tali documenti, alla normativa legislativa pertinente (v. sul punto *ex plurimis*, da ultimo, Corte giust. comm.ue 14 gennaio 2021, causa C-387/19), mentre, nel caso di specie, la *lex specialis* non contiene previsione alcuna in ordine alla presunta causa di esclusione invocata dall'originaria ricorrente.

Ha ancora chiarito la Sezione che, alla luce delle ipotesi indicate a titolo esemplificativo nelle Linee-guida n. 6 del 2016 e ss.mm.ii. emanate in materia dall'Anac ai sensi del comma 13 del citato art. 80 con riguardo alle previsioni di cui alle citate lettere c) e c-bis), non è possibile interpretare il consolidato orientamento del Consiglio di Stato quali norme di chiusura in grado di comprendere tutti i fatti anche non predeterminabili *ex ante*, ma in concreto comunque incidenti in modo negativo sull'integrità e affidabilità dell'operatore economico (Ad. plen., n. 16 del 2020, § 13.) – è ravvisabile una situazione che in modo manifesto ed evidente sia idonea ad incidere sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, della quale quest'ultimo avrebbe dovuto ritenersi consapevole e rispetto alla quale non fosse configurabile un'esclusione 'a sorpresa' a carico dello stesso, attesa la non significatività, in tale contesto valutativo, della semplice circostanza di rivestire la qualifica di amministratore, legale rappresentante e/o socio di una società di capitali dichiarata fallita, terza ed estranea alla procedura di evidenza pubblica, in assenza dell'estensione del fallimento ai soci e dell'avvio di procedimenti penali o *lato sensu* sanzionatori o di azioni di responsabilità nei confronti dell'amministratore per condotte in eventi qualificabili come illeciti professionali incidenti in modo univoco in senso pregiudizievole sull'affidabilità dell'operatore partecipante alla gara.

- *Grave illecito professionale.*

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con sentenza 11 ottobre 2021, n. 842 ha chiarito che l'esclusione dalla gara per grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, disegna un potere discrezionale in una duplice prospettiva: è connotato da discrezionalità tecnica, specie nell'apprezzamento dei fatti (i precedenti contrattuali della società) e nella sussunzione dei medesimi nell'ambito dei gravi illeciti professionali, e da discrezionalità amministrativa, in particolare nella valutazione relativa alla conseguente, o meno, inaffidabilità dell'impresa, laddove bisogna stabilire se i "gravi illeciti professionali" sono "tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità", non venendo in predicato, in tale caso, una scienza tecnica o giuridica (che invece soccorre nel sussumere le condotte poste in essere dall'operatore nella nozione di gravi illeciti professionali) ma una valutazione di opportunità circa il venir meno dell'affidabilità a cagione della precedente condotta dell'operatore.

Ha chiarito il C.g.a. che la commistione fra discrezionalità tecnica e amministrativa deriva anche dalla compartecipazione di due organi a detta attività valutativa, la Commissione di gara, organo tecnico nella composizione e nell'attività che svolge, e il rup, nel quale alle competenze tecniche si aggiunge il potere di scelta amministrativa, in quanto organo dell'Amministrazione.

Ha aggiunto che la discrezionalità trova il proprio fondamento nel diritto UE, che delinea detta causa di esclusione come facoltativa (art. 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, come interpretato da Corte giust.comm.ue, sez. IV, 19 giugno 2019, C-41/18); Essa si esplica innanzitutto sull'*am*: la richiamata lett. c) non fa derivare l'esclusione da una circostanza indipendente dalla volontà dell'Amministrazione, al pari delle fattispecie escludenti di cui ad altre lettere del medesimo comma 5 dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 (sottoposizione a fallimento, conflitto di interessi, distorsione della concorrenza ...) ma dalla dimostrazione della stazione appaltante circa l'inaffidabilità dell'operatore economico: benché la disposizione individui i gravi illeciti professionali come causa della valutazione discrezionale di inaffidabilità, essa non stabilisce un rapporto di necessarietà fra le due situazioni, il verificarsi del grave illecito professionale e la valutazione di inaffidabilità: una volta accertato il grave illecito professionale, l'Amministrazione adotta il provvedimento espulsivo solo laddove ritenga che la commissione di detto illecito abbia reso l'operatore economico inaffidabile (Cons. Stato, sez. IV, 8 ottobre 2020, n. 5967; id., sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367).

- *Istanza di concordato in bianco ex art. 161, comma 6, della legge fallimentare dell'impresa mandante di un raggruppamento temporaneo.*

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 27 maggio 2021, n. 9 (ma v. anche Ad. plen., 27 maggio 2021, n. 11) ha affermato che la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma 6, della legge fallimentare non integra una causa di esclusione automatica dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, essendo rimesso in primo luogo al giudice fallimentare in

sede di rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 186 *bis*, comma 4, e al quale l'operatore che ha chiesto il concordato si deve tempestivamente rivolgere fornendo all'uopo le informazioni necessarie, valutare la compatibilità della partecipazione alla procedura di affidamento in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale; la partecipazione alle gare pubbliche è dal legislatore considerata, a seguito del deposito della domanda di concordato anche in bianco o con riserva, come un atto che deve essere comunque autorizzato dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato, ai sensi dell'art. 186 *bis*, comma 4, da ultimo richiamato anche dagli artt. 80 e 110 del Codice dei contratti; a tali fini l'operatore che presenta domanda di concordato in bianco o con riserva è tenuto a richiedere senza indugio l'autorizzazione, anche qualora sia già partecipante alla gara, e ad informarne prontamente la stazione appaltante; l'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa, non occorrendo che in tale momento l'impresa, inclusa quella che ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva, sia anche già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale; l'art. 48, commi 17, 18 e 19-*ter*, d.lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione, nella fase di gara, del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell'art. 161, comma 6, l. fall, e non sia stata utilmente autorizzato dal tribunale fallimentare a partecipare a tale gara, solo se tale sostituzione possa realizzarsi attraverso la mera estromissione del mandante, senza quindi che sia consentita l'aggiunta di un soggetto esterno al raggruppamento; l'evento che conduce alla sostituzione interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara.

La questione è stata sollevata dalla sez. V con ordinanza 8 gennaio 2021, n. 309 che aveva rimesso all'Adunanza plenaria le questioni a) se la presentazione di un'istanza di concordato in bianco *ex* art. 161, comma 6, legge fallimentare (r.d. n. 267 del 1942) da parte dell'impresa mandante di un raggruppamento temporaneo debba ritenersi causa di automatica esclusione dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di commesse pubbliche, quanto meno nell'ipotesi in cui essa contenga una domanda prenotativa per la continuità aziendale; b) se la partecipazione alle gare pubbliche debba ritenersi atto di straordinaria amministrazione e, dunque, possa consentirsi alle imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo c.d. in bianco la partecipazione alle stesse gare, soltanto previa autorizzazione giudiziale nei casi urgenti, ovvero se detta autorizzazione debba ritenersi mera condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione; c) in quale fase della procedura di affidamento l'autorizzazione giudiziale di ammissione alla continuità aziendale debba intervenire onde ritenersi

tempestiva ai fini della legittimità della partecipazione alla procedura e dell'aggiudicazione della gara; d) se le disposizioni normative di cui all'art. 48, commi 17, 18 e 19 *ter*, d.lgs. n. 50 del 2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire la sostituzione della mandante che abbia presentato ricorso di concordato preventivo c.d. in bianco *ex* art. 161, comma 6, cit. con altro operatore economico subentrante anche in fase di gara, ovvero se sia possibile soltanto la mera estromissione della mandante e, in questo caso, se l'esclusione del Raggruppamento temporaneo di impresa dalla gara possa essere evitata unicamente qualora la mandataria e le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione.

Ha chiarito l'Adunanza plenaria che dal complessivo (e innegabilmente complesso) dato testuale ricavabile dal codice dei contratti, nella versione applicabile sempre *ratione temporis*, se ne potrebbe ricavare allora la duplice conclusione per cui la partecipazione a nuove gare sarebbe preclusa non solo a chi ha presentato domanda di concordato in bianco ma, più in generale, in tutti i casi in cui l'operatore che ha presentato domanda di concordato preventivo a norma dell'art. 161 non sia stato ancora ammesso alla procedura. Il che, nei casi di concordato con continuità, non solo condurrebbe al sicuro insuccesso dell'istituto ma contrasterebbe frontalmente con quanto si è sempre letto, in questi anni, all'art. 186 *bis*, comma 4, dove – come già sottolineato – si dice chiaramente che tra il deposito della domanda e il decreto di apertura della procedura la partecipazione alle gare pubbliche è possibile purché sia autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato (un ulteriore indice, in favore della possibilità di partecipare alle gare anche prima dell'ammissione al concordato, si ricava inoltre dall'art. 5, d.m. 31 gennaio 2015 in tema di regolarità contributiva).

Da questo inciso della norma fallimentare – “se nominato”, nella formulazione in vigore dal 2013 al 2019, divenuto attualmente (come confermato anche, quando finalmente sarà in vigore, dall'art. 95 del codice della crisi) “ove già nominato” – già l'Anac (con la determinazione n. 5 dell'8 aprile 2015) e la dottrina hanno ricavato la convinzione che esso dimostrerebbe come l'art. 186 *bis*, comma 4, contempra (anche) l'ipotesi del concordato in bianco o con riserva, dal momento che per il concordato preventivo ordinario la nomina del commissario giudiziale è doverosa, sicché l'uso della formula ipotetica si spiegherebbe solo se riferita al concordato in bianco dove, invece, la nomina del commissario giudiziale è una facoltà lasciata al tribunale.

In epoca più recente, successivamente all'indizione della gara qui in contestazione, queste distonie (ma v'era chi tra i commentatori aveva parlato, al principio, di vero e proprio corto circuito tra due blocchi normativi) tra il codice dei contratti e la legge fallimentare sono andate riducendosi (come ha osservato anche Corte cost. n. 85 del 2020 al punto 4.2.1), se è vero che l'art. 80, comma 5, lett. b) fa ora (di nuovo) testuale rinvio all'art. 186 *bis* della legge fallimentare (come già prima era avvenuto con l'art. 38 del vecchio codice) e quindi anche al suo comma 4; e che l'art. 110 è stato riscritto in occasione dell'adozione proprio del codice della crisi d'impresa (ad opera dell'art. 372 di tale codice), prevedendosi che alle imprese che hanno depositato domanda di concordato con riserva si applichi l'art. 186 *bis* della legge fallimentare e che per la partecipazione alle

gare, tra il momento di tale domanda e quello del decreto di ammissione, sia sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto.

L'insieme di questi rilievi e di queste evidenze conduce quindi l'Adunanza plenaria a ritenere che, sulla scorta dell'art. 186 *bis*, comma 4, della legge fallimentare, la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva non possa considerarsi causa di automatica esclusione né inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici. In particolare non si può ritenere che la presentazione di una tale domanda comporti per ciò solo la perdita dei requisiti generali di partecipazione - il cui eventuale successivo recupero in caso di buon esito della procedura non varrebbe neppure ad elidere una simile cesura, in ragione del noto principio di continuità sempre ribadito da questo Consiglio (Ad. plen., n. 8 del 2012 e n. 8 del 2015) ostando a tale ricostruzione, oltre che la lettera dell'art. 186 *bis*, la veduta e ribadita funzione prenotativa e protettiva dell'istituto del concordato con riserva che, come spiegato nella relazione ministeriale all'art. 372 del Codice della crisi d'impresa, da strumento di tutela non può tradursi nel suo contrario, ossia in un ostacolo alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale in quanto proprio tale prospettiva postula che resti consentito, per quanto "vigilato", l'accesso al mercato dei contratti pubblici.

Questa conclusione, che subordina la partecipazione alle procedure di gara al prudente apprezzamento del tribunale, vale sia per l'ipotesi che l'impresa abbia già assunto la qualità di debitore concordatario nel momento in cui è indetta la (nuova) procedura ad evidenza pubblica, che per il caso in cui, all'inverso, la domanda di concordato segua temporalmente quella già presentata di partecipazione alla gara. In questo senso la formula "partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici", contenuta nell'art. 186 *bis*, comma 4 (e da ultimo all'art. 110, comma 4, del codice dei contratti), deve essere letta nel suo significato più pieno e più coerente con quella esigenza di controllo giudiziale *ab initio* che, realizzandosi sin dal momento in cui si costituisce il rapporto processuale con il giudice fallimentare, rappresenta il punto di equilibrio tra la tutela del debitore e quella dei terzi.

Si deve quindi precisare come, qualora come nel caso di specie l'impresa presenti la domanda di concordato dopo avere già presentato la domanda di partecipazione alla gara, essa dovrà chiedere al tribunale di essere autorizzata a (continuare a) partecipare alla procedura (in tal senso già Cons. Stato, sez. V, n. 6272 del 2013). Sebbene la legge non indichi un termine ad hoc per la presentazione di una tale istanza (di autorizzazione), è del tutto ragionevole ritenere che, secondo un elementare canone di buona fede in senso oggettivo, l'istanza debba essere presentata senza indugio, anche per acquisire quanto prima l'autorizzazione ed essere - per quanto si dirà - nella condizione utile di poterla trasmettere alla stazione appaltante con la procedura ad evidenza pubblica ancora in corso.

In casi di questo tipo, il richiamo alla buona fede, e agli obblighi di protezione che ne discendono nel corso delle trattative e della formazione del contratto (Ad. plen., n. 5 del 2018), vale anche a ritenere che della avvenuta presentazione della domanda di concor-

dato ai sensi dell'art. 161, comma 6, l'operatore debba mettere prontamente a conoscenza la stazione appaltante, trattandosi di un'informazione rilevante, ancorché la domanda di concordato sia pubblicata nel registro delle imprese e sia quindi in linea di principio conoscibile. Qualora fosse omessa tale informazione valuterà la stazione appaltante l'incidenza di una condotta reticente, (ma) senza automatismi e alla luce di quanto si è chiarito di recente con la sentenza di questa Adunanza n. 16 del 2020: facendo quindi applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*, anziché della lett. f-*bis*.

Quanto sinora evidenziato dispensa l'Adunanza dal dare risposta al secondo quesito posto con l'ordinanza di rimessione, siccome incentrato sull'assunto che la questione della partecipazione, possibile o meno, alle gare pubbliche debba trovare la sua soluzione sulla base dell'art. 161, comma 7, della legge fallimentare, a seconda che detta partecipazione sia qualificabile come un atto di ordinaria ovvero di straordinaria amministrazione; quando invece, per quanto in precedenza osservato, il legislatore con l'art. 186 *bis*, comma 4, ha considerato nello specifico la partecipazione alla gara come un atto (ovvero, anche se non soprattutto, una condotta complessiva), da sottoporre comunque e sempre al controllo giudiziale del tribunale fallimentare. Il che – è appena il caso di osservare incidentalmente – non deve significare che in linea generale partecipare ad una gara pubblica sia da considerarsi (sempre) un atto di straordinaria amministrazione quanto, piuttosto, che dopo la presentazione di una domanda di concordato (soprattutto se con riserva) quel che in astratto potrebbe anche considerarsi come di ordinaria amministrazione assume un connotato diverso, tale da richiedere il controllo giudiziale assicurando in tale sede – come si è chiarito – un minimo di *discovery* (in più) ovvero dovendo fornire l'imprenditore idonee informazioni sul contenuto del piano in preparazione (Cass. n. 14713 del 2019).

La centralità e l'importanza che riveste l'autorizzazione del giudice fallimentare, ai fini della partecipazione alla gara, conducono a ritenere che il rilascio e il deposito di tale autorizzazione debbano intervenire prima che il procedimento dell'evidenza pubblica abbia termine e, dunque, prima che sia formalizzata da parte della stazione appaltante la scelta del miglior offerente attraverso l'atto di aggiudicazione. Si tratta di una posizione, qui sostenuta anche dalla difesa erariale, che già è stata fatta propria dalla giurisprudenza più recente di questo (Cons. Stato, sez. V n. 1328 del 2020), alla quale si è richiamata anche l'Anac (delibera n. 362 del 2020), e che ha il pregio di individuare un limite temporale definito, (più) idoneo ad assicurare l'ordinato svolgimento della procedura di gara, senza far carico l'amministrazione aggiudicatrice e gli altri concorrenti dei possibili ritardi legati ai tempi di rilascio (o di richiesta) dell'autorizzazione.

Si intende che – anche a chiarimento del quesito rivolto all'Adunanza - si sta ragionando sempre dell'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara, di cui all'art. 186 *bis*, comma 4, e non anche dell'ammissione alla procedura di concordato di cui all'art. 163, trattandosi di provvedimenti del tribunale differenti, nei presupposti e negli effetti, il secondo dei quali destinato ad essere adottato a distanza di mesi dalla presentazione della domanda di concordato con riserva, quando la procedura ad evidenza pubblica normalmente è già conclusa. Proprio perché consapevole di questa distanza temporale,

sempre in chiave anticipatoria e prenotativa, il legislatore ha previsto che il rilascio del primo provvedimento sia condizione necessaria ma al tempo stesso (anche) sufficiente. Ove poi, nonostante il rilascio dell'autorizzazione, alla fine il tribunale non procedesse più all'ammissione dell'impresa al concordato o l'ammissione fosse revocata, aprendo così la via al fallimento ricorrendone i presupposti, è evidente che varranno le regole generali previste per i casi in cui il fallimento sopravvenga nel corso della gara o dopo la stipula del contratto (art. 110 e, per i raggruppamenti temporanei d'impresa, art. 48 del Codice dei contratti).

Così rispondendosi in linea generale al terzo quesito, è comunque rimesso alle stazioni appaltanti nel singolo caso concreto valutare se un'autorizzazione tardiva, ma pur sempre sopraggiunta in tempo utile per la stipula del contratto di appalto o di concessione, possa avere efficacia integrativa o sanante. È il caso singolare dal quale è originato il giudizio in corso, in cui è mancato il rilascio di un'autorizzazione da parte del tribunale prima dell'aggiudicazione della gara, non essendo stata presentata un'istanza in tal senso dall'impresa concordataria sull'erroneo presupposto che non occorresse, ma è intervenuta l'autorizzazione alla stipula del contratto di appalto.

La questione posta con il quarto quesito attiene, specificamente, all'estensione, introdotta dal comma 19-ter dell'art. 48 (comma aggiunto dall'art. 32, comma 1, lett. h), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, che ha esteso espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19 anche in corso di gara), delle modifiche soggettive, in origine consentite dai commi 17 e 18 solo alla fase dell'esecuzione, anche alla fase di gara, con l'invocata possibilità di effettuare la sostituzione della mandataria o della mandante – nel caso di specie, la mandante -anche con un soggetto esterno al raggruppamento.

Merita ricordare come la regola dell'immodificabilità risponda in via generale ad una duplice esigenza, fortemente avvertita sia a livello nazionale che, come si dirà, a livello europeo, di evitare, da un lato, che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto, del quale non abbia potuto verificare i requisiti, generali o speciali, di partecipazione, in conseguenza di modifiche della composizione del raggruppamento avvenute nel corso della procedura ad evidenza pubblica o nella fase esecutiva del contratto, e dall'altro all'esigenza di tutelare la par condicio dei partecipanti alla gara con modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento "calibrate" sull'evoluzione della gara o sull'andamento del rapporto contrattuale.

Di questa regola l'Adunanza plenaria (n. 8 del 2012), prima ancora del codice attuale, aveva dato una lettura funzionale, nel senso di non precludere la modifica soggettiva in assoluto, ammettendola laddove questa operi in riduzione, anziché in aggiunta o in sostituzione, quindi solo internamente e senza innesti dall'esterno del raggruppamento; e comunque sempre che non sia finalizzata ad eludere i controlli in ordine al possesso dei requisiti (Cons. Stato, sez. V, n. 1379 del 2020 e n. 1031 del 2018).

Ha ancora ricordato l'Alto consesso che procedura di gara assume il carattere di strumento di scelta non solo dell'offerta migliore, ma anche del contraente più affidabile, come è stato acutamente notato in dottrina, e il principio di immodificabilità soggettiva

risponde ad esigenze di sicurezza giuridica per la stazione appaltante durante l'iter di formazione e di esecuzione del contratto, oltre che al principio di concorrenza, di sicuro rilievo europeo, garantendosi così il primato giuridico della gara, la massima partecipazione, il principio di personalità del contratto, quale "specchio fedele" della gara stessa, come si è detto, e della sua tendenziale incedibilità, ammessa solo a determinate condizioni dalla legge (v., più in generale, l'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, d.lgs. n. 50 del 2016).

Le deroghe, tassativamente previste, devono trovare un solido fondamento normativo, a livello europeo e nazionale, e rispondere anzitutto, seppur non solo, ad un preciso interesse pubblico, che giustifichi la deroga alla riapertura dell'appalto alla concorrenza per il venir meno della identità giuridica tra soggetto che ha formulato la proposta, che si aggiudica la gara e che esegue il contratto.

Ebbene, quanto meno per la fase della gara, un simile fondamento, a livello europeo, non è dato rinvenire, non al punto da consentire la modifica del raggruppamento temporaneo d'impresе con l'aggiunta di un soggetto esterno. In assenza di un tale fondamento, e al cospetto di una regola generale risalente di segno inverso di cui si è già detto, si impone quindi un'interpretazione comunitariamente orientata, ovvero conforme, della disposizione nazionale di cui al comma 19 ter dell'art. 48, privilegiando tra tutti i significati possibili quello che appare maggiormente conforme ai principi del Trattato e alle finalità della direttive in materia, nel senso che deve ritenersi consentita in sede di gara, per tutte le ragioni vedute, solo una modifica della composizione del raggruppamento c.d. per sottrazione ovvero per riduzione, la sola coerente con i principi di parità di trattamento e di concorrenza.

Sul piano procedurale, l'evento che conduce alla sostituzione interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità proceduralizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara.

È alla luce di queste considerazioni, dunque, che deve ora fornirsi risposta al quarto quesito, escludendo la sostituzione esterna per la figura della mandante, come anche logicamente per quella della mandataria.

- Per pregressa risoluzione.

Con sentenza 1 giugno 2021, n. 4201 la sez. III ha affermato che l'art. 1, comma 20, lett. o), n. 5), d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, che ha sostituito il comma 10 dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 con gli attuali commi 10 e 10-bis, va interpretato nel senso che il limite temporale triennale decorrente dalla data della risoluzione non opera nel caso in cui il provvedimento sia contestato in giudizio.

La Sezione ha ritenuto non divisibile l'assunto secondo cui il *dies a quo* dei tre anni decorre dalla data della risoluzione.

Ha premesso che il comma 10 *bis* dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, inserito dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito in l. 14 giugno 2019, n. 55 (c.d. sblocca cantieri), è stato introdotto per dare risposta all'esigenza di delimitare il periodo nel quale una pregressa vicenda professionale negativa possa comportare l'esclusione di un operatore economico dalle procedure di gara, nella consapevolezza che, con il passare del tempo, le pregresse vicende professionali perdono il loro disvalore ai fini dell'apprezzamento dell'affidabilità del concorrente e possono ritenersi superate dalla regolare continuazione dell'attività di impresa (Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6635). Simmetricamente a quanto previsto dal primo periodo del comma 10 *bis* dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione alle sentenze penali di condanna (per i casi di cui alle lettere b) e c) del comma 10 dell'art. 80), qualsiasi altra situazione/provvedimento o vicenda - in definitiva qualsiasi "fatto" - che possa dar luogo ad un provvedimento di esclusione ai sensi del comma 5 dell'art. 80 conserva tale valenza per una durata non superiore al triennio. Un provvedimento di risoluzione per inadempimento di un precedente contratto d'appalto può fondare una valutazione di inaffidabilità e non integrità dell'operatore per un periodo che non superi il triennio. In definitiva, allora, laddove il legislatore utilizza l'espressione "durata dell'esclusione" e fa riferimento ai "casi di cui al comma 5", è come se dicesse "la durata del periodo in cui è possibile disporre l'esclusione in base al medesimo fatto rilevante ai sensi del comma 5", corrisponde al triennio.

Ciò premesso, il giudice di appello si è soffermato sull'individuazione del *dies a quo* per il computo del triennio, che il legislatore ha fissato alternativamente nella "data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione" ovvero, se contestato in giudizio, "dalla data di passaggio in giudicato della sentenza".

Per esse si impone un'interpretazione adeguatrice con la lettura in precedenza data dell'ambito applicativo della norma: i riferimenti normativi debbono essere intesi, pertanto, al "fatto" che può dar luogo al provvedimento amministrativo di esclusione, con la conseguenza di fissare il *dies a quo* nella data in cui lo stesso sia accertato giudizialmente, con il passaggio in giudicato della relativa pronuncia, nel caso in cui il fatto (nella specie, la risoluzione) sia stato impugnato.

Così, riprendendo il caso del provvedimento di risoluzione, il triennio decorrerà dal momento dell'adozione del provvedimento di risoluzione, ovvero, se contestato in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza che ha definito la causa.

Ha ritenuto la Sezione che la portata della norma non sembra lasciare spazio a diversa interpretazione, non solo facendo riferimento alla data di passaggio in giudicato della sentenza che ha deciso il contenzioso sulla impugnazione del provvedimento (nella specie, la risoluzione contrattuale) ma anche stabilendo che nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso.

21.15. Poteri dell'Anac.

Con sentenza 31 agosto 2021, n. 6119 la sez. VI ha affermato che il potere sanzionatorio esercitato dall'Anac nei confronti dei concorrenti di gara pubblica ha natura vincolata di talché, eventuali imprecisioni o deficit formali rinvenibili nel percorso procedimentale e, soprattutto, nel provvedimento sanzionatorio, non possono condurre all'annullamento del provvedimento impugnato, in applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, l. 7 agosto 1990, n. 241.

La Sezione ha aggiunto che in sede di esercizio del potere sanzionatorio esercitato dall'Anac nei confronti dei concorrenti di gara pubblica - ai sensi dell'art. 40 del Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, adottato con delibera del 26 febbraio 2014 - ciò che deve intervenire, ai fini del rispetto del termine perentorio di 60 giorni dalla acquisizione della documentazione e/o delle informazioni utili alla formulazione di una contestazione di addebito, è l'inoltro, da parte della unità organizzativa competente per i procedimenti sanzionatori, della proposta di avvio del procedimento al Consiglio dell'Autorità per acquisirne l'approvazione; mentre non rileva la data dell'approvazione della proposta da parte dell'organo deliberante, nonché quella, ulteriore, della comunicazione all'interessata.

Ha chiarito la Sezione che in materia di tempi dei procedimenti sanzionatori affidati all'Anac, il Consiglio di Stato ha avuto modo di considerare che l'esercizio di siffatta potestà non può restare esposta *sine die*, cioè ostando a elementari esigenze di sicurezza giuridica e di prevedibilità in tempi ragionevoli delle conseguenze dei comportamenti e di sottolineare la necessità di evitare che i tempi dilatati del procedimento divengano ragione di insicurezza giuridica per gli interessi degli operatori economici coinvolti, sia nella fase iniziale, “quando la vicinanza della contestazione al momento di commissione del fatto addebitato è indispensabile per consentire di apprestare al meglio la difesa”, sia in riferimento alla durata complessiva del procedimento (Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2018, n. 5695).

Con particolare riferimento ai tempi di avvio del procedimento di cui trattasi, il Consiglio di Stato (sez. V, 13 dicembre 2019, n. 8481; id., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2289; id. 11 giugno 2019, n. 3919) ha posto in risalto come il loro carattere perentorio discenda dalla natura afflittiva delle sanzioni applicate al suo esito, e risponda all'esigenza di evitare che l'impresa possa essere esposta a tempo indefinito all'applicazione delle sanzioni stesse. Del resto, il Regolamento unico di cui trattasi costituisce promanazione della norma primaria di cui all'art. 8, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, che stabilisce che “Il regolamento dell'Autorità disciplina l'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità nel rispetto dei principi della tempestiva comunicazione dell'apertura dell'istruttoria, della contestazione degli addebiti, del termine a difesa, del contraddittorio, della motivazione, proporzionalità e adeguatezza della sanzione, della comunicazione tempestiva con forme idonee ad assicurare la data certa della piena conoscenza del provvedimento, del rispetto degli obblighi di riservatezza previsti dalle norme vigenti”.

Ciò posto, l'art. 40, comma 2, del Regolamento fa emergere che, ai fini del rispetto del termine perentorio di sessanta giorni di cui al primo periodo, occorre avere riguardo, da un lato, alla “acquisizione della documentazione e/o delle informazioni utili alla formulazione di una contestazione di addebiti” (*dies a quo*), dall'altro, “all'invio della comunicazione di avvio del procedimento in Consiglio per la necessaria approvazione” (*dies ad quem*); nel secondo periodo la norma stabilisce poi che, in caso di approvazione, la comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio va effettuata entro 30 giorni dal relativo deliberato. La tempistica dell'articolato andamento procedimentale così come complessivamente delineato, nel soddisfare le esigenze “esterne” menzionate al capo che precede, riflette anche, segnatamente con il termine perentorio del primo periodo, una evidente esigenza “pura” di garanzia dell'efficienza dell'azione amministrativa. Tanto chiarito, si osserva che, alla luce della puntuale formulazione della previsione sopra riprodotta, ciò che deve intervenire ai fini del suo rispetto è l'inoltro da parte della competente Unità organizzativa responsabile (Uor) della proposta di avvio del procedimento al Consiglio dell'Autorità per acquisirne l'approvazione. Non rileva, invece, la data dell'approvazione della proposta da parte dell'organo deliberante, nonché quella, ulteriore, della comunicazione all'interessata.

21.16. Cauzione provvisoria.

Con ordinanza 26 aprile 2021, n. 3299 la sez. V ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 93, comma 6, che disciplina la cauzione provvisoria prestata dagli operatori economici che partecipino ad una gara, nel combinato disposto con l'art. 216, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per contrasto con gli artt. 3 e 117, comma primo, (quest'ultimo in relazione all'art. 49, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) Cost., che precludono l'applicabilità della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta - introdotta dal nuovo Codice dei contratti, rispetto alla disciplina previgente del Codice approvato con d.lgs. n. 163 del 2016 - che prevede l'escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione (definitiva) e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica – in quanto già in vigore al momento dell'adozione del provvedimento di escussione della garanzia provvisoria.

Ha chiarito la Sezione che l'art. 93, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 circoscrive la possibilità, per la stazione appaltante, di escutere la garanzia nei soli confronti dell'aggiudicatario (*recte*, “affidatario”), nei casi specifici ivi contemplati. L'escussione della garanzia provvisoria ha carattere latamente sanzionatorio, che costituisce conseguenza *ex lege* dell'esclusione per riscontrato difetto dei requisiti da dichiarare.

Ai sensi dell'art. 216 del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016 le disposizioni contemplate nel Codice si applicano “alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte”. Manca,

invece, una disposizione espressa che, in particolare, estenda l'applicazione della disciplina di cui al comma 6 dell'art. 93 cit. anche alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano stati sì pubblicati in epoca antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, ma relativamente alle quali l'amministrazione si sia determinata ad escutere la cauzione prestata da uno dei partecipanti alla gara non aggiudicatario in un momento successivo all'entrata in vigore dello stesso.

Ha ancora ricordato la Sezione che come ancora di recente evidenziato da Corte Cost. 21 marzo 2019, n. 63, il principio della retroattività della *lex mitior* in materia penale è fondato tanto sull'art. 3 Cost., quanto sull'art. 117, primo comma, Cost., eventuali deroghe a tale principio dovendo superare un vaglio positivo di ragionevolezza in relazione alla necessità di tutelare controinteressi di rango costituzionale.

Il principio in questione deve ritenersi applicabile anche alle sanzioni di carattere amministrativo che abbiano natura "punitiva".

Secondo la costante giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze n. 236 del 2011, n. 215 del 2008 e n. 393 del 2006), la regola della retroattività della *lex mitior* in materia penale non è riconducibile alla sfera di tutela dell'art. 25, secondo comma, Cost., che sancisce piuttosto il principio – apparentemente antinomico – secondo cui "[n]essuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso".

Tale principio deve, invero, essere interpretato nel senso di vietare l'applicazione retroattiva delle sole leggi penali che stabiliscano nuove incriminazioni, ovvero che aggravino il trattamento sanzionatorio già previsto per un reato, non ostando così a una possibile applicazione retroattiva di leggi che, all'opposto, aboliscano precedenti incriminazioni ovvero attenuino il trattamento sanzionatorio già previsto per un reato. Cionondimeno, la regola dell'applicazione retroattiva della *lex mitior* in materia penale – sancita, a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 2, secondo, terzo e quarto comma, cod. pen. – non è sprovvista di fondamento costituzionale: fondamento che la costante giurisprudenza della Corte ravvisa anzitutto nel principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., "che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice" (sentenza n. 394 del 2006). Ciò in quanto, in via generale, "[n]on sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque altro può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve)" (sentenza n. 236 del 2011).

La riconduzione della retroattività della *lex mitior* in materia penale all'alveo dell'art. 3 Cost. anziché a quello dell'art. 25, secondo comma, Cost., segna però anche il limite della garanzia costituzionale della quale la regola in parola costituisce espressione. Mentre, infatti, l'irretroattività *in peius* della legge penale costituisce un valore assoluto e inderogabile, la regola della retroattività *in mitius* delle disposizioni sanzionatorie "è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli" (sentenza n. 236 del 2011).

Il criterio di valutazione della legittimità di eventuali deroghe legislative alla retroattività della *lex mitior* in materia sanzionatoria, alla stregua dell'art. 3 Cost., è stato in particolare analizzato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 393 del 2006, ove si osserva, tra l'altro, che “la retroattività *in mitius* della legge penale è ormai affermata non solo, a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 2 cod. pen., ma trova ampi riconoscimenti nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea. La retroattività della *lex mitior* in materia penale è in particolare enunciata tanto dall'art. 15, comma 1, terzo periodo, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, concluso a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con l. 25 ottobre 1977, n. 881; quanto dall'art. 49, paragrafo 1, terzo periodo, Cdue”. Ne consegue che il valore tutelato dal principio in parola “può essere sacrificato da una legge ordinaria solo in favore di interessi di analogo rilievo”, con la conseguenza che lo scrutinio di costituzionalità *ex art. 3 Cost.*, sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma più favorevole deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole (sentenza n. 393 del 2006).

Ha ancora affermato la Sezione che l'escussione della garanzia in parola non può essere considerata una misura meramente ripristinatoria dello status quo ante, né ha natura risarcitoria (o anche solo indennitaria), né mira semplicemente alla prevenzione di nuove irregolarità da parte dell'operatore economico. Si tratta, piuttosto, di una sanzione dall'elevata carica afflittiva che, in assenza di una specifica finalità indennitaria (propria della sola ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario) o risarcitoria, “si spiega soltanto in chiave di punizione dell'autore dell'illecito in questione, in funzione di una finalità di deterrenza, o prevenzione generale negativa, che è certamente comune anche alle pene in senso stretto” (Corte cost. n. 63 del 2019).

In ragione dei rilievi che precedono dovrebbe quindi concludere per l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che precludono l'applicabilità della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta – la quale prevede l'escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione (definitiva) e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica – se già in vigore al momento dell'adozione del provvedimento di escussione della garanzia provvisoria.

21.17. Offerta di gara.

- Pubblicità della seduta di apertura delle buste contenenti le offerte.

La sez. V, con sentenza 1 marzo 2021, n. 1700 ha affermato che nel caso di gara svolta in modalità telematica non sussiste l'obbligo di apertura in seduta pubblica delle buste contenenti tanto la documentazione amministrativa che le offerte, tecniche ed economiche, atteso che con il caricamento della documentazione su piattaforma informatica messa a disposizione dei concorrenti è possibile tracciare in maniera incontrovertibile tutti i flussi.

Ha premesso che sussiste l'obbligo di apertura in seduta pubblica delle buste contenenti tanto la documentazione amministrativa che le offerte, tecniche ed economiche, onde

assicurare in tale sede una ricognizione trasparente, oltre che dell'integrità del plico, anche del relativo contenuto documentale che valga a garantire i concorrenti dal pericolo di manipolazioni successive delle offerte proprie e di quelle altrui, eventualmente dovute ad inserimenti, sottrazioni o alterazioni di documenti. In tale fase la verifica consentita consiste in un semplice controllo preliminare degli atti inviati, con l'ulteriore precisazione, tuttavia, che i suddetti principi vanno necessariamente verificati in stretta aderenza con il regime delle singole procedure selettive onde accertare l'effettiva replicabilità del rischio che mirano a scongiurare (Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2021, n. 627). Nel caso della gara svolta in modalità telematica, con caricamento della documentazione su piattaforma informatica messa a disposizione dei concorrenti, è possibile tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo una immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica. Siffatta modalità di espletamento della procedura di gara è stata ritenuta dalla stessa giurisprudenza idonea a garantire la trasparenza, anche in assenza di seduta pubblica, anche per l'apertura delle offerte tecniche (e di quelle offerte economiche), per la maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità degli atti che offre (Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2019, n. 8333).

- Indicazione separata dei costi di manodopera e degli oneri di salute e di sicurezza.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 31 marzo 2021, n. 278 ha affermato che l'appalto avente ad oggetto i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria di progettazione definitiva ed esecutiva, studio di impatto ambientale, comprensivo di esecuzione di indagini geologiche e geotecniche, ha come prestazione prevalente servizi di natura intellettuale, a nulla rilevando che nell'oggetto dell'appalto sia compresa anche l'esecuzione di indagini geologiche e geotecniche, essendo complementari e subvalenti e, quindi, accessorie rispetto all'attività principale di natura intellettuale, non sussistendo l'obbligo di indicazione specifica degli oneri sicurezza, anche qualora l'organizzazione della prestazione intellettuale possa essere comunque tale da esporre il prestatore ad una qualche forma di rischio; i servizi di natura intellettuale cui fa riferimento l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 sono, infatti, quelli in cui le prestazioni intellettuali rivestono carattere prevalente, ancorché non esclusivo, nel contesto delle prestazioni erogate, rispetto alle attività materiali.

Ha ricordato il C.g.a. che l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che, nell'offerta economica, l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a).

La disposizione non ha carattere innovativo, ma ricognitivo di un precedente indirizzo giurisprudenziale, secondo cui gli oneri di sicurezza interna non sono configurabili negli appalti concernenti servizi di natura intellettuale (Cons. Stato, sez. V, n. 3163 del 2018). In proposito, la giurisprudenza ha già avuto modo di chiarire che, laddove qualificato in

termini intellettuali, non sussiste l'obbligo di indicazione specifica degli oneri sicurezza, anche qualora l'organizzazione della prestazione intellettuale possa essere comunque tale da esporre il prestatore ad una qualche forma di rischio (Cons. Stato, sez. V, n. 4688 del 2020).

Ha aggiunto il C.g.a. che, anche in considerazione della ratio cui è ispirata la normativa sulle procedure ad evidenza pubblica, ritiene che i servizi di natura intellettuale cui fa riferimento l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 siano quelli in cui le prestazioni intellettuali rivestono carattere prevalente, ancorché non esclusivo, nel contesto delle prestazioni erogate, rispetto alle attività materiali.

La *ratio* dell'evidenza pubblica sia a livello nazionale che sovranazionale, infatti, è volta al migliore utilizzo possibile del danaro e degli altri beni della collettività e alla tutela della libertà di concorrenza tra le imprese. Di talché, il principio cardine delle gare pubbliche è quello del *favor participationis*, atteso che solo attraverso la più ampia possibile presentazione di offerte da parte degli operatori economici "qualificati" è possibile garantire, da un lato, che l'Amministrazione individui, tra i tanti, il "miglior contraente", dall'altro, l'esplicazione di una piena ed effettiva concorrenza tra le imprese in un mercato libero (Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2021, n. 1483).

- *Offerta economicamente più vantaggiosa.*

Con sentenza 14 dicembre 2021, n. 8353 la sez. III ha affermato che in sede di gara da attribuire con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa è legittimo l'utilizzo di una formula secondo la quale il punteggio economico è pari a "30 X Prezzo più basso tra quelli validi presentati/Prezzo offerto della ditta concorrente", e ciò in quanto tale formula, lungi dall'essere aprioristicamente irragionevole, ha avuto l'evidente, e legittima, finalità di attribuire decisiva rilevanza alle componenti qualitative dell'offerta, a scapito o comunque in preferenza rispetto a quelle economiche, che tuttavia non sono state eccessivamente comprese o addirittura annullate nelle valutazioni, ed è pienamente giustificata in un appalto ad elevato tasso tecnico relativo all'affidamento del servizio di cure domiciliari di primo e secondo livello nel territorio dell'Azienda per il fabbisogno di tre anni e, dunque, attinente a fondamentali diritti della persona, bisognosa di cure e di assistenza a domicilio, materia nella quale, anche nel settore degli appalti, è il profilo qualitativo che, per prevalenza dei principi costituzionali prima che ancora per coerenza logica, deve assumere un rilievo preponderante rispetto alla mera convenienza economica e alle pure ragioni di mercato.

La Sezione ha ricordato un primo orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081; id. 7 giugno 2017, n. 2739; id. 22 marzo 2016, n. 1186; id. 15 luglio 2013, n. 3802; id. 31 marzo 2012, n. 1899) secondo cui "nell'ambito delle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è necessario che nell'assegnazione dei punteggi venga utilizzato tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo, al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta".

Secondo tale orientamento le formule matematiche di attribuzione di punteggi che hanno l'effetto di sterilizzare le differenze fatte registrare tra i ribassi offerti non potrebbero sottrarsi ad eventuali censure di contraddittorietà, irragionevolezza ed arbitrarietà, nella misura in cui abbiano l'effetto di alterare il peso della componente prezzo nell'ambito dell'equilibrio complessivo con la componente tecnica. Ciò, infatti, costituirebbe elemento valutabile in chiave sintomatica di un non corretto esercizio della pur ampia discrezionalità di cui godono le stazioni appaltanti nel determinare le formule in base alle quali attribuire il punteggio per la valutazione dell'offerta economica.

Tale orientamento è stato seguito anche di recente dal Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza del 10 aprile 2020, che ha confermato una sentenza dello stesso Tar Napoli, sez. VI, 4 aprile 2019, n. 1880, relativo peraltro ad una fattispecie in cui era stato incluso nel valore dell'offerta economica su cui calcolare il ribasso anche il costo del personale e degli oneri di sicurezza, per espressa previsione della *lex specialis* di gara non soggetti al ribasso, ed in cui lo schiacciamento era assai pregnante essendo stato assegnati ben 27,48 punti all'offerta aggiudicataria (sebbene con un ribasso complessivo pari a poco più del 5,5 per cento) riconoscendo, per converso, all'offerta della parte ricorrente 30 punti a fronte, però, di un ribasso, assai più consistente, del 97 per cento, realizzando così il censurato "svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta".

Anche il Tribunale stesso ha fatto riferimento a tale orientamento giurisprudenziale con le sentenze n. 3176, n. 3181 e n. 3182 del 17 luglio 2020 del medesimo Tribunale, richiamate dall'appellante in primo grado, relative peraltro ad una fattispecie in cui l'annullamento dell'intera procedura di gara è stata determinato in primo luogo dalla non chiarezza della formula matematica, stante la contraddittorietà delle norme del capitolato sul punto e la non corrispondenza della formula in concreto applicata ai criteri indicati nel disciplinare di gara.

Sul punto il primo giudice ha invero evidenziato, peraltro, come tali sentenze siano state confermate in sede di appello con le recentissime sentenze di questo stesso Consiglio di Stato, sez. III, 3 marzo 2021, n. 1816, n. 1804 e n. 1813 sul rilievo ritenuto assorbente della palese contraddittorietà delle diverse previsioni contenute nel disciplinare e nel capitolato, che hanno reso incerta la *lex specialis* di gara su un punto di rilevante importanza quale è il criterio di individuazione dell'offerta economica, facendosi in alcuni casi riferimento alla sommatoria dei ribassi e, in altri, al prezzo.

La più recente giurisprudenza amministrativa si è sempre più orientata nel senso di ritenere "non contrarie a legge o irragionevoli formule matematiche volte a rendere marginale il peso degli elementi economici attraverso vari elementi correttivi" (Cons. Stato, sez. V, 26 novembre 2020, n. 7436; id. 23 dicembre 2019, n. 8688; id. 23 novembre 2018, n. 6639).

Tale evoluzione è avvenuta sulla base del "mutato contesto" (così, ancora, la citata pronuncia 23 dicembre 2019, n. 8688 di questo Consiglio di Stato) "conseguente all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in relazione al quale nelle Linee-guida n. 2, sull'offerta economicamente più vantaggiosa,

L'Anac ha segnalato la possibilità di impiegare formule matematiche in funzione dissuasiva rispetto ad una competizione eccessiva sul prezzo e dunque in funzione correttiva del metodo tradizionale dell'interpolazione lineare».

La stessa sentenza n. 8688 del 2019 di questo Consiglio di Stato ha, ulteriormente, posto in evidenza che i precedenti difformi sono riferiti a procedure di gara soggette al previgente codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, dal quale non era ricavabile alcuna preferenza per criteri legati alla componente prezzo rispetto a quelli di carattere qualitativo, come invece dall'art. 95 del codice dei contratti pubblici attualmente in vigore (si rinvia a quest'ultimo riguardo ai principi formulati dall'Adunanza plenaria di questo stesso Consiglio di Stato nella sentenza del 21 maggio 2019, n. 8).

- *Anomalia dell'offerta.*

Con sentenza 19 ottobre 2021, n. 7036 la sez. III ha affermato che sono tardive le giustificazioni della non anomalia dell'offerta rese dal concorrente soltanto in sede giudiziaria.

La Sezione ha dato atto della possibilità, riconosciuta dalla giurisprudenza, di giustificare la non anomalia dell'offerta e richiama principi pacificamente riconosciuti dal giudice di appello.

Ha ricordato che la disposizione dell'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, laddove impone di indicare “i propri costi della manodopera” nell'offerta economica, fissa un obbligo dichiarativo a pena di esclusione che riguarda il singolo “operatore” ed ha ad oggetto i “propri” costi della manodopera, ossia i costi da sostenersi effettivamente da quest'ultimo per garantire l'esecuzione dell'appalto. Le uniche deroghe a tale obbligo sono quelle previste dalla stessa disposizione (forniture senza posa in opera, servizi di natura intellettuale, affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a), nessuna delle quali ricorrente nel caso di specie.

La portata escludente dell'inosservanza dell'obbligo in parola da parte del singolo operatore economico fissato dalla richiamata disposizione nazionale è stata ritenuta conforme ai principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza - quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE - dalla sentenza della Corte giust.comm.ue, sez. IX, 2 maggio 2019, in causa C-309/18.

Ha affermato il Giudice eurounitario che i predetti principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione.

Nei suoi principali snodi valutativi detta sentenza ha evidenziato che: a) l'obbligo di indicare separatamente gli oneri per la sicurezza aziendale in sede di offerta discende chiaramente dal combinato disposto dell'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici e dell'art. 83, comma 9, del medesimo, il quale non consente la regolarizzazione di carenze concernenti l'offerta tecnica o economica; b) pertanto, qualsiasi operatore economico ragionevolmente informato e normalmente diligente si presume a conoscenza dell'obbligo in questione; c) la regola opera anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione; d) nondimeno, nei casi in cui il bando di gara contenga bensì un espresso rinvio alle norme del Codice dei contratti pubblici, ma si accompagni alla predisposizione di modelli dichiarativi ad uso obbligatorio concretamente privi di spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera, debba demandarsi al giudice del merito la verifica della "materiale impossibilità" di evidenziare, nel rispetto della prescrizione normativa, i costi in questione, legittimandosi - in presenza di circostanze idonee a "generare confusione" in capo agli offerenti - l'eventuale attivazione del soccorso istruttorio.

In applicazione dei suindicati postulati anche sul versante interno non residuano dubbi sulla piena predicabilità dell'automatismo espulsivo correlato al mancato scorporo nell'offerta economica dei costi inerenti alla manodopera e ciò a prescindere da una espressa previsione, in tal senso, della *lex specialis* di gara (Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, nn. 7 e 8; id., sez. V, 8 gennaio 2021, n. 283; id. 10 febbraio 2020, n. 1008; id. 24 gennaio 2020, n. 604).

La *ratio* dell'obbligo dell'indicazione separata dei costi della manodopera è esplicitata nell'ultimo periodo dello stesso art. 95, comma 10, secondo il quale "le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto dall'art. 97, comma 5, lett. d)", vale a dire il rispetto dei minimi salariali retributivi del personale indicati nelle tabelle di cui all'art. 23, comma 16.

Si tratta, all'evidenza, della finalità di tutela delle condizioni dei lavoratori cui si accompagna, a determinate condizioni, la finalità di consentire alla stazione appaltante la verifica della serietà dell'offerta economica, in particolare, in presenza di offerte anormalmente basse.

La gravità della conseguenza giuridica dell'espulsione dalla gara segnala, sul piano sostanziale, la rilevanza dei beni giuridici tutelati attraverso l'imposizione della prescrizione normativa, che intende garantire la tutela del lavoro sia sotto il profilo della applicazione dei contratti collettivi (e, quindi, della tutela della retribuzione dei lavoratori secondo l'art. 36 Cost.), sia sotto il profilo della salute e della sicurezza dei lavoratori (art. 32 Cost., ma anche secondo e terzo comma dell'art. 36 Cost., in cui si fissano la durata

massima della giornata lavorativa ed il diritto al riposo settimanale nonché alle ferie annuali, che individuano altrettante condizioni necessarie e rilevanti anche per la tutela della salute dei lavoratori).

L'indicazione del costo della manodopera (così come degli oneri per la sicurezza aziendale) svolge, in realtà, una duplice funzione: non solo ai fini dell'eventuale giudizio di anomalia (che ha come unico scopo la verifica della congruità dell'importo indicato dall'offerente come costo del personale, da effettuare ai sensi dell'art. 97, comma 5, lett. d), del Codice dei contratti, e con i limiti posti dal comma 6 della medesima disposizione), ma, prima ancora, in sede di predisposizione dell'offerta economica per formulare un'offerta consapevole e completa sotto tutti i profili sopra evidenziati (Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2020, n. 4140). Tali principi, ormai granitici nella giurisprudenza del giudice amministrativo, portano ad escludere che l'onere di indicazione degli oneri della manodopera possa ritenersi assolto con l'indicazione del costo standardizzato già riportato nelle tabelle ministeriali, atteso che, come correttamente affermato da Formula nei propri scritti difensivi, si finirebbe per implicitamente accettare che nessuna impresa adempia più realmente a tale obbligo, essendo più agevole riservare il calcolo ad una fase successiva all'aggiudicazione, anche al fine di calibrarne l'ammontare ad eventuali esigenze di copertura di voci contestate.

La sez. VI, con sentenza 14 aprile 2021, n. 3085 ha affermato che l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara di un'offerta ritenuta anomala non comporta l'obbligo per la stazione appaltante, prima di procedere all'aggiudicazione, di operare una nuova valutazione di anomalia, ove la pronuncia caducatoria non comporti – come nel caso di specie - margini per la riedizione del potere, fondandosi sull'accertamento della sostenibilità economica di tale offerta.

Ha chiarito la Sezione che il giudicato che, accogliendo il ricorso contro il provvedimento di esclusione per anomalia dell'offerta, accerti la congruità dell'offerta medesima in punto di sostenibilità economica della stessa, preclude la proposizione, all'esito di un nuovo provvedimento di aggiudicazione non preceduto da nuova valutazione di congruità, di motivi di ricorso che censurano l'aggiudicazione per ritenuta anomalia della relativa offerta (anche in ragione del carattere globale ed omnicomprensivo di tale giudizio).

21.18. Inefficacia del contratto di appalto.

Con sentenza 8 ottobre 2021, n. 841 il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha affermato che la dichiarazione di inefficacia del contratto non costituisce un effetto automatico dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma può conseguire ad una specifica valutazione effettuata dal giudice che ha annullato l'aggiudicazione, sulla base degli elementi di valutazione indicati dall'art. 122 c.p.a..

Ha chiarito la sentenza che nella materia dei contratti pubblici, l'illegittimità dell'azione amministrativa, che si sia risolta nell'annullamento dell'aggiudicazione, prospetta, alla stregua dell'art. 124 c.p.a., una articolata struttura rimediale rimessa, in base all'ordinario canone dispositivo, alla domanda di parte (cfr. artt. 30, 40, comma 1, lettere b) ed f), 41

e 64 c.p.a., in relazione all'art. 99 cod. proc. civ. e 2907 cod. civ.). In particolare – contestualmente alla impugnazione, a mezzo di “azione di annullamento” (art. 29 c.p.a.), ad esito prospetticamente demolitorio, dei “provvedimenti concernenti le procedure di affidamento” (artt. 119, comma 1, lettera a), e 120 c.p.a.) – è rimessa all'impresa pregiudicata l'opzione: a) per una “tutela in forma specifica”, a carattere integralmente soddisfacente, affidata alla domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto (art. 124, comma 1, prima parte), il cui accoglimento: a1) postula, in negativo, la sterilizzazione *ope iudicis*, in termini di “dichiarazione di inefficacia”, del contratto eventualmente già stipulato *inter alios* (essendo, per ovvie ragioni, preclusa una ulteriore attribuzione dell'unitario bene della vita gestito dalla procedura ad evidenza pubblica); a2) richiede, in positivo, un apprezzamento di spettanza in termini di diritto al contratto, con la certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, il ricorrente si sarebbe senz'altro aggiudicato la commessa; b) per un “risarcimento del danno per equivalente” (art. 124, comma 1, seconda parte), e cioè: b1) sia nel caso in cui il giudice abbia riscontrato l'assenza dei presupposti per la tutela specifica (e, in particolare, non abbia ravvisato, ai sensi degli artt. 121, comma 1 e 122 c.p.a., i presupposti per dichiarare inefficace il contratto stipulato ovvero, sotto distinto profilo, non abbia elementi sufficienti a formulare un obiettivo giudizio di spettanza); b2) sia nel caso in cui la parte abbia ritenuto di non formalizzare la domanda di aggiudicazione (né si sia resa comunque “disponibile a subentrare nel contratto”, anche in corso di esecuzione), nel qual caso la “condotta processuale” va anche apprezzata in termini concausali (cfr. art. 124, comma 2, in relazione al richiamato art. 1227 cod. civ.). Insomma, ai sensi delle richiamate norme processuali, costituisce un preciso onere dell'operatore economico che intende subentrare nella posizione negoziale dell'aggiudicatario, formulare una specifica domanda di subentro nel contratto. La dichiarazione di inefficacia del contratto, infatti, non costituisce un effetto automatico dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma può conseguire ad una specifica valutazione effettuata dal giudice che ha annullato l'aggiudicazione, sulla base degli elementi di valutazione indicati dall'art. 122 c.p.a..

21.19. Commissariamento ex art. 32, comma 1, lett. b), d.l. n. 90 del 2020.

Con sentenza 19 luglio 2021, n. 5383 la sez. VI ha affermato che in caso di commissariamento ex art. 32, comma 1, lett. b), d.l. n. 90 del 2020 del contratto pubblico stipulato da un consorzio, il vincolo si estende automaticamente a tutte le sue consorziate, il che impedirebbe loro di sciogliersi.

Ha chiarito la Sezione che della misura commissariale di cui all'art. 32, comma 1, lett. b), d.l. n. 90 del 2020 è ragionevole e prudente dare un'interpretazione il più aderente possibile alla lettera della legge (che riferisce la misura “limitatamente alla completa esecuzione del contratto”), ribadendo come si tratti di una speciale forma di commissariamento riguardante soltanto il contratto pubblico, di cui si vuole garantire l'integrale esecuzione al riparo da ogni condizionamento ed evitare che nel frattempo utilità illecite siano percepite dal reo o da chi si reputa tale, e non anche la *governance* dell'impresa, in

ciò distinguendosi dalle misure di prevenzione patrimoniale disposte ai sensi del d.lgs. 159 del 2011 (Cons. Stato, sez. III, n. 5564 del 2017).

In questa prospettiva, la tesi secondo cui in caso di commissariamento del contratto pubblico stipulato da un consorzio il vincolo si estenderebbe automaticamente a tutte le sue consorziate, il che impedirebbe loro di sciogliersi, è priva di una base normativa sicura.

Né varrebbe richiamare alcuni precedenti del Consiglio di Stato (sentenze da 5563 a 5669 del 2017), che avevano ad oggetto la differente questione dell'accantonamento degli utili delle consorziate, e dove comunque si è ribadito pur sempre come “la pretesa di assoggettare alla misura di cui all’art. 32 cit. le imprese consorziate (...) appare di incerta applicabilità. Invero, le singole imprese consorziate non hanno con la pubblica amministrazione alcun rapporto, non rientrando in alcuna delle categorie indicate dalla norma per procedere al commissariamento in questione”; e in un altro passaggio della motivazione rimarcato inoltre che (il) “provvedimento prefettizio colpisce soltanto in via di fatto e indirettamente le imprese in questione (ossia le imprese consorziate), la cui posizione soggettiva va tutelata, semmai, dinanzi al giudice ordinario per tutte le questioni interne relative al rapporto tra le consorziate che hanno eseguito i lavori e il Cvn” (Cons. Stato, sez. III, n. 5563 del 2017).

L’autonomia e la distinzione, sul piano della soggettività giuridica, tra il CVN, in quanto consorzio con attività esterna ai sensi degli artt. 2612 e 2614 cod. civ., e le imprese consorziate che lo compongono, sono sottolineate anche dall’Anac nella delibera 10 maggio 2017, n. 497; come anche il dato per cui il consorzio rimane il solo interlocutore dell’amministrazione appaltante.

22. Concessioni.

22.1. Concessioni demaniali.

L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 9 novembre 2021, n. 17 (alla quale la questione era stata rimessa con decreto del Presidente del Consiglio di Stato 24 maggio 2021, n. 160) ha affermato che le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l’emergenza epidemiologica da Covid-19 dall’art. 182, comma 2, d.l. n. 34 del 2020, convertito in l. n. 77 del 2020 – sono in contrasto con il diritto eurolunitario, segnatamente con l’art. 49 Tfu e con l’art. 12 della direttiva 2006/123/CE; tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla Pubblica amministrazione. Ha evidenziato l’Adunanza plenaria che la direttiva 2006/123 deve essere considerata una direttiva di liberalizzazione, nel senso che è tesa ad eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio, garantendo l’implementazione del mercato interno e del principio concorrenziale ad esso sotteso: “fissa disposizioni generali volte ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra i medesimi, al fine di contribuire alla realizzazione di

un mercato interno dei servizi libero e concorrenziale” (Corte di giustizia, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C360/15 e C31/16, punto 104).

L’obiettivo della direttiva non era (e non è) quello di “armonizzare” le discipline nazionali che prevedono ostacoli alla libera circolazione, ma, appunto, di eliminare tali ostacoli (attraverso lo smantellamento, più che l’armonizzazione, delle leggi nazionali che ad essi forniscono una copertura normativa), al fine di realizzare un’effettiva concorrenza fra i prestatori dei servizi, restando fermo che il risultato finale di ogni direttiva (anche se di liberalizzazione) implica un’armonizzazione normativa, che, però, non è l’obiettivo primario della direttiva 2006/123 e non può costituirne, pertanto, la base giuridica legittimante, come sostenuto da chi, invece, invoca la necessità di applicare la regola dell’unanimità in seno al Consiglio.

In tale prospettiva la Corte di Giustizia ha infatti affermato, proprio con riferimento alla direttiva 2006/123, che “la piena realizzazione del mercato interno dei servizi richiede anzitutto che vengano soppressi gli ostacoli incontrati dai prestatori per stabilirsi negli Stati membri”, per poi richiamare il considerando 7 e l’obiettivo di implementare un quadro giuridico generale, formato da una combinazione di misure diverse destinate a garantire un grado elevato d’integrazione giuridica nell’Unione per mezzo, in particolare, di un’armonizzazione vertente su precisi aspetti della regolamentazione delle attività di servizio (Corte giust.comm.ue, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C360/15 e C31/16, punti 105 e 106).

Del resto, la portata conformativa dell’art. 12 della direttiva 2006/123 sulle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa non si riverbera in modo diretto sulla politica nazionale in materia di turismo: il rilascio della concessione rappresenta, infatti, solo una condizione per l’esercizio dell’impresa turistica (nella specie lo stabilimento balneare), la cui attività, successivamente al rilascio, non è certo governata dalla normativa contenuta nella direttiva.

La tutela della concorrenza (e l’obbligo di evidenza pubblica che esso implica) è, d’altronde, una “materia” trasversale, che attraversa anche quei settori in cui l’Unione europea è priva di ogni tipo di competenza o ha solo una competenza di “sostegno”: anche in tali settori, quando acquisiscono risorse strumentali all’esercizio delle relative attività (o quando concedono il diritto di sfruttare economicamente risorse naturali limitate) gli Stati membri sono tenuti all’obbligo della gara, che si pone a monte dell’attività poi svolta in quella materia. Altrimenti, si dovrebbe paradossalmente ritenere che anche le direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni non potrebbero trovare applicazione ai contratti diretti a procurare risorse strumentali all’esercizio di attività riservate alla sovranità nazionale degli Stati. Ad esempio, oltre al turismo, competenze di mero sostegno dell’Unione europea sono previste in materia di sanità pubblica, istruzione, cultura e protezione civile, che sono tutti settori rispetto ai quali i contratti pubblici sono sottoposti all’obbligo di gara.

In senso contrario non vale neanche valorizzare la mancanza del requisito della scarsità della risorsa naturale, sul quale peraltro la Corte di giustizia, nella sentenza *Promoi-*

presa, ha rilevato che le concessioni sono rilasciate a livello non nazionale bensì comunale, fatto che deve “essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato”. Il concetto di scarsità va, invero, interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della “quantità” del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che tramite esso viene immesso sul mercato. Va ancora considerata la concreta disponibilità di aree ulteriori rispetto a quelle attualmente già oggetto di concessione. È sulle aree potenzialmente ancora concedibili (oltre che su quelle già assentite), infatti, che si deve principalmente concentrare l’attenzione per verificare se l’attuale regime di proroga fino al 31 dicembre 2033 possa creare una barriera all’ingresso di nuovi operatori, in contrasto con gli obiettivi di liberalizzazione perseguiti dalla direttiva. La valutazione della scarsità della risorsa naturale, invero, dipende essenzialmente dall’esistenza di aree disponibili sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi anche ad operatori economici diversi da quelli attualmente “protetti” dalla proroga *ex lege*.

Alla luce delle considerazioni che precedono l’Alto consesso ha quindi ritenuto che anche l’art. 12 della direttiva 2006/123 sia applicabile al rilascio e al rinnovo delle concessioni demaniali marittime, con conseguente incompatibilità comunitaria, anche sotto tale profilo, della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata delle concessioni già rilasciate.

È peraltro indiscutibile che il confronto competitivo, oltre ad essere imposto dal diritto dell’Unione, risulta coerente con l’evoluzione della normativa interna sull’evidenza pubblica, che individua in tale metodo non solo lo strumento più efficace per la scelta del miglior “contraente” (in tal caso, concessionario), cioè del miglior interlocutore della pubblica amministrazione, ma anche come mezzo per garantire trasparenza alle scelte amministrative e apertura del settore dei servizi al di là di barriere all’accesso. Inoltre, il confronto è estremamente prezioso per garantire ai cittadini una gestione del patrimonio nazionale costiero e una correlata offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità e sicurezza, potendo contribuire in misura significativa alla crescita economica e, soprattutto, alla ripresa degli investimenti di cui il Paese necessita.

Le considerazioni appena svolte conducono alla conclusione – anticipando sin da ora la risposta al terzo quesito – secondo cui anche la moratoria emergenziale prevista dall’art. 182, comma 2, d.l. 34 del 2020 presenta profili di incompatibilità comunitaria del tutto analoghi a quelli fino ad ora evidenziati. Non è, infatti, seriamente sostenibile che la proroga delle concessioni sia funzionale al “contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall’emergenza epidemiologica”. In senso contrario, si deve osservare, come evidenziato dalla Commissione nell’ultima lettera di costituzione in mora (che riguarda anche l’art. 182, comma 2, d.l. 34 del 2020), che “la reiterata proroga della durata delle concessioni balneari prevista dalla legislazione italiana scoraggia [...] gli investimenti in un settore chiave per l’economia italiana e che sta già risentendo in maniera acuta dell’impatto della pandemia da Covid-19. Scoraggiando gli investimenti nei servizi

ricreativi e di turismo balneare, l'attuale legislazione italiana impedisce, piuttosto che incoraggiare, la modernizzazione di questa parte importante del settore turistico italiano. La modernizzazione è ulteriormente ostacolata dal fatto che la legislazione italiana rende di fatto impossibile l'ingresso sul mercato di nuovi ed innovatori fornitori di servizi". Non vi è quindi alcuna ragionevole connessione tra la proroga delle concessioni e le conseguenze economiche derivanti dalla pandemia, presentandosi semmai essa come disfunzionale rispetto all'obiettivo dichiarato e di fatto diretta a garantire posizioni acquisite nel tempo.

Tutto ciò premesso, l'Adunanza plenaria ritiene che l'obbligo di non applicare la legge anticomunitaria gravi in capo all'apparato amministrativo, anche nei casi in cui il contrasto riguardi una direttiva *self-executing*.

In termini generali, va, anzitutto, osservato che la sussistenza di un dovere di non applicazione anche da parte della P.A. rappresenta un approdo ormai consolidato nell'ambito della giurisprudenza sia europea sia nazionale.

In particolare, nella sentenza Fratelli Costanzo si legge espressamente che "tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali", sono tenuti ad applicare le disposizioni Ue *self-executing*, "disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi" (22 giugno 1989, C-103/88).

Anche la Corte costituzionale (sentenza n. 389 del 1989) ha ribadito che "tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme" comunitarie nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea.

Il Consiglio di Stato, a sua volta, sin dalla sentenza sez. V, 6 aprile 1991, n. 452, ha chiarito che tutti i soggetti dell'ordinamento, compresi gli organi amministrativi, devono riconoscere come diritto legittimo e vincolante le norme comunitarie, non applicando le norme nazionali contrastanti.

Opinare diversamente significherebbe autorizzare la Pubblica amministrazione all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto.

Queste conclusioni valgono anche per il caso in cui a venire in rilievo sia una direttiva *self-executing*.

Le considerazioni che precedono evidenziano come le distinzioni tra norme non applicabili *tout court* e norme non applicabili dal giudice ma non della Pubblica amministrazione risulti foriera di contraddizioni e inconvenienti pratici, anche perché di fatto affida alla fase dell'eventuale contenzioso giurisdizionale la primazia del diritto dell'Unione, con la conseguenza che, in caso di mancata impugnazione, la violazione della direttiva andrebbe ingiustificatamente a consolidarsi (e con riferimento al presente contenzioso va sottolineato che rispetto alle proroghe assentite nella maggior parte dei casi non ci sono controinteressati attuali che propongono ricorso).

Ne consegue allora che la legge nazionale in contrasto con una norma europea dotata di efficacia diretta, ancorché contenuta in una direttiva *self-executing*, non può essere applicata né dal giudice né dalla pubblica amministrazione, senza che sia all'uopo necessario (come chiarito dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 170 del 1984) una questione di legittimità costituzionale. Si ricorda, invero, che un sindacato di costituzionalità in via incidentale su una legge nazionale anticomunitaria è oggi possibile solo se tale legge sia in contrasto con una direttiva comunitaria non *self-executing* oppure, secondo la recente teoria della c.d. doppia pregiudizialità, nei casi in cui la legge nazionale contrasti con i diritti fondamentali della persona tutelati sia dalla Costituzione sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cfr., in particolare, Corte cost., sentenze n. 289 del 2017; n. 20 del 2019; n. 63 del 2019; n. 112 del 2019).

Nessuna delle due "eccezioni" ricorre nel caso di specie, perché le norme comunitarie violate sono *self-executing* e non vengono in rilievo diritti fondamentali della persona costituzionalmente protetti.

Ha aggiunto l'Alto Consesso che ancorché siano intervenuti atti di proroga delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative rilasciati dalla Pubblica amministrazione (e anche nei casi in cui tali siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiamo comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari; non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della Pubblica amministrazione in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata; la non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi *tamquam non esset*, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla Amministrazione. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto.

Ha ricordato l'Adunanza plenaria che secondo la stessa giurisprudenza comunitaria, il principio di primazia del diritto dell'Unione europea di regola non incide sul regime di stabilità degli atti (amministrativi e giurisdizionali) nazionali che risultino comunitariamente illegittimi. In linea di principio, quindi, va escluso un obbligo di autotutela (o anche di riesame), a maggior ragione laddove il provvedimento amministrativo risulti confermato da un giudicato.

Si possono richiamare, a tal proposito, con specifico riferimento alla questione dell'obbligo di autotutela su un atto amministrativo comunitariamente invalido, le sentenze Khune (C-453/04) e Kempter (C-2/06), in cui la Corte Ue, pur escludendo la sussistenza di un generalizzato obbligo di autotutela o di riesame, individua alcune condizioni in presenza delle quali tale obbligo sussiste, anche in presenza di giudicato che abbia escluso l'illegittimità del provvedimento medesimo.

Secondo la Corte, tale obbligo sussiste quando: a) l'amministrazione disponga secondo il diritto nazionale del potere di riesame; b) l'atto amministrativo sia divenuto definitivo

a seguito di una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza; c) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue successiva alla medesima, risulti fondata su una interpretazione errata del diritto adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale.

Tali principi, che l'Adunanza plenaria intende condividere e ribadire, non sono tuttavia applicabili al caso di specie, dove, a ben guardare, non si pone propriamente una questione di autotutela amministrativa su provvedimenti amministrativi.

La risposta al quesito sub 2) richiede, infatti, la previa qualificazione dell'atto di rinnovo di proroga, richiesto o che sia stato eventualmente già adottato.

L'Adunanza plenaria ha ritenuto che l'atto di proroga sia un atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile (Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874).

In tal senso, la formulazione letterale dell'art. 1, comma 682, l. 30 dicembre 2018, n. 145 non lascia spazio a dubbi, perché la norma direttamente dispone che le concessioni demaniali già rilasciate “vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici” (sull'ambito oggettivo di applicabilità della disposizione è intervenuto il d.l. 14 agosto 2020, n. 104, convertito con l. 13 ottobre 2020, n. 126, che ha stabilito, al comma 1 dell'art. 100, che “Le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 682 e 683, l. 30 dicembre 2018, n. 145, si applicano anche alle concessioni lacuali e fluviali, ivi comprese quelle gestite dalle società sportive iscritte al registro Coni di cui al d.lgs. 23 luglio 1999 n. 242, nonché alle concessioni per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio, nonché ai rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico ricreative in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione”).

La proroga del termine avviene, quindi, automaticamente, in via generalizzata ed *ex lege*, senza l'intermediazione di alcun potere amministrativo. Si tratta, in buona sostanza, di una legge-provvedimento che non dispone in via generale e astratta, ma, intervenendo su un numero delimitato di situazioni concrete, recepisce e “legifica”, prorogandone il termine, le concessioni demaniali già rilasciate. Ed invero, se una legge proroga la durata di un provvedimento amministrativo, quel contenuto continua ad essere vigente in forza e per effetto della legge e, quindi, assurge necessariamente a fonte regolatrice del rapporto rispetto al quale l'atto amministrativo che (eventualmente) intervenga ha natura meramente ricognitiva dell'effetto prodotto dalla norma legislativa di rango primario. Si è verificata, quindi, e in mancanza di una riserva di amministrazione costituzionalmente garantita, una novazione sostanziale della fonte di regolazione del rapporto, che ora trova appunto la sua base, in particolare per ciò che concerne la durata del rapporto, nella legge e non più nel provvedimento (*mutatis mutandis*, con riferimento alla questione della legificazione dei d.P.C.M. adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da Covid-19, la cui durata è stata prorogata *ex lege* dal d.l. n. 44 del 2021 e dal d.l. n. 52 del 2021, cfr. Cons. Stato, sez. III, ordinanza 29 marzo 2021, n. 1606).

Seguendo questa impostazione, se la proroga è direttamente disposta per legge ma la relativa norma che la prevede non poteva e non può essere applicata perché in contrasto con il diritto dell'Unione, ne discende, allora, che l'effetto della proroga deve considerarsi *tamquam non esset*, come se non si fosse mai prodotto.

Sono le dinamiche (di non applicazione) della fonte primaria che regola il rapporto di diritto pubblico che determinano l'effetto di mancata proroga delle concessioni. Di talché l'Amministrazione non esercita alcun potere di autotutela (con i vincoli che la caratterizzano): se l'atto eventualmente adottato dall'amministrazione svolge la sola funzione ricognitiva (e nei termini appunto in cui svolga questa sola funzione), mentre l'effetto autoritativo è prodotto direttamente dalla legge, la non applicabilità di quest'ultima impedisce il prodursi dell'effetto autoritativo della proroga.

Del resto, il potere di autotutela quale potere di regolamentare una seconda (*rectius* "ulteriore") volta, in aderenza al principio di buon andamento e continuità dell'azione amministrativa, il rapporto di diritto pubblico (e l'interesse pubblico ad esso sotteso) presuppone detto potere di regolamentazione che, come sopra evidenziato, è stato invece avvocato a sé dal legislatore. In altre parole, il provvedimento di secondo grado in cui si esprime l'autotutela non può avere ad oggetto una disciplina contenuta nella legge.

Non può peraltro evitarsi di considerare la particolare funzione svolta dall'atto ricognitivo eventualmente adottato dall'Amministrazione: essa non costituisce il portato del potere autoritativo riconosciuto alla soggettività pubblica, pur essendo comunque riconducibile alla posizione dell'Amministrazione all'interno dell'ordinamento giuridico generale.

Tale provvedimento è funzionale a rappresentare il verificarsi di un fatto (la proroga) con un grado di certezza che consente alla collettività di fare affidamento su di esso al fine di rendere sollecito e affidabile il traffico economico e giuridico, che deriva appunto dal ruolo svolto dall'Amministrazione nell'ambito di una società fluida come quella contemporanea, nella quale anche molti rapporti tipicamente amministrativi sono regolati in assenza di un provvedimento espresso.

Detto ruolo consente alle soggettività pubbliche di creare certezze giuridicamente rilevanti per i terzi, laddove invece ai privati è inibita questa facoltà rispetto a soggetti estranei al rapporto negoziale.

Sicché le medesime ragioni di certezza depongono nel senso che l'Amministrazione provveda, comunque, a rendere pubblica l'inconsistenza oggettiva dell'atto ricognitivo eventualmente già adottato e di comunicarla al soggetto cui è stato rilasciato detto atto. Analoghe considerazioni valgono anche nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole al concessionario demaniale.

Da questo punto di vista, è pur vero che occorre ribadire – in applicazione dei principi di certezza e stabilità del diritto e dei rapporti giuridici di cui è espressione la res iudicata, diventati essi stessi principi non solo degli Stati membri ma anche del diritto dell'Unione – l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali, con la conseguenza che,

come affermato ripetutamente dalla stessa Corte di giustizia, il diritto europeo non impone a un giudice nazionale di non applicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto dell'Unione da parte di tale decisione (v. *ex plurimis*, sentenza 11 settembre 2019, causa C-676/17, con ulteriori richiami; Corte giust.comm.ue 16 marzo 2006, causa C-234/04; id. 1 giugno 1999, causa C-126/97; in termini cfr. anche Cons. Stato, Ad. plen., n. 6 del 2021 e Cass. civ., sez. V, 27 gennaio 2017, n. 2046).

Tuttavia, occorre tener conto del fatto che, nel caso di specie, tali principi vanno adeguati tenendo conto che il giudicato incide su un rapporto di durata (qual è appunto quello che deriva dal rilascio o dal rinnovo della concessione demaniale). Sotto tale profilo, va, infatti, ricordato, che, come affermato da Cons. Stato, Ad. plen., n. 11 del 2016, le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate: la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, dunque, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto. La sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di giustizia è, quindi, equiparabile ad una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato (come accade quando viene in considerazione un rapporto di durata) determina non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica.

Ora, considerando che in seguito al rinnovo della concessione demaniale nasce (o prosegue) un rapporto di durata, deve essere richiamato il consolidato principio in base al quale la sopravvenienza normativa (cui è equiparabile, appunto, la sentenza interpretativa della Corte di giustizia) incide sulle situazioni giuridiche durevoli per quella parte che si svolge successivamente al giudicato. Ne consegue che, per quella parte di rapporto non coperta dal giudicato, non vi sono ostacoli a dare immediata attuazione allo *jus superveniens* di derivazione comunitaria.

In conclusione, pertanto, l'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali produce come effetto, anche nei casi in cui siano stati adottati formali atti di proroga e nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole, il venir meno degli effetti della concessione, in conseguenza della non applicazione della disciplina interna.

Ha infine chiarito l'Adunanza plenaria che al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative in essere, nonché di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse

cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'Unione europea.

Quanto alle proroghe già concesse, l'Alto consesso si è detto consapevole che nel corso di queste ripetute proroghe, il legislatore, anche per fare fronte alle procedure di infrazione nel frattempo aperte dalla Commissione europea, aveva "annunciato" il "riordino della materia in conformità dei principi di derivazione europea" (così l'art. 24, comma 3-*septies*, d.l. n. 113 del 2016, convertito in l. n. 160 del 2016); come è noto, tuttavia, la nuova normativa volta a garantire compatibilità con l'ordinamento europeo non è mai intervenuta.

Ne è derivata una situazione di sicura incertezza, che sarebbe ulteriormente alimentata dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto, come conseguenza della immediata non applicazione della legge nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione.

In questo quadro normativo, l'Adunanza plenaria, applicando principi analoghi a quelli già espressi nella sentenza n. 13 del 2017, ritiene allora che, a fronte di un quadro di incertezza normativa, sussistano i presupposti per modulare gli effetti temporali della propria decisione.

La deroga alla retroattività trova fondamento nel principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa, sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni (in tal senso, ma con riferimento all'ordinamento comunitario, Corte giust.comm.ue 15 marzo 2005, in C-209/03).

Nel caso di specie, peraltro, la graduazione degli effetti è resa necessaria dalla constatazione che la regola in base alla quale le concessioni balneari debbono essere affidate in seguito a procedura pubblica e imparziale richiede di prevedere un intervallo di tempo necessario per svolgere la competizione, nell'ambito del quale i rapporti concessori continueranno a essere regolati dalla concessione già rilasciata.

Detto periodo deve essere congruo rispetto all'esigenza funzionale di espletare le gare e di evitare il significativo impatto economico e sociale che altrimenti deriverebbe dall'improvvisa decadenza dei rapporti concessori in essere. Allo stesso tempo, il lasso temporale non può essere elusivo dell'obbligo di adeguamento della realtà nazionale all'ordinamento comunitario.

L'intervallo temporale potrebbe altresì consentire a Governo e Parlamento di approvare doverosamente una normativa che possa finalmente riordinare la materia e disciplinare in conformità con l'ordinamento comunitario il sistema di rilascio delle concessioni demaniali. È, infatti, compito del legislatore farsi carico di una disciplina che, nel rispetto

dei principi dell'ordinamento dell'Unione e degli opposti interessi, sia in grado di contemperare le ormai ineludibili istanze di tutela della concorrenza e del mercato con l'altrettanto importante esigenza di tutela dei concessionari uscenti.

Pertanto, l'Adunanza plenaria, consapevole della portata nomofilattica della presente decisione, della necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione di procedure di gara, nonché degli effetti ad ampio spettro che inevitabilmente deriveranno su una moltitudine di rapporti concessori, ritiene che tale intervallo temporale per l'operatività degli effetti della presente decisione possa essere congruamente individuato al 31 dicembre 2023.

Scaduto tale termine, tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente dalla circostanza che ci sia – o meno – un soggetto subentrante nella concessione.

Si precisa sin da ora che eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni disciplina comunque diretta a eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, *tamquam non esset* le concessioni in essere.

L'Alto Consesso si è soffermato anche sulle gare da bandire e sui principi che dovranno ispirare lo svolgimento delle gare, ferma restando la discrezionalità del legislatore nell'approntare la normativa di riordino del settore. Ha ricordato che l'art. 12 della direttiva 2006/123 già contiene importanti criteri in grado di veicolare la discrezionalità del legislatore, imponendo, appunto, una “procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento”, ma precisando anche che, “nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario”.

Nel considerare tali ultime prerogative possono essere apprezzati e valorizzati in sede di gara profili di politica sociale e del lavoro e di tutela ambientale.

Con specifico riferimento al legittimo affidamento dei titolari di tali autorizzazioni, funzionale ad ammortizzare gli investimenti da loro effettuati, la Corte di giustizia ha constatato che “gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate a motivi imperativi d'interesse generale”, precisando che si possa tenere conto di tali considerazioni “solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali e fatto salvo, in particolare, l'art. 12, paragrafo 1, di tale direttiva” e che comunque necessiti al riguardo “una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i

relativi investimenti” (sentenza Promoimpresa). La Corte di giustizia ha del resto rinvenuto detta situazione rispetto a una concessione attribuita nel 1984, “quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza”, esigendo che “la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico” (sentenza Promoimpresa). L’indizione di procedure competitive per l’assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l’affidamento degli stessi.

Se i criteri dettati dall’art. 12 della direttiva 2006/123 non impongono il rispetto del principio di rotazione (dettati in relazione al diverso settore dei contratti pubblici disciplinati dalle direttive del 2014, le nn. 23, 24 e 25), nondimeno, nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni, andrebbero evitate ipotesi di preferenza “automatica” per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un’asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato (circostanza che potrebbe verificarsi anche nell’ipotesi in cui le regole di gara consentano di tenere in considerazione gli investimenti effettuati senza considerare il parametro di efficienza quale presupposto di apprezzabilità dei medesimi). La scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi è, infatti, essenziale per garantire agli operatori economici l’effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni. A tal fine i criteri di selezione dovrebbero dunque riguardare la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori, essere collegati all’oggetto del contratto e figurare nei documenti di gara. Nell’ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale potranno, tuttavia, essere individuati criteri che, nel rispetto della par condicio, consentano anche di valorizzare l’esperienza professionale e il know-how acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale; anche tale valorizzazione, peraltro, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione dell’accesso al settore di nuovi operatori

Ulteriori elementi di valutazione dell’offerta potranno riguardare gli *standard* qualitativi dei servizi (da incrementare rispetto ad eventuali minimi previsti) e la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da gestire.

La durata delle concessioni dovrebbe essere limitata e giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie, al fine di evitare la preclusione dell’accesso al mercato. Al riguardo, sarebbe opportuna l’introduzione a livello normativo di un limite alla durata delle concessioni, che dovrà essere poi in concreto determinata (nell’ambito del tetto normativo) dall’amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara in funzione dei servizi richiesti al concessionario. La durata andrebbe commisurata al valore della

concessione e alla sua complessità organizzativa e non dovrebbe eccedere il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una remunerazione del capitale investito o, per converso, laddove ciò determini una durata eccessiva, si potrà prevedere una scadenza anticipata ponendo a base d'asta il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario.

È inoltre auspicabile che le amministrazioni concedenti sfruttino appieno il reale valore del bene demaniale oggetto di concessione. In tal senso, sarebbe opportuno che anche la misura dei canoni concessori formi oggetto della procedura competitiva per la selezione dei concessionari, in modo tale che, all'esito, essa rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento.

Le suddette considerazioni si riverberano anche nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole al concessionario demaniale.

Si è già detto che l'eventuale giudicato che abbia riconosciuto il diritto alla proroga non attribuisce un diritto incondizionato alla continuità del rapporto, dovendosi viceversa ritenere che la parte del rapporto non coperta dal giudicato sia esposta alla normativa comunitaria.

Detta affermazione richiede di stabilire quale sia la parte del rapporto non coperta dal giudicato.

I rapporti concessori oggetto di eventuali giudicati formatisi sulla normativa in esame (in particolare l'art. 1, commi 682 e 683, l. n. 145 del 2018, che dispone la proroga automatica e generalizzata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali in essere), successiva alla sentenza *Promoimpresa* della Corte di giustizia, necessitano di essere regolamentati tenendo conto, da un lato, del portato tipico dell'autorità di cosa giudicata (sopra illustrato) e, dall'altro, delle implicazioni derivanti dalle modifiche normative (cui sono equiparate le sentenze della Corte di giustizia) successivamente intervenute a disciplinare il rapporto.

La particolarità della vicenda discende dal fatto che la sentenza *Promoimpresa* è stata pronunciata nel 2016, quindi prima della modifica normativa del 2018, sicché essa non costituisce quella sopravvenienza idonea ad incidere sul giudicato formatosi successivamente (in particolare riguardante la modifica normativa del 2018).

Nondimeno non si può non considerare il ruolo che svolge la presente pronuncia in punto di certezza del diritto relativo alle concessioni balneari sul territorio italiano, ruolo reso evidente, da un lato, dal deferimento d'ufficio della questione da parte del Presidente del Consiglio di Stato di cui al decreto n. 160 del 2021, dato il notevole impatto sistemico della questione e la rilevanza del rapporto tra il diritto nazionale e il diritto dell'Unione, e considerata la particolare rilevanza economico-sociale che rende opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria "onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali"; e, dall'altro lato, dalla graduazione temporale degli effetti della presente pronuncia.

Dette circostanze inducono a ritenere che, anche rispetto ai rapporti oggetto di sentenza passata in giudicato favorevole per il concessionario, gli effetti della non applicazione

della normativa in esame si produrranno al termine del periodo transitorio sopra illustrato.

In tal senso convergono: le stesse ragioni di certezza che inducono a prevedere un periodo transitorio che preceda l'obbligo di non applicazione della disciplina legislativa interna in conflitto con il diritto UE; considerazioni concrete di applicabilità amministrativa del principio di diritto enunciato (che richiedono necessariamente di prevedere un intervallo per lo svolgimento delle gare); l'opportunità di consentire al legislatore di normare le procedure di affidamento delle concessioni balneari in conformità al diritto UE, considerato anche il ruolo nevralgico delle medesime nell'ambito dell'economia italiana; la necessità di evitare disparità di trattamento; generali esigenze di semplificazione e linearità della disciplina pubblicistica.

Ne deriva che i giudicati favorevoli per il concessionario formatisi sulla normativa in esame cessano di disciplinare il rapporto concessorio a far data dalla scadenza del periodo biennale di cui appena sopra.

23. Ambiente.

23.1. Valutazione di impatto ambientale.

La sez. IV, con sentenza 27 settembre 2021, n. 6473 ha affermato che ha natura di atto di alta amministrazione la deliberazione del Consiglio dei Ministri con la quale si esclude la sussistenza delle condizioni per consentire la prosecuzione del procedimento di valutazione di impatto ambientale concernente la costruzione di un impianto di compostaggio.

Ha chiarito la Sezione che la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata ai sensi dell'art. 14-*quater*, l. 7 agosto 1990, n. 241, è atto di alta amministrazione sul quale il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo “ha natura estrinseca e formale e si esaurisce nel controllo del vizio di eccesso di potere, nelle particolari figure sintomatiche dell'inadeguatezza del procedimento istruttorio, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, arbitrarietà, irragionevolezza della scelta adottata o difetto di motivazione, e non si estende all'esame diretto e all'autonoma valutazione del materiale tendente a dimostrare la sussistenza dei relativi presupposti”; non può sconfinare, quindi, nell'esame del merito della scelta adottata, riservata all'autonoma valutazione discrezionale dell'Amministrazione.

Pur non trattandosi di atto politico, bensì di atto di alta amministrazione, è del tutto evidente come una deliberazione assunta dal Consiglio dei Ministri su una questione essenzialmente amministrativa, eleva l'esame di tale questione ad un livello di comparazione anche politico-istituzionale degli interessi pubblici coinvolti, tenendo conto del parere di una pluralità di enti ed organi, anche di rilievo costituzionale.

L'esercizio del potere discrezionale, dunque, avviene al livello della sua più ampia esplicazione, di modo che, onde non trascendere nel “merito amministrativo” – che costituisce il limite oggettivo del sindacato giurisdizionale di legittimità – quest'ultimo deve attentamente limitarsi a quell'esame “estrinseco e formale”, innanzi richiamato.

Ai fini della deliberazione, inoltre, non vi è ragione di escludere sia che la Presidenza del Consiglio dei Ministri possa procedere, ove necessario o opportuno, ad una propria autonoma istruttoria ovvero a confronti preliminari con le amministrazioni coinvolte, sia che – ai fini dell’esame da parte del Consiglio dei Ministri – queste ultime possano precisare o integrare le ragioni motivazionali a sostegno delle proprie rispettive posizioni.

La sez. II, con sentenza 1 settembre 2021, n. 6152 ha affermato che in caso di V.A.S. di rilievo locale, l’art. 7, commi 1 e 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Testo unico ambientale) ha fatto rinvio alle disposizioni di legge regionale o delle Province autonome, con l’unico limite, individuato dall’art. 3 *quinquies* del medesimo decreto) del divieto di introdurre un’arbitraria discriminazione e ingiustificati aggravati procedurali

Ha premesso la Sezione che la valutazione ambientale (V.A.S.) che trova il suo fondamento nella Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 giugno 2001, ha la finalità di garantire un elevato livello di protezione dell’ambiente innestandone la tutela anche nel procedimento di adozione e di approvazione di piani e programmi astrattamente idonei ad impattare significativamente sullo stesso. Essa condivide con altri strumenti di valutazione, come la valutazione di impatto ambientale (VIA) su singoli progetti e quella di incidenza, riferita ai siti di Natura 2000, l’ispirazione al rispetto del principio di precauzione, in una prospettiva di sviluppo durevole e sostenibile dell’uso del suolo, in modo da costituire un unico sistema che vuole l’intero ciclo della decisione teleologicamente orientato a ridette esigenze di tutela.

L’intersecarsi della disciplina della V.A.S. con quella di attuazione delle scelte urbanistiche del territorio implica la valorizzazione del ruolo di ciascun Ente territoriale coinvolto nelle stesse. Il sistema della pianificazione territoriale urbanistica successivo alla riforma costituzionale del 2001, infatti, caratterizzato dalle leggi regionali c.d. di “seconda generazione” si presenta in maniera ben diversa da quello riveniente dalla legge urbanistica del 1942. Esso risponde, infatti, ad una visione meno “gerarchica” e più armonica, che vede nella leale collaborazione, oltre che nella sussidiarietà, i teorici principi ispiratori delle scelte. La pianificazione sovracomunale, affermatasi sia sul livello regionale sia provinciale, si connota pertanto per una natura “mista” relativamente a contenuti - prescrittivi, di indirizzo e di direttiva - e ad efficacia, nonché per la flessibilità nei rapporti con gli strumenti subordinati. Nel momento in cui fra un atto (quello provinciale) e l’altro (quello comunale) si sia inserita la disciplina della V.A.S., il Comune non può vedersi relegato ad un ruolo di supina e meccanicistica acquiescenza a scelte che non ne abbiano ipoteticamente tenuto conto, avendo al contrario la possibilità di interloquire “dal basso” per chiedere un adeguamento dello strumento sovraordinato anziché riceverlo in maniera acritica. Del resto, la partecipazione di tutti i soggetti coinvolti alla Conferenza dei servizi quale luogo di sintesi delle varie istanze emerse consente comunque di “recuperare” le esigenze di omogeneità emerse anche in ambito urbanistico nel corso del procedimento di V.A.S..

La diversa finalità e, soprattutto, il diverso oggetto della V.I.A. ne hanno implicato la più intensa attività di novellazione, nella continua ricerca di un giusto punto di equilibrio

tra adeguato livello di tutela ambientale e accelerazione delle procedure delle opere di rilevante interesse pubblico, da ultimo riferite a quelle previste nel Piano nazionale integrato energia e clima (PNIEC) ovvero nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR). Il Legislatore ne ha dunque ricalibrato le fasi, ovvero compresso i tempi di perfezionamento (v. le modifiche apportate al d.lgs. n. 152 del 2006, già ampiamente novellato con d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104, di recepimento della Direttiva 2014/52/UE, dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito nella l. 11 settembre 2020, n. 120, ispirate anche dall'esigenza di superare la procedura di infrazione n. 2019/2308, nonché, ancor più di recente, dal d.l. n. 77 del 2021, convertito dalla l. n. 108 del 2021). La stretta compenetrazione tra i richiamati istituti (V.A.S. e V.I.A.) imporrebbe anche di svilupparne una reale sinergia rafforzando qualitativamente, mediante obiettivi di sostenibilità sorretti da specifici *target*, la prima, così da accelerare la seconda con riferimento ad opere incardinate in piani e programmi già attentamente valutati nella loro portata generale.

Quanto alla competenza in caso di V.A.S. di rilievo locale si è determinato lo sviluppo di un quadro ampio e articolato di legislazione regionale, primaria e secondaria, caratterizzato da una pluralità di approcci, soprattutto per quanto riguarda le modalità procedurali, che è difficile ricondurre a sintesi. Le Regioni hanno per lo più delegato gli altri Enti territoriali, sicché accade sovente che l'Autorità proponente e l'Autorità competente si identifichino in articolazioni distinte della stessa Amministrazione. Quanto detto non è affatto in contrasto con la disciplina comunitaria, ai fini del rispetto della quale non rilevano i meccanismi concretamente escogitati dagli Stati membri, bensì unicamente "che essi siano idonei ad assicurare il risultato voluto di garantire l'integrazione delle considerazioni ambientali nella fase di elaborazione, predisposizione e adozione di un piano o programma destinato a incidere sul territorio; il che, a ben vedere, disvela l'inconsistenza delle questioni di legittimità costituzionale ovvero comunitaria sollevate dall'appellato, sia pure in via subordinata, avverso le evocate norme nazionali e regionali laddove interpretate nel senso qui proposto". Sicché "alla stregua delle considerazioni che precedono, per nulla illegittima, e anzi quasi fisiologica, è l'evenienza che l'autorità competente alla V.A.S. sia identificata in un organo o ufficio interno alla stessa autorità procedente, per completezza espositiva può aggiungersi che, forse, sotto diverso profilo le determinazioni amministrative oggetto del presente contenzioso prestano il fianco a critiche di inconciliabilità con la normativa vigente di rango primario" (Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 133). Le due autorità, infatti, seppur poste in rapporto dialettico in quanto chiamate a tutelare interessi diversi, operano "in collaborazione" tra di loro in vista del risultato finale della formazione di un piano o programma attento ai valori della sostenibilità e compatibilità ambientale

Come evidenziato nel Rapporto del 2017 redatto dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare sullo stato di attuazione dei procedimenti di V.A.S., le Regioni si sono per lo più orientate nel senso di delegare le funzioni di "Autorità competente" a province, città metropolitane e comuni, in quanto preposti alle scelte urbanistiche nell'ambito del proprio territorio di riferimento. Tale delega non può non risol-

versi, al pari del resto di quanto avviene con riferimento alla tutela del vincolo paesaggistico, ove egualmente demandata a tali Amministrazioni, nella concentrazione delle attività istruttorie e di quelle valutative nel medesimo contesto organizzativo, sicché l'unica cosa di cui le relative scelte devono farsi carico è di garantire una reale separazione e autonomia di giudizio tra le articolazioni interne indicate come competenti in concreto. Non a caso, nel medesimo Rapporto ministeriale si evidenzia anche come la frammentazione dei procedimenti conseguita a tali deleghe si sia risolta in un onere aggiuntivo per le Regioni, chiamate a monitorare i procedimenti attivati sul territorio, garantendo la necessaria unitarietà della *governance*. Dalle definizioni oggi contenute nell'art. 5, d.lgs. n. 152 del 2006 di "autorità competente" e "autorità procedente" risulta chiaro solo che entrambe sono "amministrazioni", non che le stesse debbano essere diverse o separate (e che, pertanto, sia precluso individuare l'autorità competente in un diverso organo o articolazione della stessa amministrazione procedente). Più in generale, il Collegio non condivide l'approccio ermeneutico di fondo della parte odierna appellante, che desume la necessaria "separatezza" tra le due autorità dalla implicita convinzione che la V.A.S. costituisca una sorta di momento di controllo sull'attività di pianificazione svolta dall'autorità proponente, con il corollario dell'impossibilità di una identità o immedesimazione tra controllore e controllato, appunto. Siffatta ricostruzione, invero, è smentita dall'intero impianto normativo *in subiecta materia*, il quale invece evidenzia che le due autorità, seppur poste in rapporto dialettico in quanto chiamate a tutelare interessi diversi, operano "in collaborazione" tra di loro in vista del risultato finale della formazione di un piano o programma attento ai valori della sostenibilità e compatibilità ambientale: ciò si ricava, testualmente, dall'art. 11, d.lgs. n. 152 del 2006, che secondo l'opinione preferibile costruisce la V.A.S. non già come un procedimento o subprocedimento autonomo rispetto alla procedura di pianificazione, ma come un passaggio endoprocedimentale di esso, concretantesi nell'espressione di un "parere" che riflette la verifica di sostenibilità ambientale della pianificazione medesima. Ciò trova conferma anche nelle più recenti modifiche normative, peraltro in materia di V.I.A., che declinano l'esigenza di segnalare ogni situazione di conflitto, anche potenziale, alle competenti autorità (art. 50, comma 1, lett. c), punto 3, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, che ha modificato sul punto l'art. 7 *bis*, comma 6, d.lgs. n. 152 del 2006); ma senza incidere sulla previgente previsione inforza della quale l'autorità competente può coincidere con l'autorità proponente di un progetto, purché ne vengano separate in maniera appropriata, nell'ambito della singola organizzazione, le funzioni potenzialmente confliggenti.

Con riferimento alla c.d. "opzione zero", la sentenza 1 settembre 2021, n. 6152 ha chiarito che essa assume un'accezione diversa in materia di V.I.A., con riferimento alla quale è espressamente declinata dal legislatore nazionale (art. 22, comma 3, lett. d), d.lgs. n. 152 del 2006) e di V.A.S., per la quale il contenuto dell'Allegato I alla Direttiva 2001/42/CE, laddove prevede (lettera b) che tra le indicazioni a corredo figuri la «evoluzione probabile [del contesto ambientale] senza l'attuazione del piano o del programma», è stato testualmente riprodotto nell'allegato VI alla Parte II del T.u.a., concernente i contenuti del rapporto ambientale di cui all'art. 13 del decreto. Trattandosi di

atti di pianificazione territoriale di fatto l'“opzione zero” è esclusa dalla scelta della loro adozione. La Direttiva 2001/42/CE prevede infatti che, una volta individuati gli opportuni indicatori ambientali, debbano essere valutate e previste sia la situazione attuale (scenario di riferimento), sia la situazione ambientale derivante dall'applicazione del Piano in fase di predisposizione, sia le “ragionevoli alternative alla luce degli obiettivi e dell'ambito territoriale del piano o del programma” (art. 5, comma 1).

Ha chiarito la Sezione che la Direttiva 2001/42/CE prevede che, una volta individuati gli opportuni indicatori ambientali, devono essere valutate e previste sia la situazione attuale (scenario di riferimento), sia la situazione ambientale derivante dall'applicazione del Piano in fase di predisposizione, sia le “ragionevoli alternative alla luce degli obiettivi e dell'ambito territoriale del piano o del programma” (art. 5, comma 1). Il testo non dice cosa debba intendersi per “ragionevole alternativa” a un piano o a un programma. È evidente dunque che la prima considerazione necessaria per decidere in merito alle possibili alternative ragionevoli deve tenere conto degli obiettivi e dell'ambito territoriale del piano o del programma. Non essendo chiarito se si intendano piani o programmi alternativi, o alternative diverse all'interno di un piano o di un programma, è plausibile accedere ad entrambe le ipotesi ermeneutiche. Come chiarito anche dalla Direzione generale dell'Ambiente della Commissione europea in un documento esplicativo destinato “ad aiutare gli Stati membri, gli Stati candidati e i Paesi in via di adesione a capire pienamente gli obblighi contenuti nella direttiva e ad assisterli nel recepimento nel diritto nazionale e, altrettanto importante, a creare o a migliorare le procedure che daranno effetto agli obblighi giuridici”, con specifico riferimento ai piani per la destinazione dei suoli o di quelli per la pianificazione territoriale “le alternative ovvie sono usi diversi di aree designate ad attività o scopi specifici, nonché aree alternative per tali attività”. Sicché nel caso di specie l'appellante non può pretendere che l'alternativa al PGT si identifichi nella sua mancata adozione.

24. Inquinamento.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (alla quale la questione era stata rimessa dalla sez. IV, 15 settembre 2020, n. 5454), con sentenza 26 gennaio 2021, n. 3 ha affermato che sulla curatela fallimentare l'onere di ripristino e di smaltimento dei rifiuti di cui all'art. 192, d.lgs. n. 152 del 2006 e i relativi costi gravano sulla massa fallimentare.

Ha premesso l'Alto consesso che il curatore non può qualificarsi come avente causa del fallito nel trattamento di rifiuti, salve, ovviamente le ipotesi in cui la produzione dei rifiuti sia ascrivibile specificamente all'operato del curatore, non dando vita il Fallimento ad alcun fenomeno successorio sul piano giuridico. Va quindi esclusa una responsabilità del curatore del fallimento, non essendo il curatore né l'autore della condotta di abbandono incontrollato dei rifiuti, né l'avente causa a titolo universale del soggetto inquinatore, posto che la società dichiarata fallita conserva la propria soggettività giuridica e rimane titolare del proprio patrimonio, attribuendosene la facoltà di gestione e di disposizione al medesimo curatore.

Ciò premesso, va ricordato che la questione posta all'esame dell'Adunanza plenaria consiste nello stabilire se, a seguito della dichiarazione di fallimento, perdano giuridica rilevanza gli obblighi cui era tenuta la società fallita ai sensi dell'art. 192 sopra riportato.

L'Alto Consesso ha affermato che la presenza dei rifiuti in un sito industriale e la posizione di detentore degli stessi, acquisita dal curatore dal momento della dichiarazione del fallimento dell'impresa, tramite l'inventario dei beni dell'impresa medesima *ex artt.* 87 e ss. della legge fallimentare, comportino la sua legittimazione passiva all'ordine di rimozione.

Nella predetta situazione, infatti, la responsabilità alla rimozione è connessa alla qualifica di detentore acquisita dal curatore fallimentare non in riferimento ai rifiuti (che sotto il profilo economico a seconda dei casi talvolta si possono considerare 'beni negativi'), ma in virtù della detenzione del bene immobile inquinato (normalmente un fondo già di proprietà dell'imprenditore) su cui i rifiuti insistono e che, per esigenze di tutela ambientale e di rispetto della normativa nazionale e comunitaria, devono essere smaltiti). Conseguentemente, ad avviso dell'Adunanza, l'unica lettura del d.lgs. n. 152 del 2006 compatibile con il diritto europeo, ispirati entrambi ai principi di prevenzione e di responsabilità, è quella che consente all'Amministrazione di disporre misure appropriate nei confronti dei curatori che gestiscono i beni immobili su cui i rifiuti prodotti dall'impresa cessata sono collocati e necessitano di smaltimento.

Tale conclusione si fonda innanzitutto sulle disposizioni dello stesso d.lgs. n. 152 del 2006. Ed invero, al generale divieto di abbandono e di deposito incontrollato di rifiuti si riconnettono gli obblighi di rimozione, di avvio al recupero o smaltimento e di ripristino dello stato dei luoghi in capo al trasgressore e al proprietario, in solido, a condizione che la violazione sia ad almeno uno di essi imputabile secondo gli ordinari titoli di responsabilità, anche per condotta omissiva, colposa nei limiti della esigibilità, o dolosa. Nell'ottica del diritto europeo (che non pone alcuna norma esimente per i curatori), i rifiuti devono comunque essere rimossi, pur quando cessa l'attività, o dallo stesso imprenditore che non sia fallito, o in alternativa da chi amministra il patrimonio fallimentare dopo la dichiarazione del fallimento.

L'art. 3, par. 1 punto 6, della direttiva n. 2008/98/CE definisce, infatti, il detentore, in contrapposizione al produttore, come la persona fisica o giuridica che è in possesso dei rifiuti (*rectius*: dei beni immobili sui quali i rifiuti insistono). Non sono pertanto in materia rilevanti le nozioni nazionali sulla distinzione tra il possesso e la detenzione: ciò che conta è la disponibilità materiale dei beni, la titolarità di un titolo giuridico che consenta (o imponga) l'amministrazione di un patrimonio nel quale sono compresi i beni immobili inquinati.

Del resto, come ben precisa l'ordinanza di rimessione, neppure rileva un approfondimento della nozione della detenzione, se si ritiene sufficiente la sussistenza di un rapporto gestorio, inteso come 'amministrazione del patrimonio altrui', ciò che certamente caratterizza l'attività del curatore fallimentare con riferimento ai beni oggetto della procedura. Per le finalità perseguite dal diritto comunitario, quindi, è sufficiente distinguere il soggetto che ha prodotto i rifiuti dal soggetto che ne abbia materialmente acquisito la

detenzione o la disponibilità giuridica, senza necessità di indagare sulla natura del titolo giuridico sottostante.

Peraltro, per la disciplina comunitaria (art. 14, par. 1, della direttiva n. 2008/98/CE), i costi della gestione dei rifiuti sono sostenuti dal produttore iniziale o dai detentori del momento o ancora dai detentori precedenti dei rifiuti.

Questa regola costituisce un'applicazione del principio "chi inquina paga" (v. il 'considerando' n. 1 della citata direttiva n. 2008/98/CE), nel cui ambito solo chi non è detentore dei rifiuti, come il proprietario incolpevole del terreno su cui gli stessi siano collocati, può, in definitiva, invocare la c.d. 'esimente interna' prevista dall'art. 192, comma 3, d.lgs. n. 152 del 2006. La curatela fallimentare, che ha la custodia dei beni del fallito, tuttavia, anche quando non prosegue l'attività imprenditoriale, non può evidentemente avvantaggiarsi dell'esimente di cui all'art. 192, lasciando abbandonati i rifiuti risultanti dall'attività imprenditoriale dell'impresa cessata. Nella qualità di detentore dei rifiuti, sia secondo il diritto interno, ma anche secondo il diritto comunitario (quale gestore dei beni immobili inquinati), il curatore fallimentare è perciò senz'altro obbligato a metterli in sicurezza e a rimuoverli, avviandoli allo smaltimento o al recupero.

Il rilievo centrale che, nel diritto comunitario, assume la detenzione dei rifiuti risultanti dall'attività produttiva pregressa, a garanzia del principio "chi inquina paga", è, inoltre, coerente con la sopportazione del peso economico della messa in sicurezza e dello smaltimento da parte dell'attivo fallimentare dell'impresa che li ha prodotti. In altre parole, poiché l'abbandono di rifiuti e, più in generale, l'inquinamento, costituiscono 'disconomie esterne' generate dall'attività di impresa (c.d. "esternalità negative di produzione"), appare giustificato e coerente con tale impostazione ritenere che i costi derivanti da tali esternalità di impresa ricadano sulla massa dei creditori dell'imprenditore stesso che, per contro, beneficiano degli effetti dell'ufficio fallimentare della curatela in termini di ripartizione degli eventuali utili del fallimento.

Seguendo invece la tesi contraria, i costi della bonifica finirebbero per ricadere sulla collettività incolpevole, in antitesi non solo con il principio comunitario "chi inquina paga", ma anche in contrasto con la realtà economica sottesa alla relazione che intercorre tra il patrimonio dell'imprenditore e la massa fallimentare di cui il curatore ha la responsabilità che, sotto il profilo economico, si pone in continuità con detto patrimonio.

Giova anche rammentare, come ha chiarito l'Adunanza plenaria con la sentenza 23 ottobre 2019, n. 10, che in tema di prevenzione il principio "chi inquina paga" non richiede, nella sua accezione comunitaria, anche la prova dell'elemento soggettivo, né l'intervenuta successione. Al contrario, la direttiva n. 2004/35/CE configura la responsabilità ambientale come responsabilità (non di posizione), ma, comunque, oggettiva; il che rappresenta un criterio interpretativo per tutte le disposizioni legislative nazionali.

L'Adunanza plenaria ha in particolare ritenuto che le misure introdotte con il d.lgs. n. 22 del 1997 (c.d. "decreto Ronchi"), ed ora disciplinate dagli artt. 239 ss. del codice di cui al d.lgs. n. 152 del 2006, hanno nel loro complesso una finalità di salvaguardia del

bene-ambiente rispetto ad ogni evento di pericolo o danno, ed è assente ogni matrice di sanzione dell'autore.

Entro questi termini, la bonifica costituisce uno strumento pubblicistico teso non a monetizzare la diminuzione del relativo valore, ma a consentirne il recupero materiale.

Ne discende che nella bonifica emerge la funzione di reintegrazione del bene giuridico leso propria della responsabilità civile, che evoca il rimedio della reintegrazione in forma specifica *ex* art. 2058 cod. civ., previsto per il danno all'ambiente dall'art. 18, comma 8, l. n. 349 del 1986.”.

Pertanto, la responsabilità della curatela fallimentare - nell'eseguire la bonifica dei terreni di cui acquisisce la detenzione per effetto dell'inventario fallimentare dei beni, *ex* artt. 87 e ss. della legge fallimentare - può analogamente prescindere dall'accertamento dell'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta e il danno constatato.

25. Paesaggio.

25.1. Tutela del paesaggio.

La sez. IV, con sentenza 16 novembre 2021, n. 7619 ha ricordato che la conservazione dell'ambiente e del paesaggio è materia di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera s), Cost., con la conseguenza che il legislatore statale conserva in questa materia il potere di vincolare la potestà legislativa regionale, anche primaria, al rispetto delle norme statali qualificate come riforme economico sociali, e fra esse le disposizioni del codice dei beni culturali e del paesaggio che disciplinano la gestione dei beni soggetti a tutela. Pertanto, il legislatore regionale non può introdurre deroghe agli istituti di protezione ambientale che dettano una disciplina uniforme, valevole su tutto il territorio nazionale e in particolare non può disciplinare in modo difforme dalla legge statale i presupposti ed il procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Con sentenza 14 giugno 2021, n. 532 il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana ha giudicato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 3, l. reg. Sicilia n. 17 del 1994, in relazione agli artt. 3, 9, 97 e 117, comma 2, lett. s), Cost., che inibisce l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie in caso di vincolo sopravvenuto.

Prima di affrontare il tema della costituzionalità dell'art. 5, comma 3, l. reg. Sicilia n. 17 del 1994, ritiene utile premettere di ritenere vigente la medesima (sulla scia di C.g.a., sezioni riunite, 12 maggio 2021, n. 149; *id.*, sezioni riunite, 12 maggio 2021, n. 147; *id.*, sezioni riunite 10 maggio 2021, n. 354) in una duplice prospettiva.

Quanto al primo profilo, si rileva che – secondo gli insegnamenti del Giudice delle leggi - il fenomeno della reviviscenza di norme abrogate non opera in via generale ed automatica in quanto esso produce come effetto il ritorno in vigore di disposizioni da tempo soppresse, con conseguenze imprevedibili per lo stesso legislatore e per le autorità chiamate a interpretare e applicare tali norme, con ricadute negative in termini di certezza del diritto, che esprime un principio essenziale per il sistema delle fonti (Corte cost. 24

gennaio 2012, n. 13) ed alla tenuta del sistema giuridico, in quanto espressione delle esigenze di sicura conoscibilità delle norme che compongono l'ordinamento.

Esso può pertanto essere ammesso in ipotesi tipiche e molto limitate.

La Corte costituzionale ha ritenuto di poter parlare di reviviscenza nell'ipotesi di annullamento di norma espressamente abrogatrice da parte del giudice costituzionale, che viene individuata come caso a sé (Corte cost. 24 gennaio 2012, n. 13).

Nel caso di specie l'art. 17, comma 11, l. reg. n. 4 del 2003 ("Il parere dell'autorità preposta alla gestione del vincolo è richiesto, ai fini della concessione o autorizzazione edilizia in sanatoria, solo nel caso in cui il vincolo sia stato posto antecedentemente alla realizzazione dell'opera abusiva") ha sostituito l'art. 5, comma 3, l. reg. n. 17 del 1994 ("il nulla osta dell'autorità preposta alla gestione del vincolo è richiesto, ai fini della concessione in sanatoria, anche quando il vincolo sia stato apposto successivamente all'ultimazione dell'opera abusiva"), offrendo, dell'art. 23, l. reg. n. 35 del 1987, un'interpretazione opposta. Sicché di fatto ha abrogato l'interpretazione contenuta nell'art. 5, comma 3, l. reg. n. 17 del 1994 nella sua originaria formulazione.

L'inoperatività della reviviscenza renderebbe priva di effetti la pronuncia di incostituzionalità. Fra le due interpretazioni possibili (il vincolo sopravvenuto comporta comunque la necessità di chiedere il nulla osta paesaggistico in caso di abuso, oppure il vincolo paesaggistico sopravvenuto inibisce il potere dell'autorità paesaggistica), avrebbe continuato ad essere applicata la regola dettata dalla disposizione costituzionalmente illegittima: è la stessa Corte costituzionale a rendere conto, nella sentenza n. 39 del 2006, della concezione opposta e inconciliabile recata dalla due disposizioni di legge che si sono succedute (in particolare la seconda, quella dichiarata costituzionalmente illegittima, avrebbe un "significato addirittura opposto a quello che in precedenza si era già determinato come autentico").

Non potendosi ammettere tale evenienza (cioè che la disposizione costituzionalmente illegittima continui a produrre effetti) non può che ritenersi che, dichiarata costituzionalmente illegittima la sostituzione, riviva la norma che è stata sostituita, posto che il meccanismo sostitutivo evidenzia come non sia venuta meno l'esigenza di normare la specifica materia.

Né depone in senso contrario, nel caso di specie, la circostanza che la norma sostituita e quella che la sostituisce costituiscono, entrambe, disposizioni di interpretazione autentica (così la richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 39 del 2006), sicché la regola ermeneutica successiva (e costituzionalmente illegittima) ha prescelto il parametro legislativo opposto rispetto a quello precedente, ma non ha fatto venir meno l'esigenza interpretativa.

Il C.g.a. ritiene pertanto che sia tuttora in vigore la norma contenuta nell'art. 5, comma 3, l. reg. n. 17 del 1994 nella formulazione precedente alla sostituzione operata dall'art. 17, comma 11, l. reg. n. 4 del 2003, anche in considerazione del fatto che l'eventuale non conformità a Costituzione di detta disposizione non si riverbera sul meccanismo della reviviscenza, determinando piuttosto l'illegittimità costituzionale di esso (se riportato in vita dalla precedente declaratoria di illegittimità costituzionale).

Si aggiunge che nell'occasione di cui alla sentenza della Corte costituzionale n. 30 del 2006 non è stato valutato l'ultimo periodo dell'art. 5, comma 3, l. reg. n. 17 del 1994 (“nel caso di vincolo apposto successivamente, è esclusa l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, discendenti dalle norme disciplinanti lo stesso, a carico dell'autore dell'abuso edilizio”) nella formulazione precedente alla sostituzione operata dall'art. 17, comma 11, l. reg. n. 4 del 2003, neppure laddove si afferma (comunque in riferimento a un orientamento giurisprudenziale risalente) che l'interpretazione autentica dell'art. 23, comma 10, l. reg. n. 37/1985, fornita dallo stesso legislatore regionale con l'art. 5, comma 3, l. reg. n. 17 del 1994, ha contribuito al consolidarsi a livello regionale di una interpretazione analoga a quella in uso a livello nazionale rispetto all'art. 32 della legge statale n. 47 del 1985, specie dopo l'intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 22 luglio 1999, n. 20.

Sicché si ritiene di disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte costituzionale proprio in relazione a quella proposizione, anche in ragione di quel principio di certezza del diritto (funzionale a rendere conoscibile la norma a tutti gli operatori del diritto, anche all'autorità amministrativa e al privato) cui è preordinato l'orientamento della Corte sulla reviviscenza.

In secondo luogo, il C.g.a. ritiene che l'art. 2 comma 46 l. n. 662 del 1996 (cui la giurisprudenza ha peraltro attribuito portata interpretativa: così il già richiamato arresto, Cons. Stato, sez. II, 30 ottobre 2020, n. 6678), che esplicita che in caso di condono edilizio resta dovuta l'indennità per danno al paesaggio (“Per le opere eseguite in aree sottoposte al vincolo di cui alla l. 29 giugno 1939, n. 1497, e al d.l. 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla l. 8 agosto 1985, n. 431, il versamento dell'oblazione non esime dall'applicazione dell'indennità risarcitoria prevista dall'articolo 15 della citata legge n. 1497/1939”), non abbia abrogato la disposizione regionale del 1994. Ciò in quanto, in ambito di competenza legislativa esclusiva devoluta ad una regione a statuto speciale (come è nella specie) ed in presenza di legge regionale, la successiva legge statale (incompatibile) non supporta, fatta salva l'ipotesi del rinvio dinamico, il sistema della successione delle leggi nel tempo nel senso di ritenere implicitamente abrogata la legge precedente il cui contenuto sia incompatibile con il disposto della fonte primaria successiva: osta la competenza legislativa esclusiva della Regione Sicilia (di cui infra) che impone di valutare non solo l'incompatibilità ma anche la portata della successiva norma statale in termini di norma nazionale di grande riforma, richiedendo la pronuncia sul punto della Corte costituzionale.

Mentre l'ordinamento italiano devolve il primo profilo (relativo all'incompatibilità) al giudizio diffuso degli operatori del diritto che si trovino ad applicarla, non avviene così rispetto al secondo profilo di valutazione (appartenenza o meno della norma statale alla categoria delle norme di grande riforma), devoluto, anche in ragione della complessità che lo connota, alla Corte costituzionale, anche nella prospettiva della certezza del diritto. Del resto “i due istituti giuridici dell'abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse. Il campo dell'abrogazione inoltre è più ristretto, in confronto

di quello della illegittimità costituzionale, e i requisiti richiesti perché si abbia abrogazione per incompatibilità secondo i principi generali sono assai più limitati di quelli che possano consentire la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge” (Corte cost. 14 giugno 1956, n. 1).

Il rapporto fra l’art. 5, comma 3, l. reg. n. 17 del 1994 e l’art. 2, comma 46, l. n. 662 del 1996, non trovando soluzione nelle regole che governano la successione delle leggi nel tempo, è quindi ricompreso nella questione di legittimità costituzionale che si pone alla Corte costituzionale.

Ritenuto quanto sopra, il C.g.a. intende porre la questione di legittimità costituzionale sull’art. 5 comma 3, l. reg. n. 17 del 1994, con specifico riferimento all’ultimo periodo di detta disposizione, che inibisce l’irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie in caso di vincolo sopravvenuto.

Sembra evidente che l’art. 5, comma 3, l. reg. n. 17 del 1994 (nello stabilire che l’art. 23, comma 10, l. reg. n. 37 del 1985, debba essere interpretato nel senso che “il nulla osta dell’autorità preposta alla gestione del vincolo è richiesto, ai fini della concessione in sanatoria, anche quando il vincolo sia stato apposto successivamente all’ultimazione dell’opera abusiva”, dispone che “nel caso di vincolo apposto successivamente, è esclusa l’irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, discendenti dalle norme disciplinanti lo stesso, a carico dell’autore dell’abuso edilizio”) sia volto a impedire che dall’abuso derivino effetti negativi sul proprietario dell’immobile allorquando il vincolo paesaggistico è successivo alla realizzazione dell’abuso (e sembra altresì evidente che, in questa chiave di lettura, tale esenzione ricomprenderebbe anche eredi ed aventi causa, chè altrimenti ci si troverebbe al cospetto di una illogicità incomprensibile: l’autore dell’abuso verrebbe “privilegiato” rispetto all’avente causa di questi).

La *voluntas legis* regionale non pare, in tale prospettiva, attribuire un ruolo decisivo all’uso del termine “sanzione”, ritenendosi piuttosto che essa voglia impedire l’esborso di denaro, indipendentemente dalla qualificazione di quest’ultimo.

Il termine sanzione delinea la conseguenza di carattere patrimoniale derivante dall’aver realizzato un’opera abusiva ed è coerente con la qualificazione attribuita all’epoca all’indennità in discorso.

In tal senso si ritiene che la possibilità di esperire un’interpretazione costituzionalmente orientata, che, valorizzando l’utilizzo del termine “sanzione”, ritenga non applicabile all’indennità di cui all’art. 167, comma 5, d.lgs. n. 42 del 2004 la norma regionale contenuta nell’art. 5, comma 3, l. reg. n. 17 del 1994, non sia percorribile: osta il principio della certezza del diritto. Il profilo emerge con evidenza se si considera la già richiamata circostanza relativa all’attuale pendenza di ottanta giudizi di contenuto analogo presso il C.g.a., così risaltando la rilevanza che assume il connotato della certezza del diritto non solo per l’organo giurisdizionale ma altresì per l’Amministrazione siciliana e gli abitanti del relativo territorio.

Invero, a tacere del fatto che, se si interpretasse in tal senso la disposizione regionale, si determinerebbe un’ipotesi di norma *inutiliter data*, si aggiunge che l’art. 5, l. reg. n. 17,

per come è stato costantemente applicato, intende riferirsi, laddove utilizza il termine “sanzione”, proprio all’indennità per danno al paesaggio

Si ritiene pertanto che la disposizione regionale della cui legittimità costituzionale si dubita sia riferita all’indennità di cui all’art. 167, comma 5, d.lgs. n. 42 del 2004 (indipendentemente dalla qualificazione di detta indennità sulla quale ci si è prima soffermati, laddove si ritiene di avere chiarito le ragioni per le quali il Collegio non la ricompresa nella categoria delle sanzioni amministrative pecuniarie normate dalla l. n. 689 del 1981). Nondimeno il C.g.a., pur ritenendo che detta qualificazione non abbia un rilievo così determinante in punto di valutazione della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, ancorata alla diversità di disciplina con la normativa statale in punto di abuso paesaggistico (nei termini illustrati infra), come si dirà, non ignora che la qualificazione dell’indennità in parola in termini di sanzione amministrativa pecuniaria non è indifferente per il Giudice *ad quem*, come si avrà modo di illustrare nel paragrafo 23.

Premesso ciò, la valutazione della non manifesta infondatezza si articola innanzitutto nel senso che l’art. 5, comma 3, l. reg. n. 17 del 1994, nella formulazione ritenuta vigente, viola la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi degli artt. 9 e 117 comma 2, lett. s), Cost., in quanto determina una lesione diretta dei beni culturali e paesaggistici tutelati, con la conseguente grave diminuzione del livello di tutela garantito nell’intero territorio nazionale. La predetta norma regionale interseca la disciplina sulla protezione del paesaggio (in quanto prevede a delineare le conseguenze dell’abuso anche paesaggistico), normativa che, a sua volta, rispecchia la natura unitaria del valore primario e assoluto dell’ambiente, di esclusiva spettanza statale ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. s), Cost..

Ciò in quanto: ai sensi dell’art. 9, comma 2, Cost. la Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio storico della Nazione; l’art. 117, comma 2, lett. s), Cost. attribuisce alla Stato la competenza legislativa esclusiva nella materia della tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali; l’art. 14 comma 1 lett. n), dello Statuto speciale della Regione Sicilia, approvato con r.d.l. 15 maggio 1946 n. 455 e successive modificazioni e integrazioni, riconosce una potestà legislativa esclusiva in materia di tutela del paesaggio e di conservazione delle antichità e delle opere artistiche.

In merito alla materia del paesaggio si rileva che l’art. 9 Cost. (la Repubblica “tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione”) ha costituito, in combinato disposto con gli artt. 2 e 32 Cost., l’asse portante per il riconoscimento del diritto primario a godere di un ambiente salubre, e ciò attraverso la lettura effettuata dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 210 e n. 641 del 1987, poi consacrato nel 2001, con la riforma del titolo V della Costituzione, attraverso i rinvii espressi ad ambiente ed ecosistema introdotti dall’art. 117, secondo comma, lett. s); - la nozione di paesaggio di cui all’art. 9 Cost. ha così assunto una connotazione che partecipa sia dell’esigenza di cura di singoli beni, quindi dei valori storici, culturali ed estetici del territorio, sia quella di non pretermettere l’interesse alla tutela dell’ambiente, sia quell’attenzione alla materia dell’urbanistica (Corte cost. 21 aprile 2021, n. 74 e 17 aprile 2015, n. 64). Specularmente,

L'ampia nozione di ambiente, così come è stata ricostruita specie dopo il 2001, ha una morfologia complessa, capace di ricomprendere non solo la tutela di interessi fisico-naturalistici, ma anche i beni culturali e del paesaggio idonei a contraddistinguere in modo originale, peculiare e irripetibile un certo ambito geografico e territoriale (Corte cost. 30 marzo 2018, n. 66, punto 2.2. del Considerato in diritto).

Detto ciò in punto di norme costituzionali di interesse nella presente controversia si rileva conseguentemente, in relazione alle soggettività coinvolte dalle suddette attribuzioni, che la tutela del paesaggio non si identifica con una materia in senso stretto, dovendosi piuttosto intendere come un valore costituzionalmente protetto, integrante una materia trasversale (Corte cost. 17 aprile 2017 n. 77), sulla quale lo Stato esercita, in ragione della portata ascensionale della sussidiarietà, istanze unitarie che trascendono l'ambito regionale (Corte cost. 1 ottobre 2003 n. 303); in molteplici occasioni, codesta Corte ha affermato che la conservazione ambientale e paesaggistica spetta, in base all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., alla cura esclusiva dello Stato (Corte cost. 23.7.2018 n. 172); l'attribuzione allo Stato della competenza esclusiva di tale materia-obiettivo non implica una preclusione assoluta all'intervento regionale, purché questo sia volto all'implementazione del valore ambientale e all'innalzamento dei suoi livelli di tutela (sentenza 23 luglio 2019, n. 172); alle regioni non è consentito modificare gli istituti di protezione ambientale che dettano una disciplina uniforme, valevole su tutto il territorio nazionale, "senza che ciò sia giustificato da più stringenti ragioni di tutela" (Corte cost. 21 aprile 2021, n. 74); fra gli istituti di protezione ambientale che dettano una disciplina uniforme, valevole su tutto il territorio nazionale, che alle regioni non è consentito modificare, deve essere annoverata l'autorizzazione paesaggistica (Corte cost. 21 aprile 2021, n. 74).

Con specifico riferimento alle competenze legislative delle regioni a statuto speciale, la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato che il legislatore statale, tramite l'emanazione delle norme di grande riforma economico-sociale, "conserva il potere - anche relativamente al titolo competenziale legislativo "nella materia 'tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali', di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., [...] di vincolare la potestà legislativa primaria delle regioni a statuto speciale" (sentenza n. 238 del 2013, punto 2.2. del Considerato in diritto).

Specularmente la Regione Siciliana, con specifico riferimento alla competenza legislativa esclusiva attribuitale dallo Statuto speciale in materia di paesaggio e di urbanistica, deve rispettare, oltre che, in generale, i precetti costituzionali, anche le "norme di grande riforma economico-sociale" poste dallo Stato nell'esercizio delle proprie competenze legislative (Corte cost. 8 novembre 2017, n. 232 con riferimento alla disciplina dell'accertamento di conformità).

A ciò si aggiunge che la definizione dell'ambiente quale materia trasversale porta con sé consente l'attivazione, da parte dello Stato, istanze unitarie che trascendono l'ambito regionale in ragione della portata ascensionale della sussidiarietà (Corte cost. 1 ottobre 2003, n. 303).

In ragione di quanto sopra si rileva che: la l. n. 431 del 1995 è stata qualificata in termini di legge di grande riforma (Corte cost. 27 giugno 1986, n. 151), così come il d.lgs. n. 42 del 2004 (Corte cost. 29 ottobre 2009, n. 272): il codice dei beni culturali “detta le coordinate fondamentali della pianificazione paesaggistica affidata congiuntamente allo Stato e alle regioni” (sentenza n. 66 del 2018, punto 2.4. del Considerato in diritto), in coerenza con i principi delineati *supra* in tema di protezione del paesaggio e di tutela dell'ambiente e della valenza della disciplina statale diretta a proteggere l'ambiente e il paesaggio quale limite alla competenza legislativa in materia anche delle regioni a statuto speciale; tale qualificazione discende dal fatto che il codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. n. 42 del 2004 impatta in modo diretto sul valore primario e assoluto del paesaggio (“il paesaggio va, cioè, rispettato come valore primario, attraverso un indirizzo unitario che superi la pluralità degli interventi delle amministrazioni locali” (così la sentenza 5 maggio 2006, n. 182), così come richiamato dall'art. 9 Cost. e dall'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., e ne delinea un nuovo assetto, improntato a integrità e globalità, implicante una riconsiderazione del territorio nella prospettiva estetica e culturale, intesa in senso dinamico; l'indennità di cui all'art. 167, comma 5, d.lgs. n. 42 del 2004, sulla quale è intervenuto l'art. 2, comma 46, l. n. 662 del 1996 nei termini sopra delineati, risulta, in ragione della funzione riparatoria rispetto all'esternalità negativa prodotta con l'abuso e in funzione general-preventiva, di dissuasione, direttamente connessa al valore primario e assoluto che il d.lgs. n. 42 del 2004 attribuisce al paesaggio.

A fronte di ciò, la disciplina sul condono edilizio è organicamente regolamentata in ambito nazionale prevedendo che l'accertamento postumo (nei termini evidenziati sopra, nei paragrafi 17.3, 17.4 e 17.5) della compatibilità paesaggistica sia accompagnato dal pagamento dell'indennità di cui all'art. 167, comma 5, d.lgs. n. 42 del 2004; è stato già illustrato, come il pagamento della somma di denaro connessa all'accertamento della compatibilità paesaggistica costituisca un tratto fondamentale dell'istituto a livello di disciplina nazionale. Come si è rilevato sopra, l'indennità connessa all'accertamento postumo di compatibilità paesaggistica del manufatto abusivo è dovuta in ambito nazionale, anche se il vincolo paesaggistico è sopravvenuto rispetto alla realizzazione dell'abuso (e ciò indipendentemente dalla qualificazione della medesima come sanzionatoria o risarcitoria). Ciò in ragione, da un lato, della richiamata Adunanza plenaria n. 20 del 1999 e, dall'altro lato, dell'art. 2, comma 46, l. n. 662 del 1996 (cui la giurisprudenza, come già illustrato, ha peraltro attribuito una portata interpretativa), che esplicita come, in caso di condono, resti dovuta l'indennità per danno al paesaggio; l'art. 5, comma 3, l. reg. n. 17 del 1994, nel prevedere che la sanzione amministrativa pecuniaria non sia irrogabile nel caso di sopravvenienza del vincolo paesaggistico rispetto alla commissione dell'abuso, si discosta dalla disciplina nazionale sopra illustrata lasciando “scoperto” il periodo precedente nel quale l'abuso è stato commesso ma l'accertamento di compatibilità non è ancora avvenuto. In tal senso viene assicurata sul territorio siciliano una tutela meno elevata del valore ambiente e paesaggio rispetto a quella garantita sul rimanente territorio nazionale. In ambito siciliano, infatti, la conformità attuale alla di-

disciplina paesaggistica consente di superare il precedente abuso senza ulteriori conseguenze negative, sicché viene meno il disvalore ambientale e paesaggistico connesso a quest'ultimo, parificando la posizione di chi non ha commesso abuso alla posizione di chi lo ha commesso ma ha ottenuto l'accertamento positivo di conformità di cui all'art. 167, d.lgs. n. 42 del 2004 solo dopo averlo realizzato. Così non avviene, come si è già visto, sul rimanente territorio nazionale, dove la tutela del paesaggio è presidiata a livello general-preventivo anche attraverso il pagamento di un'indennità a copertura delle conseguenze pregiudizievoli dell'abuso commesso. Tale ultimo aspetto assume una particolare rilevanza nell'ambito dell'istituto di cui all'art. 167, d.lgs. n. 42 del 2004, delineando un procedimento avente due prospettive, quella del superamento di una situazione di non conformità formale alla disciplina paesaggistica in seguito all'accertamento della compatibilità sostanziale del manufatto (questo a presidio di un principio di efficienza e di scarsità delle risorse che accomuna l'intero ordinamento giuridico e non solo la prospettiva pubblicistica) e il contrappeso del pagamento di un'indennità in funzione general-preventiva a presidio del rispetto *ex ante* delle regole poste a tutela del paesaggio attraverso il pagamento dell'indennità (ché altrimenti viene meno la cogenza delle medesime, con conseguente intaccamento del valore fondamentale dell'ambiente e del paesaggio). Si è illustrato sopra come il procedimento e la posizione dell'Amministrazione sul punto si giustifichi e trovi le ragioni del proprio canone di azione solo nel bilanciamento fra i due aspetti sopra delineati e come non possa esservi l'uno, senza l'altro.

L'art. 5, comma 3, ultimo periodo, l. reg. n. 17 del 1994, nella formulazione che si ritiene attualmente vigente (come sopra illustrato), laddove non consente l'irrogazione dell'indennità di cui all'art. 167, comma 5, d.lgs. n. 42 del 2004 in caso di sopravvenienza del vincolo paesaggistico, contrasta, eccedendo dalle competenze attribuite alla Regione Siciliana dall'art. 14 lett. n) dello Statuto in materia di tutela del paesaggio e di conservazione delle antichità e delle opere artistiche, con le norme di grande riforma economico-sociale contenute nell'art. 167, d.lgs. n. 42 del 2004, con conseguente violazione degli artt. 9 e 117, secondo comma, lett. s), Cost.. Ciò in quanto comporta una significativa alterazione del meccanismo delineato dal legislatore statale per la tutela dei beni culturali e paesaggistici, così come interpretato, da un lato, dalla richiamata Adunanza plenaria n. 20 del 1999 e, dall'altro lato, dall'art. 2 comma 46 l. n. 662 del 1996 (cui la giurisprudenza, come già illustrato, ha peraltro attribuito una portata interpretativa), che esplicita come, in caso di condono, resti dovuta l'indennità per danno al paesaggio anche in caso di vincolo sopravvenuto: non è consentito alla Regione Siciliana adottare una disciplina difforme da quella contenuta dalla normativa nazionale di riferimento che assicura il pagamento dell'indennità di cui all'art. 167, d.lgs. n. 42 del 2004.

Il C.g.a. ha sollevato altresì questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 3, ultimo periodo, l. reg. n. 17 del 1994, nella ridetta formulazione che si ritiene attualmente vigente, laddove non consente l'irrogazione dell'indennità di cui all'art. 167, comma 5, d.lgs. n. 42 del 2004 in caso di sopravvenienza del vincolo paesaggistico, in relazione ai parametri di cui agli artt. 3 e 97 Cost. Ciò, in quanto la norma censurata consente di eliminare qualsiasi conseguenza pecuniaria negativa in caso di accertamento postumo

della compatibilità paesaggistica. Altrettanto non avviene invece sul restante territorio nazionale, pur a fronte della medesima situazione di fatto e di un livello di tutela del paesaggio che non può essere difforme (almeno verso il basso, essendo, come già visto, consentito alle Regioni unicamente di innalzare lo standard di tutela).

Nel meccanismo disegnato dalla norma regionale della cui costituzionalità il Collegio dubita, la regolarizzazione del fatto lesivo per il paesaggio (certamente sussistente al momento della deliberazione dell'amministrazione sulla domanda di condono) avviene senza alcuna conseguenza pregiudizievole per il suo autore.

Dal che la considerazione che la disciplina qui censurata possa indebolire l'efficacia deterrente del sistema delineato dall'art. 167, d.lgs. n. 42 del 2004, così come interpretato dall'Adunanza plenaria n. 20 del 1999 e dall'art. 2 comma 46, l. n. 662 del 1996, con conseguente incentivazione a tenere il comportamento, confidando nella possibilità di un adempimento successivo, in grado di superare l'illecito paesaggistico commesso: così vanificando l'efficacia deterrente dell'istituto, con conseguente irragionevolezza intrinseca della disciplina e connesso pregiudizio al buon andamento della pubblica amministrazione.

Né giustifica la diversità di trattamento del danno al paesaggio sul territorio siciliano la prospettiva di un rapporto tra pubblica amministrazione e consociati imperniato su uno schema dialogico-collaborativo anziché oppositivo, che si tradurrebbe nell'imposizione di un obbligo di "avvertire" il privato circa la necessità di conformarsi al precetto, che imporrebbe la previa imposizione del vincolo paesaggistico sull'area oggetto di abuso rispetto alla realizzazione di questo.

L'argomentazione infatti non spiega la diversità della disciplina siciliana, in quanto un'argomentazione analoga potrebbe articolarsi anche in relazione al rimanente territorio nazionale.

A ciò si aggiunge, in senso inverso, che il valore del paesaggio giustifica piuttosto, per i motivi sopra esposti, l'impostazione opposta.

Non sfugge, tra l'altro, che in riferimento all'ambito del diritto penale la possibilità di riservare maggiore spazio a meccanismi di riduzione o addirittura di esclusione della pena, a fronte di condotte riparatorie delle conseguenze del reato da parte del suo autore, è stata esplorata recentemente anche dal legislatore statale con l'introduzione del nuovo art. 162-ter cod. pen. ad opera l. 23 giugno 2017, n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario), che prevede per l'appunto l'estinzione dei delitti procedibili a querela soggetta a remissione – senza alcuna residua sanzione per il trasgressore – quando, anche in assenza di remissione della querela da parte della persona offesa, questi abbia riparato interamente il danno cagionato dal reato ed eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose di esso entro l'apertura del dibattimento di primo grado.

Nondimeno, nel caso di specie, il meccanismo introdotto dal legislatore regionale con l'art. 5, comma 3, l. reg. n. 17 del 1994 non assicura la riparazione del danno in quanto la regolarizzazione della posizione del soggetto istante ai sensi dell'art. 167, comma 5, d.lgs. n. 42 del 2004 avviene prescindendo dalla valutazione del pregiudizio arrecato al

bene ambiente, che, anzi, tale omissione costituisce l'effetto precipuo della norma regionale sospettata di illegittimità costituzionale. E ciò è ancora più rilevante in quanto l'interesse pubblico al paesaggio presenta le caratteristiche dell'interesse almeno in parte adespota, potenzialmente incidente sulle generazioni future, e le cui violazioni determinano esternalità negative difficilmente apprezzabili (di talché anche la particolare modalità di quantificazione dell'indennità di cui all'art. 167, comma 5).

Non può quindi ritenersi, in uno con la Corte costituzionale, che ha ritenuto che l'introduzione del nuovo art. 162-ter cod. pen. corrisponda a legittime opzioni di politica criminale o di politica sanzionatoria (18 gennaio 2021, n. 5), che la scelta operata dal legislatore regionale con l'art. 5 comma 3, l. reg. n. 17 del 1994 non trasmodi nella manifesta irragionevolezza o non si traduca in un evidente pregiudizio al principio del buon andamento dell'amministrazione

L'art. 5, comma 3, l. reg. n. 17 del 1994, eccedendo dalle competenze statutarie della Regione autonoma della Sicilia di cui all'art.14, comma 1, lettera n) e quindi essendo privo di giustificazione, viola quindi anche gli artt. 3 e 97 della Costituzione.

Da ultimo, per completezza espositiva, sarà consentita una considerazione. Si è già chiarito che l'indennità di cui all'art. 167, comma 5, d.lgs. n. 42 del 2004 non riveste, per il C.g.a., i connotati della sanzione amministrativa in ragione delle considerazioni sopra illustrate.

Nondimeno, se anche si ritenesse di attribuire detta qualificazione all'indennità in parola, il C.g.a. ha ritenuto che la norma censurata non si presti a una interpretazione adeguatrice, che ne determini la sussumibilità nell'ambito della categoria delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali. Detta indennità infatti si situa nell'ambito di una fattispecie (quella di cui all'art. 167, comma 5, d.lgs. n. 42 del 2004) favorevole per il privato istante in quanto consente il superamento di un precedente illecito. Sicché l'analisi concreta delle finalità perseguite rende recessiva, sulla base dei parametri Engel, la finalità punitiva rispetto a quella preventiva, nel senso che l'indennità costituisce una misura a tutela del paesaggio, che consente di superare l'illecito commesso, alla quale risultano estranei gli aspetti meramente afflittivi della pena (potendosi al più rinvenire delle secondarie finalità di deterrenza). La tecnica di quantificazione, peraltro, basata sul binomio danno arrecato-profitto conseguito, osta a ritenere particolarmente elevato il grado di afflittività in quanto la misura del dovuto non trova giustificazione nella necessità di assicurare l'effetto punitivo ma nel tentativo di rimediare a un danno arrecato. Nella determinazione dell'indennità non si ha infatti riguardo all'elemento soggettivo del fatto, né all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione e neppure alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche, parametri che il legislatore ha individuato al fine di assicurare la finalità punitiva (art. 11, l. n. 689 del 1981).

Detto ciò in punto di non annoverabilità dell'indennità controversa nell'ambito delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali, il C.g.a. ha ritenuto che la riconducibilità della stessa alla categoria delle sanzioni amministrative non consentirebbe comun-

que di superare le questioni di legittimità costituzionale in ragione dei principi della conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie (Corte cost. 29 maggio 2019, n. 134).

In altre parole, il C.g.a. ha ritenuto che non possa essere utilizzato, in funzione paralizzante rispetto alla questione di legittimità costituzionale della norma censurata, il rilievo che essa (laddove non consente di irrogare la “sanzione” nel caso di sopravvenienza del vincolo paesaggistico) sarebbe giustificata dalla necessità di allineare la fattispecie alla regola generale di conoscibilità del precetto la cui violazione determina la conseguenza sanzionatoria. Piuttosto, l’ordinamento suppone (e impone) che colui che realizza un illecito edilizio si assuma la responsabilità delle conseguenze negative che dalla condotta derivano nel corso del tempo, fino a che la posizione del medesimo non risulta nuovamente conforme all’ordinamento giuridico (secondo il canone del versari *in re illicita*): il precetto da conoscere anticipatamente non è rappresentato dal singolo vincolo paesaggistico ma dal fatto che la realizzazione del manufatto deve avvenire nel rispetto delle regole di settore, pena, quanto meno, il pagamento di un’indennità.

Il settore non risulta esposto né al rischio che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri, l’autorità amministrativa o il giudice assuma[no] un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l’illecito, né al rischio di violare la libera autodeterminazione individuale, dal momento che consente al destinatario della norma di apprezzare le conseguenze giuridiche della propria condotta (così non realizzandosi le situazioni che rappresentano la ratio dei principi della conoscibilità del precetto e della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, così (Corte cost. 29 maggio 2019, n. 134).

La disposizione di portata generale di cui all’art. 32, l. n. 47 del 1985 rende infatti rilevanti i vincoli di tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, di tutela del patrimonio storico artistico e di tutela della salute che appongono limiti all’edificazione ai fini dell’accertamento di conformità in sanatoria: è la legge che impone quindi una corrispondenza stretta fra il vincolo edilizio e i suddetti vincoli, ritenendoli connessi quanto agli interessi pubblici coinvolti e inestricabilmente compromessi dalla concreta realizzazione illecita del manufatto.

L’Adunanza plenaria ha ritenuto che detta disposizione non rechi alcuna deroga al principio di legalità in quanto “è la legge che attribuisce la funzione e ne definisce le modalità di esercizio, anche attraverso la definizione dei limiti entro i quali possono ricevere attenzione gli altri interessi, pubblici e privati, con i quali l’esercizio della funzione interferisce” e che “la pubblica Amministrazione, sulla quale a norma dell’art. 97 Cost. incombe più pressante l’obbligo di osservare la legge, deve necessariamente tener conto, nel momento in cui provvede, della norma vigente e delle qualificazioni giuridiche che essa impone” (n. 20 del 1999).

Sicché, una volta che la cura dell’interesse paesaggistico, in uno con la cura degli altri interessi coinvolti nell’operazione, sia così realizzata dall’Amministrazione preposta, questa è tenuta a valutare anche i vincoli sopravvenuti rispetto alla costruzione, fino al momento della propria decisione. Senonché tale incombenza (di considerare anche i

vincoli sopravvenuti) non trova ragion d'essere in un comportamento della parte pubblica, essendo piuttosto ascrivibile al fatto che in precedenza il privato abbia agito in assenza di titolo, non consentendo così la verifica di quanto edificato.

Pertanto, se sanzione vi è, essa svolge la funzione di punire il trasgressore non, in via diretta, per avere violato il vincolo paesaggistico, ma per non essersi premunito del titolo edificatorio, esponendolo alle conseguenze negative che nel corso del tempo quella condotta produce, fino al momento in cui il privato non ritiene di porre fine alle conseguenze antigiusdittiche della stessa, presentando la domanda di cui all'art. 167, d.lgs. n. 42 del 2004 e l'Amministrazione si pronuncia sulla stessa. Non si pone quindi un tema di conoscibilità del precetto, potendosi al più porre una questione di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, che il C.g.a. ha ritenuto superabile in ragione del fatto che gli interessi coinvolti, oltre a quello strettamente edificatorio, sono indicati nell'art. 32 e così sono prevedibili le conseguenze che derivano dalla violazione di detti interessi: l'unico elemento di aleatorietà attiene alla mancanza di sicurezza in ordine al fatto che l'area interessata dall'illecito sia nel corso del tempo sottoposta (o meno) a vincolo.

Detta aleatorietà, peraltro, è contenuta dalla predeterminazione della tipologia di vincoli e di conseguenze che ne derivano, da un lato, e, dall'altro lato, dal fatto che dipende proprio dal soggetto "punito" la possibilità di ridurre, se non azzerare, detta aleatorietà presentando l'istanza di compatibilità (paesaggistica, per quanto interessa nella presente controversia).

Con ordinanza 14 maggio 2021, n. 3820 la sez. IV ha giudicato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, lett. *c-bis*, l. reg. Puglia n. 14 del 2009, in relazione all'art. 117, comma secondo, lett. s), Cost., nella parte in cui rimette(va) ai Comuni – prima dell'espressa abrogazione disposta dall'art. 1, l. reg. Puglia n. 3 del 2021 - mediante motivata deliberazione di consiglio comunale, "l'individuazione di ambiti territoriali nonché di immobili ricadenti in aree sottoposte a vincolo paesaggistico ai sensi del Piano paesaggistico territoriale regionale (PPTR), approvato con Deliberazione di Giunta regionale n. 176 del 2015, nei quali consentire, secondo gli indirizzi e le direttive del PPTR, gli interventi di cui agli artt. 3 e 4 della presente legge, purché gli stessi siano realizzati, oltre che alle condizioni previste dalla presente legge, utilizzando per le finiture, materiali e tipi architettonici legati alle caratteristiche storico-culturali e paesaggistiche dei luoghi", in deroga al divieto posto dal precedente comma 1, lett. f, del medesimo art. 6.

Ha affermato la Sezione che l'art. 145, d.lgs. n. 42 del 2004 reca la disciplina del "Coordinamento della pianificazione paesaggistica con altri strumenti di pianificazione". I principi cardine ai quali detto coordinamento si ispira sono: a) il riconoscimento in capo all'organo ministeriale del potere di individuare le linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale per quanto riguarda la tutela del paesaggio; b) il rilievo nazionale e accentratore dell'esercizio del potere in questione, con precipue finalità di indirizzo della pianificazione e di direzione ai fini del conferimento di funzioni e compiti alle Regioni e agli Enti locali; c) il principio del coordinamento dei piani paesaggistici rispetto agli

altri strumenti di pianificazione territoriale e di settore, nonché rispetto a piani, programmi e progetti nazionali e regionali di sviluppo economico; d) l'espressa inderogabilità delle previsioni contenute nei piani paesaggistici di cui agli artt. 143 e 156 del medesimo Codice da parte di piani, programmi e progetti nazionali o regionali di sviluppo economico; l'espressa cogenza delle previsioni medesime rispetto agli strumenti urbanistici degli Enti territoriali minori (comuni, città metropolitane e province); l'espressa prevalenza delle stesse sulle disposizioni difformi eventualmente contenute negli strumenti urbanistici e sulle normative di settore; e) l'obbligo di conformazione e di adeguamento degli strumenti di pianificazione urbanistica e territoriale degli Enti locali minori alle previsioni dei piani paesaggistici, secondo le procedure previste dalla legge regionale

Sulla base di queste disposizioni e sotto lo specifico profilo della non manifesta infondatezza della questione, è dunque possibile concludere che: a) secondo la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, la tutela del paesaggio costituisce competenza riservata alla potestà legislativa esclusiva statale e limite inderogabile alla disciplina che le Regioni possono dettare nelle materie di loro competenza; b) il Codice definisce - con efficacia vincolante per tutti gli enti territoriali (sia le Regioni, sia gli Enti locali minori) e anche per gli enti pubblici operanti secondo specifiche normative di settore - i rapporti tra le prescrizioni del piano paesaggistico e le prescrizioni di carattere urbanistico ed edilizio, secondo un modello di prevalenza delle prime, non alterabile nemmeno ad opera della legislazione regionale; c) la summenzionata previsione della l. reg. n. 14 del 2009, nella parte in cui prevedeva - prima della sua espressa abrogazione e *ratione temporis* ancora applicabile all'istanza edilizia all'esame - la derogabilità delle prescrizioni dei piani paesaggistici e in particolare di quelle contenute nel P.P.T.R. della Puglia, appare porsi in contrasto con l'art. 145, comma 3, del Codice, quale norma interposta in riferimento all'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., suscitando il relativo dubbio di legittimità costituzionale. 24. A questo proposito, la Sezione segnala di avere sollevato (con ordinanza 12 gennaio 2021, n. 392, coeva alle analoghe ordinanze nn. 389, 390 e 391 emesse nella medesima data) sostanzialmente analoga questione di legittimità costituzionale in riferimento, questa volta, all'art. 12-*bis*, commi 2, 3 e 4, l. reg. Campania n. 19 del 28 dicembre 2009, in relazione all'art. 117, comma secondo, lett. s), Cost., il quale, introducendo, con efficacia vincolante, disposizioni atte a disciplinare i rapporti tra piano paesaggistico e prescrizioni di carattere urbanistico ed edilizio, parrebbe incidere anch'esso su materie di competenza statale. 25. Si evidenzia, infine, che la necessità che le Regioni rispettino in modo rigoroso il riparto di competenze delineato dalla Costituzione in materia di protezione dell'ambientale e del paesaggio, è stata ribadita, di recente, dalla sentenza della Corte costituzionale n. 74 del 21 aprile 2021, che ha dichiarato (nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 26 e 36, l. reg. Puglia 30 novembre 2019, n. 52 - Assestamento e variazione al bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2019 e pluriennale 2019-2021, promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri) la incostituzionalità delle summenzionate norme perché violative - sebbene in fattispecie diversa

rispetto a quella oggetto dell'odierno giudizio - della materia della protezione dell'ambiente, sotto il profilo della incidenza sui presupposti del rilascio della autorizzazione paesaggistica. Anche la presente controversia si caratterizza per il fatto che, in buona sostanza, la norma regionale sospettata di incostituzionalità consente al comune di incidere sui presupposti del rilascio della autorizzazione paesaggistica in deroga alle previsioni di tutela stabilite dal Codice e dal piano paesaggistico.

La sez. IV, con sentenza 29 marzo 2021, n. 2640 ha precisato che nel procedimento di autorizzazione paesaggistica disciplinato dall'art. 146, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, il potere autorizzatorio appartiene in prima battuta alla Regione, spettando alla Soprintendenza un parere sulla proposta di provvedimento da questa sottopostale (parere che, sebbene vincolante in via ordinaria, cessa di esserlo se reso tardivamente e per di più può essere pretermesso in caso di sua mancata espressione, secondo quanto previsto dal comma 9 del medesimo art. 146, come modificato dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164; tale assetto di competenze non viene alterato per il solo fatto che in determinati casi l'autorizzazione paesaggistica debba essere acquisita in seno a una conferenza di servizi, che costituisce soltanto un modulo procedimentale semplificatorio per l'acquisizione dei diversi atti di assenso richiesti in ordine a un intervento; ne discende che l'art. 14-ter, comma 7, l. 7 agosto 1990, n. 241, il quale, laddove considera acquisito senza condizioni l'assenso delle amministrazioni che non abbiano partecipato alla conferenza o comunque non si siano pronunciate (ivi comprese quelle preposte alla tutela di interessi "sensibili" quale quello paesaggistico), va riferito unicamente agli "assensi" da rendere direttamente all'amministrazione procedente, e non anche all'ipotesi di autorizzazione paesaggistica, laddove la Soprintendenza è chiamata a esprimersi non direttamente sulla compatibilità dell'intervento, ma sulla proposta al riguardo formulata della Regione.

Ha ricordato la Sezione che alla funzione di tutela del paesaggio (che il Ministero dei beni culturali esercita esprimendo il suo obbligatorio parere nell'ambito del procedimento di compatibilità ambientale) è estranea ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione, essendo esso atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica, attraverso il quale, similmente a quanto avviene nell'espressione del parere di cui all'art. 146, d.lgs. n. 42 del 2004, l'intervento progettato viene messo in relazione con i valori protetti ai fini della valutazione tecnica della sua compatibilità con il tutelato interesse pubblico paesaggistico, valutazione che è istituzionalmente finalizzata a evitare che sopravvengano alterazioni inaccettabili del preesistente valore protetto. Questa regola essenziale di tecnicità e di concretezza, per cui il giudizio di compatibilità dev'essere, appunto, "tecnico" e "proprio" del caso concreto, applica il principio fondamentale dell'art. 9 Cost., il quale consente di fare eccezione anche a regole di semplificazione a effetti sostanziali altrimenti praticabili. Anche laddove, cioè, il legislatore abbia scelto una speciale concentrazione procedimentale, come quella che si attua con il sistema della conferenza dei servizi, essa non comporta comunque un'attenuazione della rilevanza della tutela paesaggistica perché questa si fonda su

un espresso principio fondamentale costituzionale (Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1486; id., sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039; id. 15 gennaio 2013, n. 220).

Ha ancora affermato la Sezione che a seguito del decorso del termine per l'espressione del parere vincolante (*rectius*: conforme) da parte della Soprintendenza, l'organo statale non resti in assoluto privato della possibilità di rendere un parere; tuttavia il parere in tal modo espresso perderà il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo.

Ne consegue, pertanto, che se nel corso di una prima fase (che si esaurisce con il decorso del termine di legge), l'organo statale può, nella pienezza dei suoi poteri di cogestione del vincolo, emanare un parere vincolante dal quale l'amministrazione deputata all'adozione dell'autorizzazione finale non potrà discostarsi (ai sensi dell'art. 146, comma 8, d.lgs. 42 del 2004), successivamente l'amministrazione procedente "provvede sulla domanda di autorizzazione" (comma 9 dello stesso d.lgs. n. 42), essendo pertanto legittimata all'adozione dell'autorizzazione prescindendo in radice dal parere della Soprintendenza.

Siffatto assetto di competenze, alla stregua dei principi sopra richiamati, non può essere stravolto per il solo fatto che l'autorizzazione paesaggistica debba essere acquisita in seno a una conferenza di servizi, né su di esso incide il meccanismo del silenzio-assenso tra amministrazioni di cui all'art. 17-bis, l. n. 241 del 1990. Quest'ultimo – come detto – vale esclusivamente nei rapporti fra l'amministrazione "precedente" e quelle chiamate a rendere "assensi, concerti o nulla osta", e non anche nel rapporto "interno" fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi.

Con sentenza 26 aprile 2021, n. 3352 la sez. VI ha affermato che la nozione di superficie utile da prendere in esame al fine di perimetrare la portata applicativa dell'art. 167, d.lgs. n. 42 del 2004, nella parte in cui preclude il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica postuma in caso di incremento delle superfici utili legittimamente edificate, fa riferimento al significato tecnico-giuridico che tali concetti assumono in materia urbanistico-edilizia, trattandosi di nozioni tecniche non già specificate dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, ma solo dalla normativa urbanistico-edilizia.

Come ha di recente chiarito dalla Sezione (6 aprile 2020, n. 2250), in materia di tutela paesaggistica, il rinvio ai concetti di volumetria e superficie utile, contenuto nell'art. 167, comma 4, d.lgs. n. 42 del 2004, per cui l'autorità preposta alla gestione del vincolo accerta la compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al comma 5, nei casi indicati, non può che interpretarsi nel senso di un rinvio al significato tecnico-giuridico che tali concetti assumono in materia urbanistico-edilizia, trattandosi di nozioni tecniche non già specificate dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, ma solo dalla normativa urbanistico-edilizia.

Con specifico riferimento alla nozione di "superfici utili", la Sezione (13 maggio 2016, n. 1945; id. 1 dicembre 2014, n. 5932) ha precisato che le nozioni tecniche in questione non sono specificate dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, ma solo dalle normative sulle costruzioni (in via esemplificativa e non esaustiva, circolare del Ministero dei

lavori pubblici 23 luglio 1960, n. 1820; artt. 5 e 6, d.m. 2 agosto 1969; art. 3, d.m. 10 maggio 1977; art. 1, d.m. 26 aprile 1991; art. 6, d.m. 5 agosto 1994), dove la superficie utile (SU) coincide -in estrema sintesi- con l'area abitabile (superficie di pavimento degli alloggi misurata al netto di murature, pilastri, tramezzi, sguinci, vani di porte e finestre, di eventuali scale interne, di logge e balconi) mentre per superficie accessoria (SA) si intendono le parti dell'edificio destinate ad accessori e servizi (cantine, locali tecnologici, vano ascensore e scale, terrazze, balconi, logge e quant'altro).

La necessità di distinguere le nozioni di superficie utile e di superficie accessoria trova attuale conferma nel Regolamento edilizio-tipo approvato in sede di Intesa Stato-Regioni, in attuazione dell'art. 4, comma 1-*sexies*, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, pubblicato sulla G.U. n. 268 del 16 novembre 2016, comunque invocabile quale parametro esecutivo nell'interpretazione della pertinente disciplina edilizia.

Come rilevato dalla Sezione (10 gennaio 2020, n. 241), tale intervento è stato reso necessario al fine di omogeneizzarne gli ambiti definitivi, ponendo ordine nel variegato linguaggio utilizzato nella prassi degli uffici comunali, rispondente o meno a specifiche indicazioni regolamentari o urbanistiche locali. Il riferimento a tali definizioni uniformi risulta, quindi, utile al fine di individuare il paradigma cui ricondurre, almeno astrattamente, l'intervento realizzato, alla stregua di quanto emergente dalla documentazione in atti.

Per quanto più di interesse, alla stregua di quanto emergente dal Regolamento edilizio-tipo: la superficie utile è rappresentata dalla sola superficie di pavimento degli spazi di un edificio misurata al netto della superficie accessoria e di murature, pilastri, tramezzi, sguinci e vani di porte e finestre; la superficie accessoria è, invece, rappresentata dalla superficie di pavimento degli spazi di un edificio aventi caratteri di servizio rispetto alla destinazione d'uso della costruzione medesima, misurata al netto di murature, pilastri, tramezzi, sguinci e vani di porte e finestre, comprendente, a titolo esemplificativo, anche i ballatoi, le logge, i balconi e le terrazze. Per l'effetto, posto che l'art. 167, d.lgs. n. 42 del 2004 ha riguardo, quale causa generale ostativa alla sanatoria alle sole superfici utili, considerato che tali superfici escludono quelle accessorie, deve ritenersi che nel caso di specie l'ampliamento di superfici accessorie esterne (qualificabili come balconi o ballatoi o terrazze), sebbene sussumibili sotto la nozione di superfici utili lorde ai sensi di quanto previsto dalla normativa urbanistica comunale citata, non integrava gli estremi della superficie utile ai sensi dell'art. 167, d.lgs. n. 42 del 2004, non potendo, dunque, ritenersi di per sé come ostativo all'avvio del procedimento di autorizzazione postuma paesaggistica, comunque necessario facendosi questione di opere comportanti un mutamento dello stato dei luoghi esterni, in relazione alle quali occorre, dunque, verificare la sua compatibilità con i valori paesaggistici espressi dall'area in cui l'intervento edilizio è stato realizzato.

La sez. VI, con sentenza 30 giugno 2021, n. 4923 ha giudicato legittimo il ricorso allo strumento di tutela di valori storico-artistici (vincolo indiretto) per finalità di tutela paesaggistica; l'estensione del vincolo non trova giustificazione nell'esigenza di preservare i valori del contesto territoriale in sé considerato (pur in sé dotato di valore), bensì

i valori che lo stesso esprime in funzione del bene culturale del Castello del Catajo e delle sue pertinenze, a cui è inscindibilmente correlato, come ben evidenziato dai passaggi delle relazioni tecniche innanzi richiamati; non deve inoltre trascurarsi che l'estensione del vincolo trova una logica spiegazione nell'imponenza e nell'ubicazione del complesso monumentale da tutelare, in quanto nel perimetro del vincolo diretto sono incluse anche la collina che fiancheggia il Castello e alcune aree agricole; pertanto, sussiste una logica congruenza tra l'ampia estensione del vincolo indiretto e l'ampia estensione del vincolo diretto da tutelare.

Ha ricordato la Sezione che ai sensi dell'art. 45 del Codice dei beni culturali "Il Ministero ha facoltà di prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali immobili, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro". La norma demanda all'amministrazione di delimitare con intensità variabile, non predeterminata, le misure più idonee a preservare il valore ed il significato che il bene culturale rappresenta nel territorio nel quale è collocato.

La giurisprudenza ha precisato che il vincolo indiretto concerne la c.d. cornice ambientale di un bene culturale (Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 1969, n. 722; id., sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2354). Ne deriva che non è il solo bene in sé – nel caso di specie il Castello del Catajo - a costituire oggetto della tutela, ma l'intero ambiente potenzialmente interagente con il valore culturale, che può richiedere una conservazione particolare. In questo senso il canone di verifica del corretto esercizio del potere deve avvenire secondo un criterio di congruenza, ragionevolezza e proporzionalità.

La giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, 3 luglio 2012, n. 3893) ha già avuto modo di precisare che tali criteri sono tra loro strettamente connessi e si specificano nel conseguimento di un punto di equilibrio identificabile nella corretta funzionalità dell'esercizio del potere che deve essere congruo e rapportato allo scopo legale per cui è previsto.

Ha aggiunto la Sezione che, tenuto conto del particolare rilievo che assume l'area in cui si colloca il Castello, non solo per garantirne la vista, la conservazione e la tutela, ma quale componente del valore e del pregio storico dello stesso (vedasi il richiamo alla relazione tecnica del 2011 che segue), la giurisprudenza ha precisato che il vincolo indiretto può essere apposto per consentire di comprendere l'importanza dei luoghi in cui gli immobili tutelati dal vincolo diretto si inseriscono mediante la loro conservazione pressoché integrale (Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2017, n. 2493).

Deve anche ricordarsi che la valutazione dell'amministrazione nell'ambito in discorso è per lo più insindacabile, se non sotto il profilo della congruità e della logicità della motivazione ed in particolare per difetto o manifesta illogicità della motivazione o errore di fatto (Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2005, n. 3305; id., sez. VI, 22 agosto 2006, n. 4923; id., sez. IV, 9 febbraio 2006, n. 659).

In base alla relazione tecnico scientifica allegata al provvedimento impugnato, il vincolo indiretto attiene ad un'area che costituisce "una cornice ambientale che si pone in una relazione visuale e prospettica inscindibile con il Castello e ne costituisce il contesto concorrendo a determinarne il carattere di eccezionalità" e "qualsiasi considerazione di

carattere architettonico sui contenuti intrinseci e formali del Castello del Catajo deve necessariamente essere accompagnata dalla consapevolezza che una parte fondamentale del suo valore e del suo stesso significato è riconducibile alla relazione attiva che il complesso esprime nei confronti del territorio circostante”.

In disparte ogni profilo attinente al merito della scelta, che resta insindacabile per il Giudice, la giustificazione del vincolo indiretto e la sua estensione ed incidenza (il vincolo è stato apposto per una estensione di circa km 3 e comporta l'inedificabilità assoluta delle aree) appaiono coerenti con la natura, le caratteristiche e le ragioni di tutela del bene monumentale al quale è funzionale, come innanzi anticipato.

Invero, nella relazione tecnico scientifica del vincolo diretto del 2011, avente ad oggetto il Castello i giardini e le aree limitrofe, si legge che “il Castello appare legato da un rapporto inscindibile al sistema territoriale destinato ad accoglierlo, in quanto baricentro e fulcro di un impianto ordinatore tanto delle pendici dei Colli Euganei, a ovest, quanto delle dirette pertinenze agricole che si estendono lungo il versante pianeggiante orientale, caratterizzate dalla presenza dello straordinario incrocio idraulico tra il Canale Battaglia e il Canale Rialto e dal reticolo di strade e canalizzazioni che nel tempo hanno improntato la morfologia dell'intero paesaggio agrario”; con la conseguenza che il Castello si pone “quale fulcro e origine di tale sistema organico, unico nel suo genere”; con l'ulteriore considerazione che “le architetture e i giardini, che si inseriscono in un disegno del territorio molto ampio da cui prendono senso e ragioni, si raccordano alla campagna proprio grazie alla presenza degli affacci multipli della compagine edilizia, nella sua variegata complessità di relazioni e tracciati, capaci di creare più punti di vista privilegiati rispetto all'intorno circostante”.

25.2. Apertura di un *Fast food* alle Terme di Caracalla

Con sentenza 28 dicembre 2021, n. 8641 la sez. VI ha giudicato legittimo il diniego di apertura di un McDonald's alle Terme di Caracalla, essendo l'area in cui si trova l'immobile tutelata dal piano territoriale paesaggistico ed inclusa nel centro storico tutelato come sito Unesco.

Ha premesso la Sezione che l'area in cui si trova l'immobile è tutelata dal PTP n. 15/12, art. 134, comma 1, lett c), Valle della Caffarella, Appia antica ed Acquadotti, inclusa nel Centro Storico tutelato come sito Unesco, in area attigua alle Terme di Caracalla, per la quale le Norme tecniche di attuazione (art. 46) prevedono espressamente l'obbligatorietà del procedimento di autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 del Codice (d.lgs. n. 42 del 2004).

Ha aggiunto che l'art. 150, d.lgs. n. 42 del 2004 attribuisce espressamente sia alla Regione sia al Ministero il potere di ordinare la sospensione di lavori atti ad alterare i valori paesaggistici del territorio, a tutela sia dei beni già vincolati sia di aree che si intende tutelare con l'imminente adozione di un futuro vincolo paesaggistico; si tratta, pertanto, di un potere che può essere esercitato anche a salvaguardia di aree o immobili non ancora dichiarati di interesse culturale o paesistico.

Nel caso di specie peraltro, sulla scorta di quanto sopra evidenziato, la disciplina vigente conferma la sussistenza del vincolo – nei termini predetti – e la conseguente necessità dell'autorizzazione paesaggistica, la cui mancanza ha pertanto in ogni caso giustificato e legittimato il ricorso al potere inibitorio in esame.

Quanto all'esercizio del potere di autotutela, la Sezione ha ricordato che nella specie sussiste tale potere in termini non di mera rimozione dei pareri precedentemente espressi dalle singole soprintendenze sulla base di una disciplina diversa da quella correttamente ricostruita dalla direzione generale, in quanto l'effetto degli atti impugnati è quello – di per sé neppure integrante un totale arresto procedimentale definitivo – di diffida all'attivazione del corretto percorso procedimentale.

Ha aggiunto che l'assenso edilizio, rilasciato in carenza dell'autorizzazione paesaggistica, sia inefficace (art. 146, commi 2, e 4, d.lgs. n. 42 del 2004); analogamente, ove l'assenso edilizio sia rilasciato sulla base di un presupposto (id est, l'avvenuto rilascio dell'autorizzazione paesaggistica) in realtà non sussistente se non *nominatim* (come nel caso di specie, in cui erano stati adottati pareri settoriali, non integranti la forma e la sostanza dell'autorizzazione *ex art.* 146, d.lgs. n. 42 per il diverso quadro pianificatorio non correttamente prospettato), si è in presenza di una doppia situazione patologica (Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2015, n. 5663).

Trasformazione edilizia del territorio, applicabili a maggior ragione in ordine alla peculiare disciplina propria degli ambiti soggetti a parallela tutela *latu sensu* culturale, comprendente il versante paesaggistico.

In generale, i presupposti dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi sono costituiti dall'originaria illegittimità del provvedimento, dall'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione (diverso dal mero ripristino della legalità violata), tenuto conto anche delle posizioni giuridiche soggettive consolidate in capo ai destinatari; l'esercizio del potere di autotutela è dunque espressione di una rilevante discrezionalità che non esime, tuttavia, l'Amministrazione dal dare conto, sia pure sinteticamente, della sussistenza dei menzionati presupposti e l'ambito di motivazione esigibile è integrato dall'allegazione del vizio che inficia il titolo edilizio, dovendosi tenere conto, per il resto, del particolare atteggiarsi dell'interesse pubblico in materia di tutela del territorio e dei valori che su di esso insistono, che possono indubbiamente essere prevalenti, se spiegati, rispetto a quelli contrapposti dei privati, nonché dall'eventuale negligenza o malafede del privato che ha indotto in errore l'Amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 18 giugno 2019, n. 4133).

Nel caso di specie, oltre al limitato periodo temporale trascorso fra il rilascio degli evocati assenti e l'intervento di rimozione, assumono preminente rilievo i plurimi elementi posti a base degli atti impugnati, pienamente coerenti ai principi predetti: la disciplina vigente ed il conseguente previo necessario rilascio dell'autorizzazione *ex art.* 146 cit., nei termini già sopra condivisi; la relativa erronea rappresentazione degli elementi di fatto e di diritto rilevanti nella fattispecie; la circostanza che i lavori di trasformazione erano appena stati avviati senza alcun consolidamento, con conseguente connessa valutazione della relativa situazione giuridica dei privati interessati. Emerge altresì dagli atti

L'approfondimento motivazionale degli interessi pubblici connessi alla tutela dell'area e del contesto culturale coinvolto, nei termini correttamente indicati sia dalla sentenza impugnata che dalla difesa erariale, oltre che del tutto coerenti ai principi sopra richiamati in tema di autotutela.

26. Beni culturali.

26.1. Vincolo culturale.

La sez. VI, con sentenza 13 luglio 2021, n. 5302 ha affermato che l'ambito oggettivo di estensione del vincolo culturale non si ricava esclusivamente dalla sua motivazione; ciò in quanto in sede di motivazione, l'Amministrazione può limitarsi a menzionare, anche a titolo esemplificativo, soltanto alcuni degli elementi caratteristici da cui può desumersi il particolare valore storico-artistico del relativo immobile, inteso nel suo insieme.

Ha ricordato la Sezione che il fatto che la motivazione del decreto impositivo del vincolo faccia specifico e prevalente riferimento ad alcune caratteristiche esterne dell'edificio, non è di per sé sufficiente per ritenere che il vincolo sia circoscritto alle sole parti ivi indicate. Anzi, la specificazione, oltre a rafforzare la motivazione del valore del bene, costituisce una ragione ulteriore della necessità di garantire un contesto di tutela adeguato anche alle singole peculiarità del bene.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 15 febbraio 2021, n. 107 ha giudicato legittimo il decreto dell'Assessorato dei beni culturali della Regione siciliana che ha posto il vincolo culturale sulla Casa famiglia del Giudice Livantino, rivestendo detta dimora e le cose mobili in essa custodita un interesse culturale particolarmente importante.

Ha ricordato il C.g.a. che l'immobile "Casa di Famiglia del Giudice Rosario Livantino", nella quale era vissuto il giudice Livantino (ucciso il 21 settembre del 1990, da quattro killer per ordine della "Stidda", la mafia agrigentina) è sito nel Comune di Canicatti.

Si tratta di un palazzetto formato da tre piani fuori terra; la residenza del giudice ucciso è posta al primo livello del palazzetto.

Il C.g.a. ha premesso che compongono il patrimonio culturale i beni culturali e i beni paesaggistici.

La nozione di bene culturale risente, ora, delle definizioni che della stessa hanno dato gli atti normativi internazionali.

In modo particolare si tratta della Convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale del 1972, la Convenzione Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale del 2003 e la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società del 2005 (c.d. Convenzione di Faro, sottoscritta dall'Italia nel 2013 non ancora ratificata).

In Italia la nozione di "bene culturale" è stata utilizzata per la prima volta dalla c.d. Commissione Franceschini nel 1964.

Il "bene culturale" è stato definito come "testimonianza materiale avente valore di civiltà".

Tenendo conto dell'evoluzione normativa culminata con l'approvazione del Codice dei beni culturali, la giurisprudenza, in accordo con la dottrina più attenta, ha definito i caratteri comuni a tutti i beni culturali.

Tra questi rileva, nella presente fattispecie, il carattere dell'immaterialità.

Con "immaterialità" si intende l'attitudine del bene ad essere testimonianza di superiori valori di civiltà.

I valori si incardinano inscindibilmente nel bene materiale, ed il bene diventa radice ed espressione di una significazione altra che non si identifica con il supporto materiale ma rimanda ai valori ed ai principi che in dato momento storico guidano l'evoluzione della società.

Rileva la migliore dottrina che il bene materiale è oggetto di diritti patrimoniali, il valore culturale immateriale è oggetto di situazioni soggettive attive da parte dei poteri pubblici.

Nota è la decisione Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2003, n. 6344, ove appunto si sottolineava come il bene culturale sia ormai "protetto per ragioni non solo e non tanto estetiche, quanto per ragioni storiche, sottolineandosi l'importanza dell'opera o del bene per la storia dell'uomo e per il progresso della scienza".

Tenendo conto di questa evoluzione normativa e dello sforzo interpretativo della giurisprudenza deve leggersi l'art. 2, comma 2 del Codice, secondo cui "Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà".

Alla stregua di questa lettura del complessivo quadro normativo non può revocarsi in dubbio che la "Casa famiglia Livatino" e le cose mobili in essa custodite rivestono un interesse culturale "particolarmente importante".

Il valore culturale si identifica nel rimando all'impegno etico e morale del giovane magistrato che, con la normalità della sua vita, ha indicato ai giovani, non solo siciliani, la via del riscatto e della liberazione del predominio mafioso.

La relazione tecnica, parte integrante del provvedimento impugnato, dà atto di come il valore storico dei beni oggetto del presente procedimento origina dal loro valore simbolico e si colora di indubbi significati etici.

In quell'appartamento si è formato un ragazzo che con adamantina riservatezza ha interpretato i valori di rettitudine ed indipendenza che devono caratterizzare il lavoro del magistrato.

Nella memoria del giovane Livatino si radica la volontà di non cedere di fronte alle pressioni ed alle intimidazioni del potere mafioso.

Si ribadisce quanto si legge nella relazione tecnica che motiva il provvedimento oggi impugnato:

"La dimora del giudice Livatino, con i suoi ricordi, scritti autografi, foto ed effetti personali, preservata nel tempo nella sua immobile integrità dai genitori, custodi e artefici degli insegnamenti che costituiscono i capisaldi della figura umana ed istituzionale dell'uomo Livatino, rappresentano oggi la memoria storica su cui incentrare una azione

di sensibilizzazione e divulgazione di valori fondanti come il perseguimento della legalità, la ricerca della giustizia, il compimento del proprio dovere, tutti valori che concorrono alla costruzione di una società migliore. Costituisce già un avamposto della lotta per la legalità essendo punto di incontro di molti giovani provenienti da tutta Italia, delle associazioni "TecnoPolis" e "Amici del Giudice Rosario Angelo Livatino" di Canicattì nonché di Libera ed Arci”.

I manoscritti del giudice, anche in seguito alle scelte operate dalla Chiesa (la beatificazione), hanno certamente i requisiti richiesti dal comma 4 dell'articolo 10 del Codice: lo scritto autografo di un martire della giustizia e di un beato è certamente raro e di pregio. Il valore storico-simbolico dell'immobile e delle cose conservate è, infatti, ancora maggiore oggi dopo che la Chiesa ha quasi portato a termine il procedimento di beatificazione del giovane giudice.

Congruamente la relazione evidenzia anche le modalità della pubblica fruizione del bene, ulteriore requisito imposto dalla norma primaria di riferimento.

A fronte dell'assenza di familiari diretti che possano mantenerne viva la memoria, è dovere dello Stato, di cui Livatino è stato un “servitore eccezionale”, riconoscere lo straordinario valore culturale della casa del Giudice ed il suo forte valore simbolico a ricordo di chi ha pagato con la vita la “normale” rettitudine che non si piega alle minacce o alle lusinghe della mafia.

26.2. Tutela indiretta del bene culturale.

Con sentenza 10 maggio 2021, n. 3663 la sez. VI ha ritenuto che in tema di prescrizioni di tutela indiretta del bene culturale previste dal c.d. Codice dei beni culturali e del paesaggio, l'art. 45 attribuisce all'Amministrazione la funzione di creare le condizioni affinché il valore culturale insito nel bene possa compiutamente esprimersi, senza altra delimitazione spaziale e oggettiva che non quella attinente alla sua causa tipica, che è di “prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali immobili, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro”, secondo criteri di congruenza, ragionevolezza e proporzionalità.

Ha affermato la Sezione che tali criteri sono tra loro strettamente connessi e si specificano nel conseguimento di un punto di equilibrio identificabile nella corretta funzionalità dell'esercizio del potere di vincolo: perciò il potere che si manifesta con l'atto amministrativo deve essere esercitato in modo che sia effettivamente congruo e rapportato allo scopo legale per cui è previsto. Scopo legale che, nel caso del vincolo indiretto, concerne la cosiddetta cornice ambientale di un bene culturale: ne deriva che il limite di legittimità in cui si iscrive l'esercizio di tale funzione deve essere ricercato nell'equilibrio che preservi, da un lato, la cura e l'integrità del bene culturale e, dall'altra, che ne consenta la fruizione e la valorizzazione dinamica (Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3669).

Il c.d. "vincolo indiretto" non ha contenuto prescrittivo tipico, per essere rimessa all'autonomo apprezzamento dell'amministrazione la determinazione delle disposizioni utili

all'ottimale protezione del bene principale - fino all'inedificabilità assoluta -, se e nei limiti in cui tanto è richiesto dall'obiettivo di prevenire un vulnus ai valori oggetto di salvaguardia (integrità dei beni, difesa della prospettiva e della luce, cura delle relative condizioni di ambiente e decoro), in un ambito territoriale che si estende fino a comprendere ogni immobile, anche non contiguo, la cui manomissione si stimi potenzialmente idonea ad alterare il complesso delle condizioni e caratteristiche fisiche e culturali connotanti lo spazio circostante.

In tale ottica, l'imposizione del vincolo indiretto costituisce espressione della discrezionalità tecnica dell'amministrazione, sindacabile in sede giurisdizionale solo quando l'istruttoria si riveli insufficiente o errata o la motivazione risulti inadeguata o presenti manifeste incongruenze o illogicità anche per l'insussistenza di un'obiettiva proporzionalità tra l'estensione del vincolo e le effettive esigenze di protezione del bene di interesse storico-artistico, e si basa sull'esigenza che lo stesso sia valorizzato nella sua complessiva prospettiva e cornice ambientale, onde possono essere interessate dai relativi divieti e limitazioni anche immobili non adiacenti a quello tutelato purché allo stesso accomunati dall'appartenenza ad un unitario e inscindibile contesto territoriale.

Occorre peraltro che tale istruttoria e motivazione vengano adeguatamente svolte ed esplicate in sede di determinazione.

Infatti, se è vero che l'imposizione dei vincoli in oggetto è conseguente ad una valutazione ampiamente discrezionale dell'amministrazione, questa soggiace a precisi limiti enucleabili nel generale concetto di logicità e razionalità dell'azione amministrativa (onde evitare che la vincolatività indiretta, accessoria e strumentale potesse trasformarsi in una vincolatività generale e indifferenziata); al principio di proporzionalità (congruità del mezzo rispetto al fine perseguito), alla specifica valutazione dell'interesse pubblico "particolare" perseguito ed alla necessità che nella motivazione provvedimento sia chiaramente espressa l'impossibilità di scelte alternative meno onerose per il privato gravato del vincolo indiretto (Cons. Stato, sez. VI, 20 settembre 2005, n. 4866 e 8 settembre 2009, n. 5264).

Ha ancora ricordato la Sezione che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha chiarito (cfr. sent 6 marzo 2014, C 206/13) che la materia culturale in esame non rientra nell'ambito del diritto dell'Unione, per un altro verso gli elementi sopra richiamati in merito agli obiettivi di rilievo costituzionale degli ambiti di tutela affidati alla discrezionalità dell'amministrazione statale nell'individuazione del bene soggetto a interesse culturale e le modalità con le quali concretizzare la tutela stessa, impongono di ribadire come le misure (dirette e indirette) di tutela adottate siano pienamente coerenti al principio di proporzionalità.

Peraltro, la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. ad es. sentenze 21 febbraio 2008 e 26 giugno 2007) ha chiarito che la classificazione di un'area come rilevante dal punto di vista culturale ed archeologico – ed il conseguente divieto di edificazione che venga eventualmente disposto senza indennizzo alcuno - trova giustificazione nella ne-

cessità di proteggere il patrimonio culturale ed archeologico- esso riguardando una collettività ben più vasta di quella che si trova nel territorio ove lo stesso materialmente ricade.

Il parametro di riferimento all'interno della Convenzione europea è stato così individuato nella seconda parte dell'art.1 Prot.n.1, allorché viene richiamato il diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale.

26.3. Discrezionalità tecnica esercitata dalla Soprintendenza per i beni culturali ed ambientali.

Con sentenza 7 maggio 2021, n. 406 il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana ha premesso che il patrimonio culturale, ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 42 del 2004, è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici e la valutazione dell'interesse pubblico, da parte dell'Autorità preposta, varia in relazione alla natura del bene da tutelare, atteso che i beni culturali, aventi caratteristiche eterogenee e multiformi, sono costituiti da cose mobili, immobili o immateriali, mentre i beni paesaggistici corrispondono a porzioni di territorio, più o meno estese, afferenti ad una determinata area geografica. Ha aggiunto la Sezione che la discrezionalità tecnica, esercitata dalla Soprintendenza per i beni culturali ed ambientali è una manifestazione di giudizio, consistente in una attività diretta alla valutazione ed all'accertamento di fatti e, nell'effettuare le valutazioni di propria competenza, in linea di massima, l'Amministrazione applica concetti non esatti, ma opinabili, con la conseguenza che può ritenersi illegittima solo la valutazione la quale, con riguardo alla concreta situazione, possa ritenersi manifestamente illogica, vale a dire che non sia nemmeno plausibile, e non già una valutazione che, pur opinabile nel merito, sia da considerare comunque ragionevole, ovvero la valutazione che sia basata su un travisamento dei fatti o che sia carente di motivazione.

Il ricorso a criteri di valutazione tecnica, infatti, in qualsiasi campo, non offre sempre risposte univoche, ma costituisce un apprezzamento non privo di un certo grado di opinabilità e, in tali situazioni, il sindacato del giudice, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013).

Pertanto, sugli atti della Soprintendenza Beni Culturali ed Ambientali, essendo gli stessi sindacabili dal giudice amministrativo per vizi di legittimità e non di merito, non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo intrinseco in ordine alle valutazioni tecniche opinabili, in quanto ciò si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile in sede giurisdizionale il controllo di ragionevolezza, logicità, coerenza ed attendibilità.

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

26.4. Concessione della Certosa di Trisulti alla *Dignitatis Humanae* e limiti temporali per l’esercizio del potere di autotutela.

La sez. VI, con sentenza 15 marzo 2021, n. 2207 ha giudicato legittimo il decreto del Ministero dei beni culturali ed ambientali che ha ritirato l’affidamento in concessione del bene immobile culturale denominato della Certosa di Trisulti, in provincia di Frosinone, alla *Dignitatis Humanae*, a causa della mancanza dei requisiti richiesti dal bando che riguardavano non solo la personalità giuridica, ma anche lo Statuto dell’associazione, che al tempo della presentazione della domanda non riportava gli indirizzi di tutela e valorizzazione richiesti dal ministero.

Ha chiarito la Sezione che il d.m. 6 ottobre 2015, recante la disciplina del rilascio delle concessioni in uso a privati di beni immobili del demanio culturale dello Stato, si esprime in termini estremamente chiari nel prevedere che alla selezione possano partecipare solo associazioni e fondazioni riconosciute, perché solo a queste tipologie di enti è consentito di essere destinatari della concessione di beni immobili del demanio culturale dello Stato.

Il tenore dell’art. 2 del citato decreto ministeriale non lascia spazio a diverse interpretazioni laddove stabilisce testualmente che “Le concessioni disciplinate dal presente decreto sono riservate alle associazioni e fondazioni di cui al Libro I del codice civile, dotate di personalità giuridica e prive di fini di lucro, che siano in possesso dei seguenti requisiti: a) previsione, tra le finalità principali definite per legge o per statuto, dello svolgimento di attività di tutela, di promozione, di valorizzazione o di conoscenza dei beni culturali e paesaggistici; b) documentata esperienza almeno quinquennale nel settore della collaborazione per la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale; c) documentata esperienza nella gestione, nell’ultimo quinquennio antecedente la pubblicazione dell’avviso pubblico di cui all’art. 3, di almeno un immobile culturale, pubblico o privato, con attestazione della soprintendenza territorialmente competente di adeguata manutenzione e apertura alla pubblica fruizione”.

I requisiti dovevano essere posseduti alla scadenza del termine fissato per presentazione delle domande. Ciò discende da un principio immanente nel nostro ordinamento in

virtù del quale i requisiti richiesti per la partecipazione ad una selezione pubblica debbono essere posseduti al momento della scadenza del termine perentorio stabilito dal bando per la presentazione della domanda di partecipazione, al fine di non pregiudicare la par condicio tra i candidati ad una selezione pubblica, che sempre deve assistere lo svolgimento di una siffatta procedura amministrativa, anche solo quale precipitato del principio di cui all'art. 97 Cost., oltre ai principi, criteri e disposizioni recati dall'art. 1, l. n. 241 del 1990, che disciplina ogni tipologia di attività amministrativa, anche di tipo selettivo (Cons. Stato, sez. VI, 8 settembre 2020, n. 5412) e che, ovviamente (operando, in via principale, quale principio generale relativo alla legittimazione a partecipare alla selezione e non quale condizione per l'ottenimento del beneficio derivante dall'aver superato favorevolmente la selezione stessa), trova applicazione anche nell'ipotesi in cui si verifichi il caso della partecipazione di un solo candidato alla selezione.

Ha ancora affermato la Sezione che la selezione avviata dal Ministero dei beni culturali e conclusa con l'adozione di un decreto di approvazione della graduatoria e di individuazione dell'assegnatario della concessione di un bene immobile di rilievo culturale ha ad oggetto, senza alcun dubbio, l'assegnazione di un vantaggio economico [e proprio per questa ragione la scelta del concessionario di un bene pubblico suscettibile di sfruttamento economico va effettuata mediante procedura competitiva di evidenza pubblica, in applicazione diretta dei principi di matrice eurounitaria del Trattato dell'Unione europea (Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2011, n. 3250 e 7 aprile 2011, n. 2151)].

La Sezione ha quindi affermato che il limite temporale dei 18 mesi per l'esercizio del potere di autotutela, introdotto dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990, in ossequio al principio del legittimo affidamento con riguardo alla posizione di colui che ha ottenuto un provvedimento autorizzatorio o di attribuzione di vantaggi economici, è dedicato dal legislatore e, quindi, trova applicazione, solo se il comportamento della parte interessata, nel corso del procedimento o successivamente all'adozione dell'atto, non abbia indotto in errore l'amministrazione distortendo la realtà fattuale oppure determinando una non veritiera percezione della realtà o della sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge e se grazie a tale comportamento l'amministrazione si sia erroneamente determinata (a suo tempo) a rilasciare il provvedimento favorevole.

La Sezione ha premesso che la concessione per la cura e lo sfruttamento (e quindi, in sintesi, della gestione) di un bene culturale demaniale costituisce un atto autoritativo con il quale, all'esito di un procedimento amministrativo di tipo selettivo, l'amministrazione concedente individua il soggetto al quale rilasciare la concessione. L'operazione, ad evidente carattere dicotomico, si completa con la stipula della convenzione, che caratterizza il momento civilistico della seconda fase dell'operazione, per mezzo della quale le parti, concedente e concessionario, disciplinano gli aspetti concreti e "la vita" della gestione del bene demaniale, individuando le peculiarità che contraddistinguono il rapporto tra le parti, anche sotto il profilo economico.

Dunque il momento civilistico non avrebbe vita autonoma senza la definizione della fase pubblicistica e, anzi, è strettamente condizionato dalla validità ed efficacia delle

scelte effettuate dall'amministrazione concedente nella fase autoritativa di individuazione del concessionario.

Infatti la concessione demaniale integra una fattispecie complessa (a portata dicotomica), alla cui formazione concorrono il potere discrezionale dell'amministrazione e la volontà del privato di accettare le condizioni negoziali di disciplina del rapporto (regime di utilizzo, durata, assetto economico dei rapporti, cause di decadenza per inadempimento, condizioni economiche per lo sfruttamento e la gestione del bene, ecc.). Nell'operazione di rilascio della concessione di beni coesistono, pertanto, un atto amministrativo unilaterale, con il quale l'amministrazione dispone di un proprio bene in via autoritativa e una convenzione attuativa, avente ad oggetto la regolamentazione degli aspetti patrimoniali, nonché dei diritti e obblighi delle parti connessi all'utilizzo di detto bene, elementi, questi, entrambi necessari ai fini della costituzione del rapporto concessorio.

Nello stesso tempo, però, i due momenti, quello pubblicistico e quello consensuale, integrano l'atto complesso costituito dalla concessione-contratto. L'atto accessivo ad una concessione (il "contratto") che, giuridicamente, va qualificata quale tipico provvedimento amministrativo costitutivo, parteciperebbe della natura provvedimento della concessione medesima, ben potendo, dunque, al pari di essa, essere oggetto dell'esercizio di poteri di autotutela da parte dell'amministrazione, stante l'intimo rapporto di causa-effetto che intercorre tra le due fasi e tra gli atti che le concludono. D'altronde, anche per quello che si dirà nel prosieguo, una volta accertata l'illegittimità del provvedimento concessorio e una volta che si è proceduto al suo annullamento (in sede giudiziale o in sede amministrativa tramite lo strumento dell'autotutela), l'effetto patologico di tale illegittimità pervade il contratto e quindi provoca la decadenza dal beneficio ottenuto indebitamente.

Ne deriva che, non solo il rilascio di una concessione costituisce un provvedimento di attribuzione di vantaggi economici "a persone ed enti pubblici e privati" (per come è specificato nell'art. 12, l. n. 241 del 1990), ampliativo della sfera giuridica (ed economica) del destinatario, che rappresenta il momento prodromico e pregiudiziale per la composizione civilistica degli interessi del concedente e del concessionario, ma nei confronti di detto provvedimento e del procedimento all'esito del quale esso viene adottato trovano sicuramente applicazione le disposizioni recate dalla l. n. 241 del 1990, ivi compreso l'istituto dell'autotutela ai sensi dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990.

Ha ancora ricordato la Sezione che il potere di autotutela decisoria è, invero, un potere amministrativo di secondo grado, che si esercita su un precedente provvedimento amministrativo, vale a dire su una manifestazione di volontà già responsabilmente espressa dall'amministrazione e in sé costitutiva di affidamenti nei destinatari e che, in base all'art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990, per esigenze di sicurezza giuridica e certezza dei rapporti immanenti all'ordinamento, deve essere inderogabilmente esercitato entro un termine ragionevole e, comunque, entro diciotto mesi "dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici"

Nel caso di specie si è al cospetto di un soggetto (l'associazione DHI) che ha conseguito un vantaggio economico (l'assegnazione del bene di rilievo culturale, all'esito di una selezione, tramite concessione) sulla scorta di dichiarazioni rese al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla relativa selezione, poi dimostratesi non veritiere.

Il giudice di primo grado ha ritenuto che, al ricorrere di una siffatta ipotesi, l'amministrazione avrebbe potuto annullare il provvedimento, adottato sulla scorta della dichiarazione non veritiera, solo all'esito del giudizio penale (e quindi dopo il passaggio in giudicato della relativa sentenza) avviato nei confronti del dichiarante (ovviamente, laddove detto procedimento venga realmente avviato), in ossequio alla norma contenuta nell'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, l. n. 241 del 1990.

La Sezione ha ritenuto che tale lettura interpretativa della norma non è condivisibile.

Va detto che in epoca recente, pur se in materia di dichiarazioni rese in occasione di una procedura di gara svolta ai sensi del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ma esprimendo principi che ben possono attagliarsi al caso qui in esame, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 25 settembre 2020 n. 16, ha affermato che: in via generale, “è risalente l'insegnamento filosofico secondo cui vero e falso non sono nelle cose ma nel pensiero e nondimeno dipendono dal rapporto di quest'ultimo con la realtà. In tanto una dichiarazione che esprima tale pensiero può dunque essere ritenuta falsa in quanto la realtà cui essa si riferisce sia in rerum natura”; premesso quanto sopra, le informazioni false o fuorvianti rese da un concorrente ben possono essere idonee ad influenzare le decisioni che verranno assunte da un'amministrazione che sta svolgendo una procedura selettiva; va però precisato che non è sufficiente che l'informazione sia falsa ma anche che la stessa sia diretta ed in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura selettiva; a ciò va aggiunto che le informazioni sono strumentali rispetto ai provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativamente alla procedura selettiva, i quali sono a loro volta emessi non solo sulla base dell'accertamento di presupposti di fatto ma anche di valutazioni di carattere giuridico, opinabili tanto per quest'ultima quanto per l'operatore economico che le abbia fornite. Ne consegue che, in presenza di un margine di apprezzamento discrezionale, la demarcazione tra informazione contraria al vero e informazione ad essa non rispondente ma comunque in grado di sviare la valutazione della stazione appaltante diviene da un lato difficile, con rischi di aggravio della procedura di gara e di proliferazione del contenzioso ad essa relativo e dall'altro lato irrilevante rispetto al disvalore della fattispecie, consistente nella comune attitudine di entrambe le informazioni a sviare l'operato della medesima amministrazione.

Da tutto quanto sopra discende che la considerazione della dichiarazione in termini omissivi o non veritieri, per poter condurre all'esclusione dalla selezione (ovvero, come nel caso di specie, laddove la scoperta della inadeguatezza della dichiarazione rispetto alle regole di partecipazione alla selezione sia successiva all'adozione del provvedimento conclusivo e quindi conduca al suo annullamento in autotutela), deve essere ricondotta dall'amministrazione nell'ambito di un contraddittorio tra l'amministrazione procedente

e il concorrente, solo all'esito del quale l'amministrazione potrà stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante, se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni ed infine se il comportamento tenuto dal concorrente abbia inciso in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità partecipativa. Del pari l'amministrazione dovrà stabilire allo stesso scopo se quest'ultimo ha ommesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa della selezione, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità.

Una lettura costituzionalmente orientata della norma di cui all'art. 21-*nonies*, comma 1, l. n. 241 del 1990, tenuto conto della portata degli artt. 3 e 97 Cost., conduce ad affermare che il termine massimo di 18 mesi assegnato dal legislatore nel 2015 all'amministrazione per ritirare dal mondo giuridico, con effetto retroattivo, il provvedimento di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici è stato introdotto al fine di garantire il rispetto del principio del legittimo affidamento che trova il suo fondamento, nell'ordinamento unionale, nei principi del Trattato dell'unione europea e, in quello nazionale, nei principi dell'art. 97 Cost. nonché nelle disposizioni recate dall'art. 1, comma 1, l. n. 241 del 1990.

Sotto il versante del diritto eurounitario (nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia Ue), il principio di tutela del legittimo affidamento impone che una situazione di vantaggio, assicurata ad un privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa, non possa essere successivamente rimossa, salvo che non sia strettamente necessario per l'interesse pubblico (e fermo in ogni caso l'indennizzo della posizione acquisita). Nello stesso tempo però (Cons. Stato, sez. III, 8 luglio 2020, n. 4392), affinché un affidamento sia legittimo è necessario un requisito oggettivo, che coincide con la necessità che il vantaggio sia chiaramente attribuito da un atto all'uopo rivolto e che sia decorso un arco temporale tale da ingenerare l'aspettativa del suo consolidamento e un requisito soggettivo, che coincide con la buona fede non colposa del destinatario del vantaggio (l'affidamento non è quindi legittimo ove chi lo invoca versi in una situazione di dolo o colpa).

Sulla spinta dei principi unionali il nostro legislatore ha dunque introdotto un limite massimo per l'adozione di atto di ritiro di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del destinatario, sempre che costui sia parte passiva e incolpevole nella provocazione della patologia che, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 1, l. n. 241 del 1990, affligge l'atto da ritirarsi, sicché la responsabilità nella adozione dell'atto illegittimo deve totalmente ascrivarsi all'amministrazione.

Diverso è il caso in cui il profilo patologico che affligge l'atto e che ne impone, al ricorrere dei presupposti, la rimozione, sia ascrivibile al comportamento mantenuto dalla parte che ha ottenuto l'adozione in suo favore dell'atto autorizzatorio ovvero di attribuzione di vantaggi economici.

Ancora una volta, in considerazione degli artt. 97 e 3 Cost., quest'ultimo con riferimento agli altri soggetti che pur potendo aspirare al rilascio del provvedimento ampliativo della sfera giuridica dell'interessato hanno dovuto accettare che il provvedimento favorevole fosse assegnato ad altri, l'ordinamento (sia quello unionale che quello nazionale) non

può tollerare che il vantaggio sia conseguito attraverso un comportamento non corretto che abbia indotto in errore l'amministrazione precedente, sviando in modo decisivo la valutazione dei presupposti fissati dalla legge ai fini del rilascio del provvedimento attributivo di quel vantaggio, pregiudicando (anche solo potenzialmente) le aspirazioni di altri (nel caso di specie alla selezione potrebbero non avere partecipato associazioni che, non possedendo i requisiti richiesti dall'avviso pubblico, sapevano che sarebbero state escluse e che, peraltro, potrebbero avere conseguito i requisiti richiesti in epoca successiva rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle domande esattamente come l'associazione DHI che ha, dunque, partecipato alla selezione senza essere in possesso dei requisiti richiesti, addirittura aggiudicandosela).

Pertanto, la surriposta lettura costituzionalmente orientata dell'art. 21-*nonies*, comma 1, l. n. 241 del 1990, porta ad affermare che il limite temporale dei 18 mesi, introdotto nel 2015, in ossequio al principio del legittimo affidamento con riguardo alla posizione di colui che ha ottenuto un provvedimento autorizzatorio o di attribuzione di vantaggi economici, è dedicato dal legislatore e, quindi, trova applicazione, solo se il comportamento della parte interessata, nel corso del procedimento o successivamente all'adozione dell'atto, non abbia indotto in errore l'amministrazione distortendo la realtà fattuale oppure determinando una non veritiera percezione della realtà o della sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge e se grazie a tale comportamento l'amministrazione si sia erroneamente determinata (a suo tempo) a rilasciare il provvedimento favorevole. Nel caso contrario, non potendo l'ordinamento tollerare lo sviamento del pubblico interesse imputabile alla prospettazione della parte interessata, non può trovare applicazione il limite temporale di 18 mesi oltre il quale è impedita la rimozione dell'atto ampliativo della sfera giuridica del destinatario (Cons. Stato, sez. IV, 17 maggio 2019, n. 3192; id. 24 aprile 2019, n. 2645).

27. Mare.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con ordinanza 8 maggio 2021, n. 322 ha affermato che il controllo dello Stato di approdo non può essere meramente cartolare, riducendosi al raffronto tra la situazione della nave e la relativa certificazione rilasciata dallo Stato di bandiera, senza cioè tener conto dell'attività effettivamente stabilmente esercitata e quindi senza poter verificare l'esistenza di equipaggiamento e dotazioni di sicurezza idonei al reale impiego della nave, diversamente, infatti, si eluderebbero gli scopi della normativa internazionale, volta ad evitare la circolazione di navi che rappresentino un pericolo per le persone a bordo o una irragionevole minaccia di danno all'ambiente marino.

La questione oggetto del giudizio attiene ad un provvedimento di fermo adottato - in seguito a controllo esercitato in occasione di approdo sulle coste italiane - dalla competente Autorità italiana a carico di una nave cargo battente bandiera tedesca ed impiegata per attività di ricerca e soccorso in mare.

Il controllo dello stato di approdo (*Port State Control*, in sigla Psc) consiste nell'attività di ispezione delle imbarcazioni straniere svolta dalle autorità portuali per verificare la conformità delle condizioni della nave e del suo equipaggiamento ai requisiti (*standard minimi*) previsti dalle normative internazionali, garantendo la sicurezza marittima e la prevenzione dell'inquinamento.

L'ordinanza cautelare ha riformato la decisione in primo grado che aveva esaminato ed accolto la domanda di sospensione del provvedimento di fermo nelle more della decisione da parte della Corte di Giustizia Ue adita in sede di rinvio pregiudiziale dal medesimo giudice di primo grado.

Il giudice di appello si è occupato delle seguenti tematiche: 1. se il potere/dovere di controllo dello Stato di approdo possa essere escluso grazie al fatto che il concreto esercizio dell'attività dell'imbarcazione sia di fatto difforme da quello per il quale la nave risulta formalmente certificata, che legittimerebbe il controllo; 2. se il controllo dello Stato di approdo debba essere meramente cartolare, riducendosi al raffronto tra la situazione della nave e la relativa certificazione rilasciata dallo Stato di bandiera, senza cioè tener conto dell'attività effettivamente stabilmente esercitata e quindi senza poter verificare l'esistenza di equipaggiamento e dotazioni di sicurezza idonei al reale impiego della nave; 3. se, in ambito internazionale e/o interno, esista o meno uno statuto proprio delle navi di soccorso; 4. se una nave che esercita stabilmente l'attività di pattugliamento, ricerca e soccorso debba ritenersi godere delle esenzioni di cui alla Convenzione Solas ed alle altre convenzioni internazionali.

Al primo quesito il giudice d'appello ha ritenuto di dare risposta negativa, diversamente il sistema si presterebbe ad abusi, introducendo un elemento di grave frizione nell'ambito del sistema normativo internazionale ed interno volto a combattere l'impiego di navi sub standard.

Anche al secondo quesito il giudice d'appello ha ritenuto di dare risposta negativa, a pena di eludere gli scopi della normativa internazionale, volta ad evitare la circolazione di navi che rappresentino un pericolo per le persone a bordo o una irragionevole minaccia di danno all'ambiente marino;

Al terzo quesito si è ritenuto di dare risposta affermativa: nell'ambito dell'ordinamento internazionale la Convenzione di Amburgo del 27 aprile 1979 contempla il "Servizio di ricerca e di salvataggio", anche da parte di mezzi privati, individuando l'autonoma figura del "Mezzo di ricerca e di salvataggio", che deve essere dotato di personale addestrato e delle attrezzature necessarie per l'adempimento del servizio in questione; quanto all'ordinamento interno, deve farsi riferimento all'art. 1, d.P.R. 8 novembre 1991, n. 435, il quale definisce "27) Nave da salvataggio: una nave munita di attrezzature particolari per il servizio di soccorso a navi", riguardo al quale non può ritenersi che il riferimento al salvataggio della nave si intenda limitato al mezzo, escludendo il soccorso ai naufraghi, logicamente ricompreso nella più ampia definizione legislativa.

All'ultimo quesito si è ritenuto doversi darsi risposta negativa: le esenzioni in questione riguardano l'assistenza in mare di una nave in pericolo, con conseguente salvataggio degli eventuali naufraghi, da parte di chi sia presente o prossimo alla scena dell'evento

in situazione accidentale, vale a dire, riguardano la prestazione di assistenza, non sistematica, ma meramente eventuale, che incombe a tutte le navi in navigazione in qualsiasi spazio marittimo; per incoraggiare l'adempimento degli obblighi, di natura consuetudinaria, di assistere in qualsiasi area marittima le persone in difficoltà e di soccorso e salvataggio, che incombe su tutti i comandanti di nave, sono stati previsti regimi di favore in ipotesi di (successivo) controllo portuale, nell'ottica di non penalizzare la nave ed anzi liberarla dall'onere sostenuto in adempimento del dovere di soccorso.

Ma tali esenzioni non possono ritenersi estensibili alla diversa ipotesi dei servizi di ricerca e soccorso che presentino un profilo sistematico e permanente, cui trovano applicazione le disposizioni della Convenzione di Amburgo riferite al "Servizio di ricerca e di salvataggio", da espletarsi mediante "Mezzi di ricerca e di salvataggio" ed "Unità di ricerca e di salvataggio", che, a mente della richiamata Convenzione di Amburgo, deve avvenire in condizioni di sicurezza per le persone trasportate, l'equipaggio e l'ambiente, e dunque mediante imbarcazioni appositamente allestite e strutturate per l'esecuzione, in sicurezza, delle operazioni di soccorso istituzionalmente svolte.

La decisione afferma anche che: anche in assenza di specifiche prescrizioni sulle caratteristiche tecniche delle unità di salvataggio, deve affermarsi che il servizio di pattugliamento, ricerca e soccorso in mare debba avvenire in condizioni di sicurezza per le stesse persone soccorse, per l'equipaggio (riguardo, tra l'altro, alla sufficienza dei servizi igienici e ad adeguate turnazioni del personale), per la navigazione, per l'ambiente; l'art. 22, d.lgs. 24 marzo 2011, n. 53, ai commi 2 *bis* e 2 *ter*, configura un procedimento, in contraddittorio, nel cui ambito possono trovare composizione gli interessi potenzialmente lesi, mediante la compulsione all'adozione di misure di adeguamento alla sicurezza del trasporto delle persone e agli interessi ambientali, tenendo presente che la conformazione del mezzo navale è volta alla ripresa di un servizio finalizzato a salvaguardare vite umane in pericolo e che, in carenza di disposizioni di dettaglio che attengano alle unità di soccorso, risultano esigibili unicamente adeguamenti indispensabili alla sicurezza della navigazione ed alla salute e sicurezza dell'equipaggio e delle persone da mettere in salvo.

28. Pesca.

28.1. Individuazione delle unità da autorizzare per la pesca del tonno rosso.

La sez. III, con sentenza 23 marzo 2021, n. 2488 ha affermato che una volta resosi necessario restringere la platea dei soggetti abilitati alla pesca del tonno rosso con il sistema circuizione (PS), la pubblica amministrazione legittimamente decide di dare preferenza alle imbarcazioni con maggiore quota di pescato.

La regolamentazione annuale che l'Italia adotta, sin dal d.m. 27 luglio 2000, risulta improntata ad una applicazione "interna" del principio dei criteri predeterminati, posto che l'accesso alla platea delle imprese da abilitare alla pesca del tonno rosso avveniva soltanto su domanda, mediante inserimento nell'elenco costituito dall'apposito Registro (sulla base del possesso di quei requisiti soggettivi di natura idoneativa, che sono meglio ivi precisati); tra le imprese ammesse al sistema, il d.m. 27 luglio 2000 disciplinava quindi una ripartizione delle quote di pesca via via da stabilirsi, secondo criteri predeterminati

(come si è visto dapprima), anche se di natura non comparativa (tramite ripartizione “lineare” in quote uguali a seconda del pescaggio dell’imbarcazione e della tipologia di licenza e degli altri criteri previsti sopra richiamati).

Pertanto, una volta che è stato necessario restringere la platea dei soggetti abilitati alla pesca del tonno rosso, la pubblica amministrazione ha esercitato la propria discrezionalità orientandosi a dare preferenza alle imbarcazioni con maggiore quota di pescato, in coerenza con quella naturale tendenza, comune ad ogni tipologia di mercato, secondo la quale, in caso di riduzione della domanda, o delle quote di prodotto, si favorisce la concentrazione della produzione tra le imprese più strutturate, per intuibili e note ragioni di ottimizzazione degli investimenti.

Del resto, non è casuale che la difesa delle odierne appellanti – nell’invocare criteri di selezione degli “ammessi” a natura trasparente e concorrenziale – non alleggi una diversa modalità di scelta, limitandosi ad invocare in linea di principio il rispetto dei criteri del d.m. 27 luglio 2000, che non operano una comparazione tra le barche aspiranti ad accedere alla pesca del tonno rosso.

29. Urbanistica.

29.1. Convenzione urbanistica.

La sez. II, con sentenza 28 ottobre 2021, n. 7237 ha affermato che la funzione della convenzione urbanistica non è di integrare la disciplina urbanistica, di per sé completa, ma di definire nel dettaglio gli impegni delle parti, e principalmente dei privati, in vista del conseguimento dell’equilibrio nello scambio di utilità; essa pertanto è autonoma e distinta dal Piano di lottizzazione cui accede, in quanto rappresenta solo una delle eventuali attività che possono concretizzarsi dopo l’approvazione di quest’ultimo.

In linea generale le convenzioni di lottizzazione sono riconducibili alla categoria degli accordi integrativi di provvedimento, disciplinati dall’art. 11, l. n. 241 del 1990. Come la Sezione ha già avuto modo di precisare, a fronte di un iniziale disinteresse per l’istituto, sono state successivamente ricondotte sotto l’egida dello stesso proprio le numerose fattispecie consensuali tipicamente in uso nella materia urbanistica, dove l’immanente esigenza di collocare l’esercizio dello *ius aedificandi* in una più vasta cornice di buon governo del territorio, rende talvolta conveniente per l’Amministrazione “scendere a patti”, richiedendo sforzi aggiuntivi al privato in termini di dare ovvero di *facere*, onde orientarne la maggiore libertà di movimento verso i propri obiettivi di programmazione, nel contempo ottimizzando le aspirazioni dello stesso a ricavare i maggiori vantaggi possibili dalla proprietà (v. Cons. Stato, sez. II, 19 gennaio 2021, n. 579).

Le relative controversie vanno pertanto ricondotte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, giusta la previsione in tal senso dell’art. 133, comma 1, lettera a), n. 2), c.p.a. nel quale è confluito il comma 5 dell’art. 11, l. n. 241 del 1990, contestualmente abrogato ad opera dell’art. 4, comma 1, punto 14, dell’allegato 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Essa si estende anche ai patti, comunque formalizzati, apparentemente di natura esclusivamente privatistica, siglati per dare esecuzione ad obblighi assunti nell’ambito

della convenzione, stante che la norma fa riferimento non solo alle controversie in materia di formazione e conclusione degli accordi sostitutivi o integrativi di provvedimento, ma anche a quelle riferibili alla loro esecuzione.

La funzione della convenzione urbanistica non è di integrare la disciplina urbanistica, di per sé completa, ma di definire nel dettaglio gli impegni delle parti, e principalmente dei privati, in vista del conseguimento dell'equilibrio nello scambio di utilità. Essa pertanto è autonoma e distinta dal Piano di lottizzazione cui accede, in quanto rappresenta solo una delle eventuali attività che possono concretizzarsi dopo l'approvazione di quest'ultimo, che costituisce il presupposto giuridico (e non necessariamente logico, salvo l'ipotesi in cui permangano volontà e presupposti della pianificazione approvata per la lottizzazione) della stipula. E' comunque possibile, in ragione della sua riconducibilità al paradigma generale dell'accordo integrativo o sostitutivo di provvedimento, far confluire nella convenzione anche statuizioni pattizie eterogenee rispetto alla finalità di regolazione dell'assetto del territorio che connota la finalità dello strumento urbanistico attuativo ad essa sotteso. E' pertanto rimessa al giudice, a fronte di una fattispecie consensuale pubblica, a maggior ragione se a contenuto composito, una precisa operazione ermeneutica che non può prescindere dalla disamina della fase formativa dell'accordo, della sua struttura e dei suoi effetti, senza partire da categorizzazioni preconcrete: solo all'esito di tale specifica analisi, è infatti possibile non tanto e non solo l'inquadramento concettuale della singola fattispecie, ma anche e soprattutto l'individuazione degli strumenti rimediali alla stessa applicabili (Cons. Stato, sez. II, 6 febbraio 2020, n. 941).

Il doppio limite all'applicabilità delle disposizioni civilistiche contenuto nell'art. 11, comma 2, l. n. 241 del 1990, ne implica l'operatività non solo ove non sia diversamente previsto, ma anche avuto riguardo a disposizioni comunque compatibili con la disciplina degli accordi. Ciò comporta che una volta ammesso il ricorso ai principi di diritto comune, essi vanno tuttavia "ricollocati" sotto la lente del superiore interesse pubblico alla stregua del quale è orientata la funzione amministrativa.

La giurisprudenza si è nel tempo pronunciata sulla applicabilità, ad esempio, dell'art. 1453 cod. civ., in materia di risoluzione per inadempimento (Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 2004, n. 7245), ovvero della clausola penale (Cons. Stato, sez. IV, 3 dicembre 2015, n. 5510). Si sono analogamente ritenuti compatibili con l'istituto i rimedi di cui all'art. 1463 cod. civ., sulla impossibilità sopravvenuta, ovvero 1467 cod. civ., sulla eccessiva onerosità sopravvenuta. Astrattamente, pertanto, non sussistono ostacoli concettuali alla configurabilità dell'azione di rescissione avverso una convenzione urbanistica. Gli elementi costitutivi dell'istituto, tuttavia, vanno filtrati avuto riguardo alla funzione economico-sociale della convenzione, in cui devono trovare equilibrata soddisfazione sia gli interessi del privato sia quelli della pubblica amministrazione. Non è pertanto affatto escluso dal sistema che un operatore, nella convenzione urbanistica, possa assumere oneri anche maggiori di quelli astrattamente previsti dalla legge, trattandosi di una libera scelta imprenditoriale (o, anche, di una libera scelta volta al benessere della collettività locale), rientrante nella ordinaria autonomia privata, non contrastante di per

sé con norme imperative (Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2020, nn. 5877 e 5878; id, 3 agosto 2020, n. 4892).

29.2. Piano paesaggistico territoriale.

Con ordinanza 12 gennaio 2021, n. 389 (analoghe questioni sono state sollevate con ordinanza 12 gennaio 2021, nn. 391 e 392) la sez. IV ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12-bis, commi 2, 3 e 4, l. reg. Campania 28 dicembre 2009, n. 19, in relazione all'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., nella parte in cui deroga alle prescrizioni dei piani paesaggistici e, in particolare di quelle contenute nel PUT dell'area sorrentino – amalfitana, ai fini della realizzazione degli interventi edilizi ivi previsti.

Ha premesso che il combinato disposto dei commi 2, 3, e 4, dell'art. 12-*bis*, l. reg. Campania 28 dicembre 2009, n. 19 denota inequivocabilmente la volontà del legislatore regionale di consentire gli interventi di cui alla medesima legge regionale, tra cui quelli ex art. 7, relativi alla riqualificazione delle aree urbane degradate anche in deroga al Piano urbanistico territoriale dell'area sorrentino - amalfitana, fatta eccezione per le aree su cui insistono vincoli di inedificabilità assoluta.

Le disposizioni recate dall'art. 12-bis, l. reg. n. 19 del 2009, nella formulazione modificata dalla l. reg. n. 16 del 7 agosto 2014, non consentono più di operare l'interpretazione costituzionalmente orientata alla quale si prestava la formulazione originaria della norma.

La questione di legittimità costituzionale dei citati commi 2-4 dell'art. 12-*bis*, l. reg. n. 19 del 2009 non è manifestamente infondata alla luce dei principi espressi dalla Corte cost. con la sentenza n. 11 del 29 gennaio 2016 con cui, in una fattispecie del tutto simile, il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, l. reg. Campania 28 novembre 2000, n. 15 in materia di “recupero abitativo dei sottotetti esistenti”. Si tratta infatti di una disposizione che, analogamente a quelle in esame, per agevolare la realizzazione di tali interventi edilizi, prevedeva la derogabilità delle prescrizioni dei piani paesaggistici e di quelle a contenuto paesaggistico dei piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici, ivi comprese le prescrizioni del «Piano urbanistico territoriale dell'Area Sorrentino-Amalfitana», approvato con la l. reg. n. 35 del 1987, anche in quel caso espressamente menzionata nella previsione derogatoria.

Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, “in base all'art. 117, comma secondo, lettera s), Cost., la tutela del paesaggio costituisce un ambito riservato alla potestà legislativa esclusiva statale (sentenze n. 210 del 2014 e n. 235 del 2011)”, con la conseguenza “che la tutela paesaggistica apprestata dallo Stato costituisce un limite inderogabile alla disciplina che le regioni e le province autonome possono dettare nelle materie di loro competenza (sentenze n. 101 del 2010, n. 437 e n. 180 del 2008, n. 378 e n. 367 del 2007)” (così la sentenza n. 11 del 2016; da ultimo, cfr. anche le sentenze n. 86 del 2019, n. 46 del 2017, n. 189 del 2016; in precedenza, n. 235 del 2011).

La Corte ha poi evidenziato che “L'art. 145 del codice dei beni culturali e del paesaggio è dedicato al “Coordinamento della pianificazione paesaggistica con altri strumenti di

pianificazione”. Esso, precisando, al comma 3, che “Per quanto attiene alla tutela del paesaggio, le disposizioni dei piani paesaggistici sono comunque prevalenti sulle disposizioni contenute negli atti di pianificazione ad incidenza territoriale previsti dalle normative di settore, ivi compresi quelli degli enti gestori delle aree naturali protette”, esprime un principio di “prevalenza dei piani paesaggistici” sugli altri strumenti urbanistici (sentenza n. 180 del 2008). Tale principio è stato successivamente rafforzato con l’inserimento nella prima parte dello stesso comma 3 - ad opera dell’art. 2, comma 1, lettera r), numero 4), d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63 (Ulteriori disposizioni integrative e correttive del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione al paesaggio) - dell’inciso “non sono derogabili da parte di piani, programmi e progetti nazionali o regionali di sviluppo economico”, riferito alle previsioni dei piani paesaggistici disciplinati agli artt. 143 e 156 del Codice”.

Il codice dei beni culturali e del paesaggio definisce dunque, con efficacia vincolante anche per le regioni, i rapporti tra le prescrizioni del piano paesaggistico e le prescrizioni di carattere urbanistico ed edilizio - sia contenute in un atto di pianificazione, sia espresse in atti autorizzativi puntuali, come il permesso di costruire - secondo un modello di prevalenza delle prime, non alterabile ad opera della legislazione regionale

La Corte costituzionale ha sottolineato, altresì, che “l’eventuale scelta della regione (compiuta nella specie dalla Campania) di perseguire gli obiettivi di tutela paesaggistica attraverso lo strumento dei piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici non modifica i termini del rapporto fra tutela paesaggistica e disciplina urbanistica, come descritti, e, più precisamente, non giustifica alcuna deroga al principio secondo il quale, nella disciplina delle trasformazioni del territorio, la tutela del paesaggio assume a valore prevalente. Il progressivo avvicinamento tra i due strumenti del piano paesaggistico “puro” e del piano urbanistico-territoriale con specifica considerazione dei valori paesaggistici - giunto alla sostanziale equiparazione dei due tipi operata dal codice dei beni culturali e del paesaggio (art. 135, comma 1) - fa sì che oggi lo strumento di pianificazione paesaggistica regionale, qualunque delle due forme esso assuma, presenti contenuti e procedure di adozione sostanzialmente uguali”.

Le richiamate previsioni della l. reg. n. 19 del 2009, di derogabilità delle prescrizioni dei piani paesaggistici e in particolare di quelle contenute nel PUT dell’area sorrentino - amalfitana, ai fini della realizzazione degli interventi edilizi ivi previsti, appaiono anch’esse in contrasto con l’art. 145, comma 3, d.lgs. n. 42 del 2004, norma interposta in riferimento all’art. 117, comma secondo, lettera s), Cost..

Anche nel caso in esame, infatti, “Assegnando all’ordine inferiore della disciplina urbanistica la definizione del regime concreto” degli interventi consenti dal Piano casa campano, anche in deroga alle prescrizioni paesaggistiche, e con la sola salvaguardia delle previsioni relative a vincoli di inedificabilità assoluta, le disposizioni regionali degradano “la tutela paesaggistica da valore unitario prevalente a mera “esigenza urbanistica” (sentenze n. 197 del 2014 e n. 437 del 2008), parcellizzata tra i vari comuni competenti al rilascio dei singoli titoli edilizi. Con la conseguenza che ne risulta compromessa

quell'“impronta unitaria della pianificazione paesaggistica”, assunta dalla normativa statale a “valore imprescindibile, non derogabile dal legislatore regionale in quanto espressione di un intervento teso a stabilire una metodologia uniforme [...] sull'intero territorio nazionale”, idonea a superare “la pluralità degli interventi delle amministrazioni locali” (sentenza n. 182 del 2006)” (Corte cost., sentenza n. 11 del 2016, cit.).

29.3. Danno da tardiva stipula di convenzione urbanistica.

Con sentenza 17 febbraio 2021, n. 1448 la sez. II ha affermato che in caso di ritardo nella definizione dei contenuti di una convenzione edilizia che abbia comportato il mancato rilascio del permesso di costruire può sussistere un danno da “mero ritardo” ovvero da “affidamento procedimentale mero”, nella particolare configurazione per la quale l'inerzia amministrativa, protrattasi oltre i tempi normativamente previsti (e nonostante un contegno complessivamente affidante in precedenza serbato dall'amministrazione), ha fatto sì che il richiedente non possa più beneficiare in concreto del bene della vita cui ambiva a causa di sopravvenienze di fatto o di diritto contrastanti con la soddisfazione in forma specifica del suo interesse. Occorre cioè valutare se sia imputabile all'amministrazione la violazione dell'affidamento riposto dal privato nella correttezza dell'azione amministrativa avviata a seguito dell'instaurazione di un ‘contatto’ di carattere qualificato. In tale ottica, il contatto tra privato e Pubblica amministrazione va inteso quale fatto idoneo a produrre obbligazioni “in conformità dell'ordinamento giuridico (art. 1173 cod. civ.), con conseguente emersione di reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione” (artt. 1175, 1176 e 1337 cod. civ.). Il ritardo, cioè, non assume rilievo risarcitorio autonomo, ma in quanto elemento indicativo e – in qualche misura - costitutivo del comportamento affidante che ne è conseguito.

Ha affermato la Sezione che il contatto tra privato e Pubblica Amministrazione deve essere inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni “in conformità dell'ordinamento giuridico (art. 1173 cod. civ.) dal quale derivano reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione”. La teorica del danno da “contatto qualificato”, ha avuto un particolare sviluppo nella giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, anche con riferimento all'ambito della contrattualistica pubblica, in ragione dell'intersecarsi al suo interno di regole pubblicistiche e regole privatistiche, non in sequenza temporale, ma in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione (Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5). La Corte di Cassazione, del resto, pronunciandosi peraltro sulla giurisdizione, ha riconosciuto la risarcibilità del danno all'affidamento che il privato abbia riposto nella condotta procedimentale dell'amministrazione, la quale si sia poi determinata in senso sfavorevole, indipendentemente da ogni connessione con l'invalidità provvedimento o, come precisato, dalla stessa esistenza di un provvedimento (cfr. Cass. civ., sez. un., ordinanza n. 8236 del 2020). Ciò giustifica l'autonomia tra diritto all'indennizzo, di cui all'art. 2 *bis*, comma 1 *bis*, l. n. 241 del 1990, e risarcimento del danno, come chiarito da subito con decreto del Ministro della Pubblica amministrazione recante “Linee di indirizzo per l'attuazione dell'art. 7, l. 18 giugno 2009, n. 69”, ricordando come l'indennizzo,

a differenza del danno, sia dovuto anche nell'ipotesi di comportamento scusabile e astrattamente lecito. Il richiesto accertamento, ora per allora, della spettanza del bene della vita cui il ricorrente aspirava, esula dal perimetro della decisione (se non nell'ottica di una valutazione di carattere controfattuale finalizzata a verificare il rispetto, da parte dell'amministrazione, dei necessari canoni di correttezza e buona fede nell'esame della domanda di parte).

Ai fini della quantificazione del danno, è comunque possibile utilizzare i principi rivenienti dagli arresti dei giudici di legittimità, che nell'applicare la regola della responsabilità da lesione dell'affidamento, attingono comunque ai canoni di correttezza e buona fede sanciti dall'art. 1337 cod. civ. nel pur diverso ambito della responsabilità di carattere precontrattuale. L'incolpevole affidamento nel rilascio del permesso edilizio, neppure formalmente denegato in via definitiva, ha comportato infatti un pregiudizio economico regolarmente documentato che non può non essere risarcito quale voce di danno emergente, mentre non assumere rilievo il mancato guadagno che sarebbe conseguito alla realizzazione dell'opera. E ciò in quanto non emerge in atti che l'appellante avrebbe senz'altro avuto diritto al rilascio dell'invocato titolo edilizio.

Ha aggiunto la Sezione che la convenzione, stipulata tra un Comune e un privato costruttore, con la quale questi, al fine di conseguire il rilascio di un titolo edilizio, si obblighi ad un *facere* o a determinati adempimenti nei confronti dell'ente pubblico (quale, ad esempio, la destinazione di un'area ad uno specifico uso), non costituisce un contratto di diritto privato, non avendo specifica autonomia e natura di fonte negoziale del regolamento dei contrapposti interessi delle parti stipulanti, ma si configura piuttosto come atto intermedio del procedimento amministrativo volto al conseguimento del provvedimento finale, dal quale promanano poteri autoritativi della pubblica amministrazione; il relativo contenuto, pertanto, può essere rimesso alla valutazione discrezionale della p.a.; ma laddove esso venga determinato in un lasso di tempo eccessivo, con reiterate richieste di modifica non riconducibili a mutamenti in fatto o in diritto, possono sussistere gli estremi del comportamento affidante; anche la inutilità delle trattative in tali casi rileva non in relazione all'accordo, alla fine nel caso di specie concluso, bensì con riferimento alla inutilizzabilità dello stesso quale condizione di rilascio del titolo edilizio; ciò consente di escludere suggestivi ipotetici richiami ad una qualche forma di responsabilità precontrattuale, stante che la circostanza che il ritardo attenga alla fase consensuale non consente di elevare la stessa da mezzo a fine dell'azione amministrativa, attesa la sua richiamata collocazione meramente endoprocedimentale, in funzione del futuro titolo edilizio.

Ha chiarito la Sezione che proprio in materia urbanistico-edilizia la non semplice ricerca di un punto di equilibrio tra la doverosa responsabilizzazione del privato, che deve darsi cura di corredare le proprie istanze con quanto necessario da subito ad attribuire loro consistenza e renderle "esaminabili" dall'Amministrazione e, quale contraltare, l'approccio collaborativo di quest'ultima, si gioca spesso sulla auspicata unicità e tempestività delle richieste di integrazione, evitando la reiterazione dei contatti per il semplice tramite di una valutazione iniziale esaustiva e trasparente. Più in generale, l'esame della vicenda

procedimentale (che è sfociata nel mancato rilascio del titolo e dunque nella mancata realizzazione dell'opera) rileva ai fini dell'indagine circa il rispetto, da parte dell'amministrazione, dei canoni di correttezza e buona fede, nella richiamata prospettiva risarcitoria. La lettura ampia del dovere delle amministrazioni pubbliche di comportarsi secondo correttezza nei rapporti con i cittadini è stata da ultimo assecondata anche dal legislatore con l'introduzione del comma 2 *bis* nell'art. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, rubricato "Principi generali dell'attività amministrativa", che contiene proprio la positivizzazione della regola in forza della quale "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede" (art. 12, l. 11 settembre 2020, n. 120, con il quale la previsione è stata inserita nel testo originario, modificando sul punto - in sede di conversione - il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali", c.d. decreto "Semplificazioni").

30. Espropriazione.

Con sentenza 9 aprile 2021, n. 6 l'Adunanza plenaria (alla quale la questione era stata rimessa dalla sez. IV, con ordinanza 26 ottobre 2020, n. 6531) ha affermato che in caso di occupazione illegittima, a fronte di un giudicato civile di rigetto della domanda di risarcimento del danno per l'equivalente del valore di mercato del bene illegittimamente occupato dalla pubblica amministrazione, formatosi su una sentenza irrevocabile contenente l'accertamento del perfezionamento della fattispecie della c.d. occupazione acquisitiva, alle parti e ai loro eredi o aventi causa è precluso il successivo esercizio, in relazione al medesimo bene, sia dell'azione (di natura personale e obbligatoria) di risarcimento del danno in forma specifica attraverso la restituzione del bene previa rimessione in pristino, sia dell'azione (di natura reale, petitoria e reipersecutoria) di rivendicazione, sia dell'azione *ex* artt. 31 e 117 c.p.a. avverso il silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza di provvedere ai sensi dell'art. 42-*bis*, d.P.R. n. 327 del 2001; ai fini della produzione di tale effetto preclusivo non è necessario che la sentenza passata in giudicato contenga un'espressa e formale statuizione sul trasferimento del bene in favore dell'amministrazione, essendo sufficiente che, sulla base di un'interpretazione logico-sistematica della parte-motiva in combinazione con la parte-dispositiva della sentenza, nel caso concreto si possa ravvisare un accertamento, anche implicito, del perfezionamento della fattispecie della c.d. occupazione acquisitiva e dei relativi effetti sul regime proprietario del bene, purché si tratti di accertamento effettivo e costituente un necessario antecedente logico della statuizione finale di rigetto".

Ha chiarito l'Alto consesso la questione da risolvere è in presenza di quali presupposti il giudicato civile di rigetto, per intervenuta prescrizione del diritto fatto valere in giudizio, di una domanda di risarcimento (per equivalente) dei danni da perdita della proprietà sul suolo per effetto dell'occupazione illegittima e della trasformazione irreversibile del bene da parte della pubblica amministrazione, in applicazione dell'istituto (ormai superato) di creazione giurisprudenziale della c.d. occupazione acquisitiva, precluda l'esercizio di un'azione di risarcimento in forma specifica diretta alla restituzione dell'*eadem res* previa rimessione in pristino.

Ulteriore tematica da affrontare – ancorché non rilevante ai fini della decisione della presente causa, ma pur sempre da esaminare da questa Adunanza plenaria nell’esercizio della funzione nomofilattica, attesa la stretta connessione con l’oggetto delle questioni deferite con l’ordinanza di rimessione – è se siffatto giudicato civile precluda, o meno, l’esercizio di un’azione reale di rivendicazione del bene, oppure, ancora, l’esercizio di un’azione *ex artt. 31 e 117 c.p.a.* avverso il silenzio dell’amministrazione sull’istanza di provvedere ai sensi dell’art. 42-*bis*, d.P.R. n. 327 del 2001.

Ha osservato che, secondo consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa e civile, l’interpretazione del giudicato formatosi su una sentenza civile pronunciata a definizione di un giudizio ordinario di cognizione, va effettuata alla stregua non soltanto del dispositivo della sentenza, ma anche della sua motivazione: infatti, il contenuto decisorio di una sentenza è rappresentato, ai fini della delimitazione dell’estensione del relativo giudicato, non solo dal dispositivo, ma anche dalle affermazioni e dagli accertamenti contenuti nella motivazione, nei limiti in cui essi costituiscano una parte della decisione e risolvano questioni facenti parte del *thema decidendum* (Cons Stato, sez. III, 16 novembre 2018, n. 6471; Cass. civ., sez. I, 8 giugno 2007, n. 13513; *id.*, sez. II, 27 ottobre 1994, n. 8865).

La posizione della giurisprudenza, condivisa da questa Adunanza plenaria per preminenti ragioni di economia processuale e di garanzia della certezza e stabilità dei rapporti giuridici, è, invero, attestata su una concezione estensiva dei limiti oggettivi del giudicato, per cui il giudicato sostanziale (art. 2909 cod. civ.) – che, in quanto riflesso di quello formale (art. 324 cod. proc. civ.), fa stato ad ogni effetto fra le parti, i loro eredi o aventi causa, relativamente all’accertamento di merito, positivo o negativo, del diritto controverso – si forma su tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, compresi gli accertamenti in fatto e in diritto, i quali rappresentino le premesse necessarie e il fondamento logico-giuridico della pronuncia finale, spiegando, quindi, la sua autorità non solo sulla situazione giuridica soggettiva fatta valere con la domanda giudiziale (c.d. giudicato esplicito), ma estendendosi agli accertamenti che si ricollegano in modo inscindibile con la decisione e ne formano il presupposto, così da coprire tutto quanto rappresenta il fondamento logico-giuridico della statuizione finale (c.d. giudicato implicito). Pertanto, l’accertamento su una questione di fatto o di diritto costituente la premessa necessaria e il motivo portante della decisione divenuta definitiva, quando sia comune ad una causa introdotta posteriormente *inter partes*, preclude il riesame della questione, anche se il giudizio successivo abbia finalità diverse da quelle del primo (v., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. lav., 9 dicembre 2016, n. 25269; *id.*, sez. III, 23 ottobre 1995, n. 10999, per cui, “qualora due giudizi tra le stesse parti vertano sul medesimo negozio o rapporto giuridico, l’accertamento compiuto circa una situazione giuridica ovvero la risoluzione di una questione di fatto o di diritto che incida su un punto fondamentale di entrambe le cause ed abbia costituito la logica premessa della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza passata in giudicato, preclude l’esame del punto accertato e risolto anche nel caso in cui l’altro giudizio abbia finalità diverse da quelle che costituiscono lo scopo od il *petitum* del primo”).

In particolare, il giudicato implicito si estende anche alla questione pregiudiziale di merito rispetto ad altra di carattere dipendente su cui si sia formato il giudicato esplicito, senza che a tal fine sia necessaria la proposizione, in via principale o riconvenzionale, di una domanda di parte volta a trasformare la questione pregiudiziale in causa pregiudiziale ai sensi dell'art. 34 cod. proc. civ. (v. Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2018, n. 11754), allorché la seconda sia legata alla prima da un nesso di dipendenza così indissolubile da non poter essere decisa senza la preventiva decisione di quella pregiudiziale, avente ad oggetto un antecedente giuridico necessitato in senso logico dalla decisione e potenzialmente idoneo a riprodursi fra le stesse parti in relazione ad ulteriori e distinte controversie. Ciò, a condizione che dalla sentenza emerga che gli aspetti del rapporto su cui verte la questione pregiudiziale abbiano formato oggetto di una valutazione effettiva, il che, ad esempio, è da escludere allorché la decisione sia stata adottata in applicazione del c.d. 'primato della ragione più liquida' e la soluzione della causa sia basata su una o più questioni assorbenti, oppure si sia in presenza di un *obiter dictum* privo di relazione causale con il decisum (Cass. civ., sez. I, n. 5264 del 17 marzo 2015; id., sez. III, 8 ottobre 1997, n. 9775; id. 8 novembre 2006, n. 23871). Quindi l'autorità di cosa giudicata copre l'accertamento, oltre che del singolo effetto dedotto come *petitum* (mediato), anche del rapporto complesso dedotto come *causa petendi*, sia esso di natura reale o di natura obbligatoria, dal quale l'effetto trae origine.

Giova sin d'ora precisare che l'individuazione, in modo più o meno estensivo, dell'oggetto del processo e del giudicato si riflette, oltre che su una serie di altri istituti processuali (quali la litispendenza, la continenza, la competenza, la connessione, il regime delle impugnazioni, ecc.), anche su quello della modificazione della domanda (nelle forme della *mutatio* e, rispettivamente, della *emendatio libelli*), nel senso che, quanto più si estendono i limiti oggettivi del giudicato, tanto più ampia dovrà essere concepita la facoltà di modifica delle domande in corso di giudizio, onde evitare che la parte attrice possa vedersi preclusa, in un futuro nuovo processo, la proposizione di domande giudiziali che, ancorché connotate da diversità di *causa petendi* e/o *petitum*, nella finalità perseguita potrebbero rilevarsi incompatibili con gli accertamenti assurti ad autorità di cosa giudicata ed essere ricomprese nella sfera del 'deducibile' non dedotto nel processo definito con efficacia di giudicato.

In tale prospettiva, la qui condivisa concezione estensiva dei limiti oggettivi del giudicato su un piano generale appare senz'altro coerente con il principio richiamato nell'ordinanza di rimessione, per il quale – nel caso di occupazione illegittima del terreno da parte dell'amministrazione – si applica sul piano sostanziale l'art. 42-*bis*, d.P.R. n. 327 del 2001, con la conseguente possibilità di convertire la domanda nel corso del giudizio e quindi di ritenere ammissibile il rimedio di tutela da esso previsto, sebbene basato sulla diversità della *causa petendi* e del *petitum* (riferibili a una posizione di interesse legittimo correlativo al potere di acquisizione) rispetto alle domande di risarcimento o di restituzione (riferibili alla tutela del diritto di proprietà in quanto tale) proposte in origine. Al proposito occorre precisare che l'operatività di tale principio presuppone che la que-

stione sia ancora *sub iudice* e non si sia formato un giudicato sull'una o l'altra delle domande proposte e sulle eventuali questioni pregiudiziali, per cui lo stesso non ha modo di influire sul presente giudizio, il quale è, appunto, connotato dalla già intervenuta formazione del giudicato civile di rigetto della domanda risarcitoria per equivalente del danno da perdita della proprietà.

Nel caso di specie il giudicato civile si è formato sia sull'inesistenza del diritto al risarcimento dei danni perché estinto per prescrizione, sia sul regime proprietario del bene conseguente all'accertato perfezionamento della c.d. occupazione acquisitiva.

Passando all'esame dell'effetto preclusivo scaturente da tale giudicato sulla domanda risarcitoria in forma specifica proposta nel presente giudizio, occorre premettere, in punto di qualificazione dell'azione restitutoria/riparatoria esercitata, che hanno proposto azione (di natura personale e obbligatoria) di risarcimento dei danni in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 cod. civ., e non già azione (di natura reale e petitoria) di rivendicazione *ex art.* 948 cod. civ..

Trattasi, invero, di azioni diverse per *causa petendi* e *petitum*, ancorché dirette al raggiungimento dello stesso risultato pratico di recuperare la disponibilità materiale del bene: infatti, con l'azione di rivendicazione, di carattere reale, petitorio e reipersecutorio/ripristinatore, l'attore assume di essere proprietario della cosa e di non averne più il possesso, sicché agisce contro chi di fatto la possiede e la detenga, sia al fine di ottenere il riconoscimento del suo diritto di proprietà sia al fine di recuperare *l'eadem res* previo ripristino dello stato anteriore per rimuovere la divergenza tra situazione di fatto e quella dominicale di diritto rispetto al bene, a prescindere dall'accertamento di un illecito; l'azione di reintegrazione in forma specifica è, invece, un rimedio risarcitorio finalizzato alla rimozione delle conseguenze derivanti dall'evento lesivo tramite la produzione di una situazione materiale e giuridica corrispondente a quella che si sarebbe realizzata se non fosse intervenuto il fatto illecito produttivo del danno, il cui accoglimento è subordinato al ricorrere dei presupposti della responsabilità aquiliana *ex art.* 2043 cod. civ., cui si aggiungono i limiti della possibilità e della non eccessiva onerosità per l'autore dell'illecito previsti dall'art. 2058 cod. civ. (sulla differenza tra l'azione di risarcimento dei danni in forma specifica e l'azione di rivendicazione, v., *ex plurimis*, in via generale, Cass. civ., sez. III, 10 dicembre 2004, n. 23086; con specifico riguardo agli oneri di allegazione e di prova incombenti sulla parte attrice in punto di titolarità del diritto di proprietà, v. Cass. civ., sez. II, 27 novembre 2018, n. 30705).

Sotto un profilo strettamente processuale e procedurale, deve ritenersi che l'azione esercitata nel presente giudizio sia stata proposta ai sensi degli artt. 30, commi 1, 2 e 6, e 34, comma 1, lettera c), c.p.a., nell'ambito della giurisdizione esclusiva attribuita al giudice amministrativo dall'art. 133, comma 1, lettera g), c.p.a., secondo cui spettano alla cognizione del giudice amministrativo tutte le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere da parte delle pubbliche amministrazioni in materia di espropria-

zione per pubblica utilità, quali che siano i diritti (reali o personali) fatti valere nei confronti di quest'ultima, nonché la natura (reipersecutoria/ripristinatoria o risarcitoria) della pretesa avanzata.

Quanto al rapporto tra l'azione di risarcimento in forma specifica (esercitata nel presente giudizio) e l'azione di risarcimento dei danni per equivalente (respinta con il giudicato civile), si osserva che si tratta di due rimedi in rapporto di concorso alternativo, diretti all'attuazione dell'unico diritto alla reintegrazione della sfera giuridica lesa che trova la sua fonte nella medesima fattispecie di illecito, con la particolarità che l'effetto programmato dalla norma al verificarsi della fattispecie si determina, nel suo specifico contenuto, con riguardo alla scelta compiuta dal titolare circa l'una o l'altra forma di tutela.

Per consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, formatasi in sede di giurisdizione esclusiva con specifico riferimento a fattispecie di occupazione illegittima del bene da parte della pubblica amministrazione, i due rimedi costituiscono mezzi concorrenti alternativi a tutela dell'unico diritto al risarcimento dei danni, tant'è che è consentita la scelta in corso di giudizio per una delle due modalità, qualificata come ammissibile emendatio libelli anziché come vietata *mutatio* (Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 2014, n. 306; id. 1° giugno 2011, n. 3331; per la giurisprudenza civile, v. Cass. civ., sez. un., 28 maggio 2014, n. 11912, secondo cui la pretesa risarcitoria, pur nella duplice alternativa attuativa, è unica, potendo la parte, tramite una mera emendatio, convertire l'originaria richiesta nell'altra ed il giudice di merito attribuire d'ufficio al danneggiato il risarcimento per equivalente, anziché in forma specifica; con la precisazione, che la giurisprudenza civile non sembra, invece, consentire la modificazione della domanda di risarcimento per equivalente a domanda di risarcimento in forma specifica, argomentando dalla maggiore onerosità di quest'ultimo rimedio: v. i richiami giurisprudenziali di cui al § 13.1 dell'ordinanza di rimessione).

Quindi, pur completandosi la fattispecie multipla con la proposizione della domanda e con l'opzione esercitata dall'attore a favore dell'una o dell'altra forma di tutela, il diritto rimane unico, come unica rimane la posizione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio, con la conseguenza che il giudicato di rigetto della prima domanda (nella specie, quella di risarcimento per equivalente respinta dal Tribunale ordinario di Cagliari con la sentenza n. 22860 del 2006) preclude una nuova azione sulla seconda (nella specie, quella di risarcimento in forma specifica, proposta nel presente giudizio). Pertanto, sotto tale angolo visuale l'effetto preclusivo si è formato in ragione della circostanza che sull'unico diritto al risarcimento dei danni, scaturente dal medesimo fatto illecito, si è già deciso e si è ormai formato il giudicato di rigetto fondato sul motivo portante, comune ad entrambi i rimedi, dell'estinzione per prescrizione dell'unico diritto al risarcimento dei danni.

Sotto altro profilo, la domanda di risarcimento in forma specifica è, altresì, preclusa in ragione dell'incompatibilità indiretta con il giudicato formatosi sul regime proprietario del bene richiesto in restituzione, in particolare sull'effetto acquisitivo, nella 'logica' dell'istituto dell'occupazione appropriativa, determinatosi in capo all'amministrazione

costruttrice dell'opera pubblica, presupponendo invero l'azionabilità del diritto al risarcimento dei danni in forma specifica (tramite domanda di rilascio previa rimessione in pristino) la titolarità della proprietà del bene leso in capo all'attore, incompatibile con il giudicato implicito formatosi sul perfezionamento della fattispecie dell'acquisto della proprietà a titolo originario in capo all'amministrazione.

L'esito di accoglimento dell'eccezione di giudicato non muterebbe neppure, qualora gli odierni appellanti avessero proposto azione reale di rivendicazione *ex* artt. 948 ss. cod. civ., in quanto: il carattere di esclusività proprio di ogni diritto il principio logico di non contraddizione non consente la coesistenza di due di diritti dello stesso contenuto relativi ad un identico bene di cui siano titolari attivi esclusivi due soggetti diversi; l'essenza del giudicato sostanziale comporta l'impossibilità di far valere in un secondo processo tra le stesse parti (e/o relativi eredi e/o aventi causa) un diritto direttamente incompatibile con il diritto accertato da un primo giudicato; pertanto, l'esercizio dell'azione di rivendica da parte del privato nei confronti dell'amministrazione, dopo la formazione del giudicato sull'acquisto della proprietà in capo a quest'ultima, è precluso dal giudicato in ragione della relazione di incompatibilità diretta del diritto di proprietà fatto valere con l'azione di rivendicazione (avente tra l'altro natura petitoria, volta al riconoscimento del diritto di proprietà in capo all'attore, oltre che natura reipersecutoria) rispetto al diritto di proprietà acquisito dall'amministrazione oggetto dell'accertamento passato in giudicato.

Non diversamente, anche l'eventuale azione avverso il silenzio della pubblica amministrazione sull'istanza di provvedere ai sensi dell'art. 42-*bis*, d.P.R. n. 327 del 2001, ancorché tale istituto a norma del comma 8 sia applicabile ai fatti anteriori, trova il suo limite nei rapporti esauriti, quali quelli definiti con autorità di cosa giudicata [cfr., con riferimento all'ipotesi di rapporto esaurito per essere intervenuto un giudicato che abbia disposto la restituzione del bene al proprietario, Corte cost. n. 71 del 1995, § 6.9.1; Ad. plen., n. 2 del 2016].

Anche in questo caso, l'azione *ex* artt. 31 e 117 c.p.a. sarebbe preclusa dal giudicato civile formatosi sul regime proprietario, per l'incompatibilità sussistente tra la situazione giuridica soggettiva azionata, presupponente la persistente titolarità della proprietà del bene in capo alla parte ricorrente, e l'accertamento, con efficacia di giudicato, dell'effetto acquisitivo in favore dell'amministrazione.

Con sentenza 19 febbraio 2021, n. 125 il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana ha affermato che il privato ha titolo ad ottenere dalla Pubblica amministrazione espropriante le necessarie trascrizioni onde rendere conoscibile ed opponibile a terzi l'intervenuto passaggio di proprietà ed evitare i fastidi derivanti – in termini di pagamento tasse, formulazione dichiarazione redditi, e quant'altro - dalla condizione apparente per cui il bene in oggetto figurerebbe ancora nel compendio di pertinenza del privato espropriato; a tale risultato si può pervenire mediante accordo ricognitivo dell'avvenuto trasferimento della proprietà in virtù dei giudicati civili, ovvero mediante un decreto di esproprio (ora per allora), ovvero ancora attraverso un provvedimento *ex* art. 42 *bis* t.u. espr. (con esclusione di qualsiasi corresponsione di somme o indennità di

sorta, ove la questione economica sia stata definita con i giudicati civili che abbiano riconosciuto al privato il diritto al risarcimento del danno per la perdita della proprietà degli immobili).

Ha aggiunto il C.g.a. che nella ricostruzione giurisprudenziale del principio della c.d. occupazione appropriativa, la perdita della proprietà del bene irreversibilmente destinato alle esigenze dell'opera pubblica dipendeva da un comportamento illecito della Pubblica Amministrazione che comportava l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione, a titolo originario, della proprietà in capo all'ente procedente. Avvenendo l'acquisizione ipso iure, la sentenza (nel contenzioso promosso dal privato espropriato per il risarcimento del danno) avrebbe potuto solo accertare l'intervenuto acquisto.

Ma il giudicato doveva intendersi formato (anche) sul passaggio di proprietà, quale antecedente logico giuridico della statuizione sul risarcimento del danno.

In tal caso la portata precettiva di una pronuncia giurisdizionale va individuata non solo tenendo conto delle statuizioni formalmente contenute nel dispositivo, ma coordinando questo con la motivazione. In tali situazioni, l'intervenuto giudicato sulla questione dell'assetto della proprietà non è più contestabile e impedisce la riproposizione del *petitum* mediante una domanda diretta alla restituzione del bene. Ciò anche alla stregua della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, la quale ha ripetutamente precisato che il principio dell'intangibilità del giudicato nazionale è stato assunto anche come principio generale dell'ordinamento giuridico comunitario e che, al di fuori di alcuni casi eccezionali, “il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione (sentenza del 3 settembre 2009 su causa C-2/08; cfr. anche sentenza della I Sez. del 16 marzo 2006 nel procedimento C-234/04)”.

Ha concluso il C.g.a. che ai fini della estensione del giudicato il contenuto decisorio di una sentenza è rappresentato non solo dal dispositivo, ma anche dalle affermazioni e dagli accertamenti contenuti nella motivazione, nei limiti in cui essi costituiscano una parte della decisione, in quanto risolvano questioni facenti parte del *thema decidendi* e specificamente dibattute tra le parti, ovvero integrino una necessaria premessa od un presupposto logico indefettibile della pronuncia; in tal caso è lecito invocare il principio della integrabilità del dispositivo con la motivazione della sentenza, e la portata precettiva di una pronuncia giurisdizionale va individuata non solo tenendo conto delle statuizioni formalmente contenute nel dispositivo, ma coordinando questo con la motivazione.

31. Edilizia.

31.1. Regolamento edilizio.

La sez. VI, con sentenza 21 luglio 2021, n. 5496 ha affermato che le norme tecniche di attuazione, ove prescrivano la distanza minima di cinque metri dal confine, non vietano l'operatività del principio di prevenzione; la prescrizione contenuta nelle suddette

norme, non prevedendo un obbligo inderogabile di rispettare la distanza di cinque metri ma ammettendo talune deroghe, consente l'operatività del predetto principio.

Ha chiarito la Sezione che dal combinato disposto degli artt. 871, 872 e 83 cod. civ. si ricava, in via interpretativa, l'esistenza del c.d. principio di prevenzione. Esso comporta che il confinante che costruisce per primo ha una triplice facoltà, potendo edificare: i) rispettando una distanza dal confine pari alla metà di quella imposta dal codice civile; ii) sul confine; iii) a una distanza dal confine inferiore alla metà di quella prescritta.

In questa sede rileva stabilire se tale principio possa operare anche nel caso in cui trovino applicazione fonti di diritto pubblico.

Le Sezioni unite della Cassazione hanno affermato che la portata "integrativa" dell'art. 36, d.lgs. n. 380 del 2001 non si limita soltanto alle prescrizioni che impongono una distanza minima, ma "si estende all'intero impianto di regole e principi dallo stesso dettato per disciplinare la materia, compreso il meccanismo della prevenzione", aggiungendo, però, che i regolamenti locali possono eventualmente escludere l'operatività di tale meccanismo "prescrivendo una distanza minima delle costruzioni dal confine o negando espressamente la facoltà di costruire in appoggio o in aderenza" (Cass. civ., sez. un., 19 maggio 2016, n. 10318).

31.2. Piano regolatore.

La sez. IV, con sentenza 2 luglio 2021, n. 5078 ha giudicato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29, comma 9, l. reg. Umbria 25 febbraio 2005, n. 11, per contrasto con l'art. 117, terzo comma, Cost., nella parte in cui stabilisce che sono i Comuni, anziché l'ufficio tecnico regionale competente, a rendere il parere sugli strumenti urbanistici generali e attuativi dei Comuni siti in zone sismiche, stante il suo contrasto con l'art. 117, terzo comma, Cost., in ragione della interposta norma rafforzata, espressione di un principio generale dell'ordinamento giuridico, rappresentata dall'art. 89, d.P.R. n. 380 del 2001.

Ha chiarito che l'art. 24, comma 9, l. reg. Umbria 25 febbraio 2005, n.11 è stato abrogato dalla successiva legge regionale n. 11 del 2015 la quale, tuttavia, all'art. 28, comma 10, ha riprodotto lo stesso, identico contenuto della precedente disposizione.

Senonché, l'art. 28, comma 10, della legge regionale dell'Umbria n. 1 del 2015 è stato dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale con sentenza 5 aprile 2018, n. 68; più in particolare, il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 28, comma 10, e 56, comma 3, l. reg. Umbria n. 1 del 2015, nella parte in cui stabiliscono che sono i Comuni, anziché l'ufficio tecnico regionale competente, a rendere il parere sugli strumenti urbanistici generali e attuativi dei Comuni siti in zone sismiche.

La questione di costituzionalità involge, pertanto, una norma (art. 24, comma 9, l. reg. Umbria 25 febbraio 2005, n. 11) non più in vigore nell'ordinamento giuridico ma che, ciò nonostante, è stata applicata *ratione temporis* alla fattispecie che ha originato la controversia, assumendo così connotati della rilevanza in concreto in forza del principio *tempus regit actum*.

La Sezione non può, tuttavia, ignorare, ai fini della esaminanda rilevanza, la nota distinzione tra “disposizione” e “norma”; distinzione che riflette la dialettica tra legislazione e interpretazione.

Per disposizione si intende la proposizione normativa (o enunciato) contenuta in un testo, per norma ciò che risulta a seguito dell’attività interpretativa di una disposizione. Ragion per cui, tra una disposizione e una norma non sussiste necessariamente un parallelismo perfetto potendo ad una norma corrispondere più disposizioni (il caso del “combinato disposto”) come anche ad una disposizione corrispondere, invece, norme diverse.

Nella fattispecie in esame, le proposizioni normative recate dall’art. 24, comma 9, l. reg. Umbria 25 febbraio 2005, n. 11 (applicato *ratione temporis* alla fattispecie e tuttora vigente come enunciato) e dall’art. 28, comma 10, l. reg. Umbria n. 1 del 2015 (la cui disposizione è stata dichiarata incostituzionale) sono diverse.

Pur tuttavia, le norme – quale frutto di esegesi delle due disposizioni - s’appalesano identiche.

Per cui, alla controversia in esame andrebbe applicata una norma regionale (ovvero un “diritto concreto”) non più esistente nella corrente interpretazione che ne ha fornito la Corte costituzionale. Il che, espresso in altri termini, significherebbe applicare al rapporto tuttora ancora pendente una norma dichiarata incostituzionale eppur, tuttavia, presente nell’ordinamento giuridico come “diritto astratto”, in ragione della disposizione (testo legislativo) che la veicola.

E’ poiché l’oggetto del sindacato di legittimità costituzionale sono, non sempre le disposizioni quanto, piuttosto, proprio le norme (si pensi alle c.d. sentenze interpretative, di accoglimento e di rigetto, e tutte le nuove tipologie di sentenze: manipolative, additive, sostitutive; incidono per l’appunto, non sul testo delle disposizioni legislative, bensì sul loro significato), si potrebbe essere indotti a ritenere che la norma recata dall’art. 24, comma 9, l. reg. Umbria 25 febbraio 2005, n.11, non sia più cogente a seguito della sentenza 5 aprile 2018, n. 68 abrogativa della stessa norma riprodotta nel testo degli artt. 28, comma 10, l. reg. Umbria n. 1 del 2015 e, dunque, inapplicabile alla controversia.

Un’attività interpretativa, questa, che finirebbe però per essere operata dal giudice a quo e sottratta alla Corte ma che potrebbe legittimarsi alla luce di altri principi costituzionali, anche di matrice eurounitaria, altrettanto rilevanti e immediatamente precettivi quali quelli di economia processuale, concentrazione dei giudizi nonché ragionevole durata del processo; opzione questa che, tuttavia, proprio perché di carattere interpretativo e proveniente dal giudice sfornito della competenza sull’annullamento delle leggi, non potrebbe sortire l’effetto espulsivo della norma dall’ordinamento giuridico la quale, pertanto, continuerebbe ad esistere nella gerarchia formale delle fonti potendo in tal modo generare incertezza negli operatori e nell’attività regolatrice dei rapporti amministrativi tuttora incisi temporalmente dalla norma in questione, finendo per compromettere altrettanti valori ordinamentali come l’effettività della tutela e la certezza del diritto.

La Sezione ritiene, quindi, rilevante, anche sotto tale ultimo profilo, la questione di legittimità della norma rimettendone lo scrutinio alla Corte affinché il giudice delle leggi

chiarisca se il sindacato di legittimità può e deve essere esercitato tutte le volte che di “efficacia” (art. 136 Cost.) e di “applicazione” (art. 30, l. 11 marzo 1953, n. 87) della legge possa parlarsi - indipendentemente dalla avvenuta abrogazione della medesima ad opera di una legge regionale sopravvenuta ma *ratione temporis* inapplicabile o dalla dichiarazione di incostituzionalità che ha investito la norma sopravvenuta recante il medesimo contenuto precettivo - poiché tale legge resterebbe pur sempre “efficace” ed “applicabile” nei limiti consacrati dai principi regolanti la successione delle leggi nel tempo.

Oppure se, a fronte di disposizioni diverse ma norme perfettamente identiche, la Corte ritiene che la declaratoria di incostituzionalità della norma successiva abbia una tale espansione abrogativa da esonerare il giudice *a quo* dalla necessità di operare, sempre e in ogni caso, il rinvio (anche) della norma anteriore, *ab illo tempore* vigente, il cui testo materiale continua ad essere presente nell’ordinamento gerarchico formale mentre il suo contenuto, identicamente riprodotto in una norma successiva poi dichiarata incostituzionale, non costituirebbe più, di fatto, il diritto vivente.

Va soggiunto, ad ogni buon fine, che la legge regionale n. 11 del 2005 (e con essa l’art. 24, comma 10) è stata abrogata dalla successiva legge regionale n. 1 del 2015 (art. 271), a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo testo unico (29 gennaio 2015).

Deve ritenersi, quindi, che la norma in esame abbia prodotto effetti fino alla data del 29 gennaio 2015, regolando *ratione temporis e tempus regit atum*, il procedimento per cui è causa.

Anche per tal via, s’appalesa rilevante la questione di costituzionalità dell’art. 24, comma 10, l. reg. Umbria n. 11 del 2005.

Sulla manifesta non infondatezza della questione.

Muovendo dalle considerazioni più volte affermate e ribadite dalla Corte secondo cui l’art. 89, d.P.R. n. 380 del 2001 è norma di principio in materia non solo di “governo del territorio”, ma anche di “protezione civile”, in quanto volta ad assicurare la tutela dell’incolumità pubblica, se ne deve inferire che detta norma (di rango legislativo) si impone al legislatore regionale nella parte in cui in cui prescrive a tutti i Comuni, per la realizzazione degli interventi edilizi in zone sismiche, di richiedere il parere del competente ufficio tecnico regionale sugli strumenti urbanistici generali e particolareggiati, nonché sulle loro varianti ai fini della verifica della compatibilità delle rispettive previsioni con le condizioni geomorfologiche del territorio (comma 1); disciplina le modalità e i tempi entro cui deve pronunciarsi detto ufficio (comma 2); infine prevede che, in caso di mancato riscontro, il parere deve intendersi reso in senso negativo (comma 3).

Tale norma, al pari di altre ritenute di principio dalla giurisprudenza della Corte (cfr. sentenze n. 167 del 2014, n. 300, n. 101 e n. 64 del 2013, n. 201 del 2012, n. 254 del 2010), anche in specifico riferimento a funzioni ascritte agli uffici tecnici della Regione analoghe a quella in esame (sentenze n. 64 del 2013 e n. 182 del 2006), “riveste una posizione ‘fondante’ [...] attesa la rilevanza del bene protetto, che involge i valori di tutela dell’incolumità pubblica, i quali non tollerano alcuna differenziazione collegata ad ambiti territoriali” (sentenza n. 167 del 2014).

Le disposizioni regionali di cui all'art. 24, comma 9, pertanto, nella parte in cui assegnano ai Comuni – piuttosto che al competente ufficio tecnico regionale – il compito di rendere il parere sugli strumenti urbanistici generali e attuativi dei Comuni siti in zone sismiche, si pongono in contrasto con il principio fondamentale posto dall'art. 89, d.P.R. n. 380 del 2001.

31.3. Permesso di costruire.

Con sentenza 20 dicembre 2021, n. 8425 la sez. IV ha affermato che al fine di valutare la legittimazione di un dato soggetto a proporre intervento per la prima volta nel giudizio di appello, occorre avere riguardo alla posizione che quel soggetto avrebbe assunto se avesse proposto l'intervento stesso in primo grado; pertanto, rispetto all'appello proposto dall'Amministrazione o dal controinteressato, l'intervento in appello incontra gli stessi limiti di un intervento *ad adiuvandum* del ricorrente proposto nel primo grado di giudizio, presupponendo la titolarità di una posizione giuridica dipendente e accessoria rispetto a quella dedotta dal ricorrente, e non di una posizione autonoma: in quest'ultimo caso infatti l'interessato avrebbe dovuto impugnare il provvedimento ritenuto lesivo con un ricorso autonomo, e se non lo ha proposto nel relativo termine di decadenza, non ne può eludere l'inosservanza con un intervento *ad opponendum* stesso proposto in un momento successivo.

Ha ricordato la Sezione che per valutare la legittimazione di un dato soggetto a proporre intervento per la prima volta nel giudizio di appello occorre avere riguardo alla posizione che quel soggetto avrebbe assunto se avesse proposto l'intervento stesso in primo grado. Di conseguenza, rispetto all'appello proposto dall'Amministrazione, ovvero come in questo caso dal controinteressato, l'intervento in appello incontra gli stessi limiti di un intervento *ad adiuvandum* del ricorrente proposto nel primo grado di giudizio. Un intervento in primo grado di questo tipo presuppone poi, come è noto, la titolarità di una posizione giuridica dipendente e accessoria rispetto a quella dedotta dal ricorrente, e non una posizione autonoma. L'interveniente *ad adiuvandum* titolare di posizione autonoma avrebbe infatti dovuto impugnare il provvedimento ritenuto lesivo con un ricorso autonomo, e se non lo ha proposto nel relativo termine di decadenza, non ne può eludere l'inosservanza con l'intervento stesso proposto in un momento successivo. Lo stesso principio vale per l'intervento *ad opponendum* nel secondo grado di giudizio rispetto all'appello dell'Amministrazione o del controinteressato, intervento che corrisponde appunto al non consentito intervento *ad adiuvandum* in primo grado per il soggetto titolare di posizione autonoma (nei termini, per tutte, Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2021, n. 1230, e 14 dicembre 2016, n. 5268).

Ha, infine, aggiunto la Sezione che ai fini della definizione del regime di un intervento urbanistico edilizio, seppure questo consista nella realizzazione di una pluralità di manufatti (come, ad es., nel caso di una stazione di servizio), esso non è parcellizzabile, nel senso che va apprezzato guardandolo nel suo complesso, e non considerando separatamente le singole parti che lo compongono, come se si trattasse della giustapposizione di una serie di elementi isolatamente considerabili.

Con sentenza 16 giugno 2021, n. 4648 la sez. IV ha chiarito che tutte le ipotesi di cui all'art. 15, t.u. edilizia, la proroga della efficacia del permesso di costruire richiede sempre la presentazione di una istanza antecedentemente alla scadenza del titolo.

La sentenza ha aggiunto che la proroga andava comunque richiesta prima della decorrenza del termine ultimo per la fine dei lavori e l'Amministrazione comunale, ove sussista un provvedimento dell'autorità giudiziaria che aveva determinato la sospensione dei lavori, non avrebbe potuto rigettare l'istanza (Cons. Stato, sez. IV, n. 2078 del 2020).

31.4. Scia.

Con sentenza 8 luglio 2021, n. 5208 la sez. IV ha affermato che i poteri di controllo tardivo sulla Scia, di cui all'art. 19, comma 4, l. n. 241 del 1990, sollecitati dal terzo, sono doverosi nell'*an*, ferma restando la discrezionalità nel *quomodo*.

È noto che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 45 del 2019, non ha accolto la tesi secondo cui la sollecitazione del 'terzo' avrebbe ad oggetto solo poteri inibitori, anche se presentata dopo la scadenza del termine perentorio (di cui ai commi 3 o 6-*bis* dell'art. 19, l. n. 241 del 1990), reputando invece che dopo tale termine il terzo possa sollecitare solo i poteri di autotutela. Alla luce di tale pronuncia, i poteri di controllo sulla Scia, se attivati tempestivamente (entro i sessanta o trenta giorni dalla segnalazione), sono vincolati, con la conseguenza che l'interessato potrebbe chiedere anche l'accertamento della fondatezza nel merito della pretesa; se attivati invece dopo il decorso del termine ordinario (ed entro i successivi diciotto mesi), sono invece subordinati alla sussistenza delle 'condizioni' di cui all'art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990. La Corte non ha tuttavia precisato se sussista, in capo all'Amministrazione, l'obbligo di avvio e conclusione del procedimento di controllo tardivo sollecitato dal terzo, ferma restando la piena discrezionalità nel *quomodo*.

Depongono nel senso della doverosità (in deroga al consolidato orientamento secondo cui l'istanza di autotutela non è coercibile), sia l'argomento letterale – segnatamente, la differente formulazione dell'art. 21-*nonies* rispetto all'art. 19, comma 4, l. n. 241 del 1990, il quale ultimo, a differenza del primo, dispone che l'amministrazione “adotta comunque” (e non già semplicemente “può adottare”) i provvedimenti repressivi e conformativi (sempre che ricorrano le 'condizioni' per l'autotutela) –, sia la lettura costituzionalmente orientata del disposto normativo; avendo il legislatore optato per silenzio-inadempimento quale unico mezzo di tutela ('amministrativa') messo a disposizione del 'terzo', ove non sussistesse neppure l'obbligo di iniziare e concludere il procedimento di controllo tardivo con un provvedimento espresso, si finirebbe per privare l'istante di ogni tutela effettiva davanti al giudice amministrativo, in contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost..

È necessario quindi riconoscere, rispetto alla sollecitazione dei poteri di controllo tardivo, quanto meno l'obbligo dell'amministrazione di fornire una risposta.

31.5. Distanze tra edifici.

La sez. VI, con sentenza 5 marzo 2021, n. 1867 ha chiarito che la violazione delle distanze tra edifici diventa irrilevante la qualificazione delle opere come interventi di ristrutturazione edilizia e dunque l'inapplicabilità dell'art. 9, d.m. n. 1444 del 1968, che riguarda esclusivamente le nuove costruzioni.

Ha ricordato la Sezione che la giurisprudenza, sia amministrativa (da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 8 gennaio 2018, n. 72; id. 2 marzo 2018, n. 1309) che civile (Cass. civ., sez. II, 15 dicembre 2020, n. 28612; id. 28 ottobre 2019, n. 27476; id. 10 febbraio 2020, n. 3043) ha evidenziato una tendenziale autonomia del concetto in ambito civilistico, rimarcando che, ai fini dell'osservanza delle norme sulle distanze legali tra edifici di origine codicistica, la nozione di costruzione non può identificarsi con quella di edificio, ma deve estendersi a qualsiasi manufatto non completamente interrato che abbia i caratteri della solidità, stabilità, ed immobilizzazione al suolo, anche mediante appoggio, incorporazione o collegamento fisso ad un corpo di fabbrica preesistente o contestualmente realizzato, indipendentemente dal livello di posa e di elevazione dell'opera (Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 354). Nel caso all'esame della Sezione, vengono in evidenza interventi sulla volumetria dell'immobile. In relazione ai singoli elementi progettuali, la violazione delle distanze appare evidente, essendo così conseguentemente irrilevante la vantata qualificazione delle opere come interventi di ristrutturazione edilizia. Va inoltre qui vagliata la circostanza che, nel computo complessivo della volumetria, l'intervento, compensando aumenti e diminuzioni, determina una complessiva riduzione dell'impatto; il che renderebbe l'intervento non significativo anche dal punto di vista civilistico. Tuttavia, tale esito appare recessivo di fronte all'esigenza di tutelare le distanze che, come recita il citato art. 9, sono quelle minime e che quindi possono essere violate anche solo puntualmente, atteso che il carattere di nuova costruzione va riscontrato in rapporto ai "caratteri del suo sviluppo volumetrico esterno" (Cass. civ., sez. II, 15 dicembre 2020, n. 28612).

31.6. Distanze tra edifici.

La sez. IV, con sentenza 15 giugno 2021, n. 4639 ha affermato che ai fini dell'esonero dal pagamento del contributo di costruzione di cui all'art. 17, lett. c), t.u. edilizia deve sussistere il concorso di due presupposti, uno soggettivo e uno oggettivo; quanto al primo, è necessario che l'esecuzione delle opere sia avvenuta da parte di enti istituzionalmente competenti, vale a dire da parte di soggetti cui sia demandata in via istituzionale la realizzazione di opere di interesse generale, ovvero da parte di privati concessionari dell'ente pubblico, purché le opere siano inerenti all'esercizio del rapporto concessorio; quanto al secondo, si richiede l'ascrivibilità del manufatto oggetto di concessione edilizia alla categoria delle opere pubbliche o di interesse generale.

Ha chiarito la Sezione che l'evoluzione del concetto di pubblica amministrazione, da intendersi non più meramente in senso formalistico ma funzionalistico, consente di riconoscere il detto sgravio edilizio de quo non esclusivamente alle amministrazioni formalmente previste e riconosciute come tali dalla legge, ma anche a soggetti privati che

esercitino un'attività pubblicisticamente rilevante, ponendosi in una condizione di *longa manus* dell'amministrazione. Inoltre, in ordine al requisito oggettivo, si richiede l'ascrivibilità del manufatto oggetto di concessione edilizia alla categoria delle opere pubbliche o di interesse generale. L'opera deve contribuire con vincolo indissolubile all'erogazione diretta del servizio, non essendo sufficiente un rapporto strumentale tra le opere e il servizio, non idoneo a soddisfare direttamente interessi pubblici né essendo sufficiente che le opere rendano più agevole la fruizione del servizio. Non può assumere rilievo, ai fini dell'esenzione del pagamento, la possibilità che le opere in futuro, per effetto della concessione o di accordi convenzionali, possano divenire di proprietà pubblica (Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4350).

Con sentenza 7 giugno 2021, n. 4350 la sez. IV ha affermato che per essere legittimata all'esenzione dal contributo di costruzione l'opera deve contribuire con vincolo indissolubile all'erogazione diretta del servizio, non essendo sufficiente un rapporto strumentale tra le opere e il servizio, non idoneo a soddisfare direttamente interessi pubblici né essendo sufficiente che le opere rendano più agevole la fruizione del servizio.

Ha chiarito la Sezione che in definitiva, il discrimine è nella diretta contribuzione delle opere alla erogazione del servizio pubblico. La conseguenza è che non può assumere rilievo, ai fini dell'esenzione del pagamento, la possibilità che le opere in futuro, per effetto della concessione o di accordi convenzionali, possano divenire di proprietà pubblica. Ha aggiunto la Sezione che il fatto che l'immobile sia destinato a essere acquisito dalla concedente alla scadenza del rapporto concessorio, non è sufficiente a radicare quel nesso diretto con l'interesse pubblico che necessita ai sensi dell'art. 17, comma 3, lettera c), d.P.R. n. 380 del 2017 per legittimare l'esenzione dal pagamento, dovendo quindi ritenersi comunque l'opera strumentale a un interesse commerciale di rilevanza esclusivamente privatistica.

La sez. II, con sentenza 6 aprile 2021, n. 2773 ha chiarito che gli atti unilaterali d'obbligo associati alla concessione *ad aedificandum*, siccome propedeutici al rilascio del permesso di costruire in area priva di idonea urbanizzazione, vanno letti in ottica procedimentale e quindi pubblicistica, di guisa che una loro eventuale nullità sia ricondotta al paradigma normativo di cui all'art. 21 *septies*, l. n. 241 del 1990 e verificata non guardando all'atto unilaterale d'obbligo nella sua potenziale veste negoziale quanto invece valorizzandone il profilo teleologico che lo attrae alla piattaforma provvedimentale.

Ha chiarito la Sezione che gli atti d'obbligo, proprio in quanto 'unilaterali', presentano peculiarità tali da aver meritato nel tempo un autonomo spazio nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale. Essi, cioè, pur appartenendo al più ampio *genus* degli atti negoziali e dispositivi coi quali il privato assume obbligazioni, si caratterizzano per essere teleologicamente orientati al rilascio del titolo edilizio nel quale sono destinati a confluire. È stato pertanto affermato che essi non rivestono un'autonoma efficacia negoziale, ma incidono tramite la stessa sul provvedimento cui sono intimamente collegati, tanto da divenirne un "elemento accidentale", mutuando la terminologia di cui alla nota sistematica civilistica che distingue tra *essentialia* e *accidentalia negotii* (Cons. Stato, sez. IV, 26

novembre 2013, n. 5628; Cass. civ., sez. un., 11 luglio 1994, n. 6527; id. 20 aprile 2007, n. 9360).

I più recenti arresti convergono piuttosto sulla accentuazione della funzione di individuazione convenzionale del contenuto di un provvedimento che l'amministrazione andrà ad emettere a conclusione del procedimento preordinato all'esercizio della funzione urbanistico-edilizia, appunto. Si è perciò affermato che la convenzione, stipulata tra un Comune e un privato costruttore, con la quale questi, al fine di conseguire il rilascio di un titolo edilizio, si obblighi ad un *facere* o a determinati adempimenti nei confronti dell'ente pubblico (quale, ad esempio, la destinazione di un'area ad uno specifico uso, cedendola), non costituisce un contratto di diritto privato, ma neppure ha specifica autonomia e natura di fonte negoziale del regolamento dei contrapposti interessi delle parti stipulanti, configurandosi come atto intermedio del procedimento amministrativo volto al conseguimento del provvedimento finale, dal quale promanano poteri autoritativi della pubblica amministrazione”.

Si lascia quindi preferire un'impostazione pubblicistica, che, ponendo in luce il carattere accessivo dell'atto unilaterale d'obbligo, consente di escludere che esso si esaurisca nel modulo negoziale non avendo una funzione autonoma quanto servente ai fini del rilascio del titolo; e ciò in disparte l'oggetto dell'obbligo di parte privata, ora consistente nella diretta realizzazione delle opere di urbanizzazione ora nella cessione di un'area ora, infine, nella costituzione di una servitù di uso pubblico.

È proprio la dimensione funzionale degli atti unilaterali di obbligo che deve guidare la ricerca del suo fondamento legale non traducendosi in una sorta di obbligo a contrarre quanto nella inserzione, nella rinnovata complessità del provvedimento abilitativo, di un elemento accidentale che risponde all'esigenza propria dell'Amministrazione di assicurare una completa ed esauriente urbanizzazione consentendo così quella edificazione privata altrimenti preclusa.

L'intervento del privato a tali fini assume quindi una valenza surrogatoria e di supplenza della mano pubblica, che ben si inquadra in quella consensualità del potere che storicamente si è affermata in materia urbanistica prima con la lottizzazione convenzionata, quindi con l'ampio e multiforme fenomeno della perequazione urbanistica. Calato in siffatto contesto, l'atto unilaterale d'obbligo non solo perde quella carica autoritativa di cui l'appellante discorre, auspicando la ricerca di un suo specifico referente normativo, quanto riflette una dimensione funzionale che lo atteggia ad elemento propedeutico al rilascio del titolo edilizio invece che un atto a sé stante frutto di una determinazione eteroimposta. Deve quindi concludersi sul punto nel senso che la deduzione di nullità per difetto assoluto di attribuzione non trova riscontro ab origine in quanto è lo stesso potere autoritativo che non si configura nel caso di specie, assumendo l'atto unilaterale d'obbligo il valore di atto strumentale al rilascio del titolo edilizio che, in disparte ogni altra considerazione, è atto emesso su istanza di parte. L'assunzione dei compiti di completamento dell'urbanizzazione dell'area consente infatti il rilascio della concessione edilizia cui mira il privato, rilascio altrimenti precluso da tale mancanza. L'assunzione

quindi libera e non coartata dell'obbligo di eseguire le opere di urbanizzazione – in disparte ogni riferimento alla disciplina localmente vigente - consente di ritenere la vicenda attratta alla norma di cui all'art. 11, l. n. 10 del 1977 (ora art. 16 del testo unico edilizia) la cui formula lessicale (“può obbligarsi”) riflette proprio quella carica volontaristica che, come detto, connota la fattispecie accessiva al rilascio del titolo edilizio. Ad opinare diversamente, il fatto che il legislatore discorra espressamente di subordinazione all'atto d'obbligo del rilascio del titolo solo in caso di lottizzazione convenzionata non significa che esso non abbia cittadinanza anche nel caso della edificazione diretta, ovverosia non mediata dalla necessaria pianificazione attuativa, proprio in considerazione del suo fondamento volontaristico che è associato alla stessa domanda edificatoria, stante l'ineludibile (e non contestata) necessità vuoi di realizzare *ab initio* vuoi di completare le opere di urbanizzazione già esistenti ma ancora insufficienti. In altre parole gli atti unilaterali d'obbligo non mutano natura a seconda che si tratti o meno di una lottizzazione convenzionata cosicché essi sono comunque sostenuti dalla volontà del richiedente il titolo.

La necessità di subordinare il suo rilascio alla realizzazione di parte delle opere di urbanizzazione si palesa allo stesso modo sia nel caso di un'area vergine che già parzialmente urbanizzata cosicché, pur a voler enfatizzare la necessità di rinvenire un preciso referente normativo nel panorama ordinamentale in grado di suffragare la “tipicità” degli atti unilaterali d'obbligo ai fini del rilascio dei titoli *ad aedificandum* in aree suscettibili di edificazione diretta, può essere valorizzato a tale scopo (anche) l'art. 28, l. n. 1150 del 1942. La valorizzata natura volontaristica dell'impegno di parte privata consente, per altro verso, di escludere ogni possibile violazione del principio di riserva di legge in materia di imposizioni tributarie.

31.7. Certificato di agibilità.

La sez. II, con sentenza 17 maggio 2021, n. 3836 ha precisato che il termine “agibilità” è stato utilizzato dal legislatore in accezioni diverse e non sempre coincidenti.; l'agibilità disciplinata dal d.P.R. n. 380 del 2001 non si identifica completamente con il “vecchio” certificato di abitabilità previsto dal Testo unico delle leggi sanitarie, in quanto presuppone una serie di valutazioni ulteriori; di ciò è prova nell'art. 26, d.P.R. n. 380 del 2001 che ancora oggi consente al Sindaco di intervenire dichiarando la inabitabilità di un immobile, già certificato come agibile, ai sensi dell'art. 222 del T.u.l.s.; altro è, infatti, la strutturale conformità del fabbricato a tutti i requisiti richiesti e, in parte, assorbiti nella conformità al titolo edilizio in forza del quale è stato realizzato, altro la sua (sopravvenuta) carenza di requisiti igienici tale da non consentirne l'occupazione a fini abitativi. Il legislatore ha utilizzato nel tempo il termine agibilità in varie accezioni. Ad essa, ad esempio, si fa ancora oggi riferimento in relazione alla certificazione dei requisiti di solidità e sicurezza che devono possedere i teatri e luoghi di pubblico spettacolo ai sensi dell'art. 80, r.d. 18 giugno 1931, n. 773, T.u.l.p.s, denominata, appunto, “licenza di agibilità”, nell'art. 1, comma 1, n. 9, d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, che ha trasferito la com-

petenza al relativo rilascio ai Comuni. La agibilità urbanistica, di cui agli artt. 24 e seguenti del d.P.R. n. 380 del 2001, è la “qualificazione” dell’immobile che ha sostituito la “abitabilità” prevista dal r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 (l.u.s.), ma non si esaurisce, come quest’ultima, nella attestata sussistenza dei requisiti igienico-sanitari di una “abitazione”. Essa si riferisce a qualsivoglia tipologia di edificio, a prescindere dalla destinazione d’uso, e certifica anche la “conformità dell’opera rispetto al progetto approvato”, ovvero, in buona sostanza, la sua regolarità edilizia e, conseguentemente, urbanistica. L’agibilità dei manufatti o dei locali dove si intende svolgere un’attività commerciale, ad esempio, rappresenta il necessario ponte di collegamento fra la situazione urbanistico-edilizia e quella commerciale nel senso che la non conformità dei locali per il versante urbanistico-edilizio si traduce nella loro non agibilità anche sul versante commerciale. All’inverso, ai fini dell’agibilità, è necessario che il manufatto o il locale sia assistito dallo specifico titolo edilizio abilitativo e, più in generale, che lo stesso non rivesta carattere abusivo, esigendosi, in tal modo, una corrispondenza biunivoca tra conformità urbanistica dei beni ospitanti l’attività commerciale e l’agibilità degli stessi (Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2018, n. 3212).

La Sezione ha aggiunto che l’illiceità dell’immobile sotto il profilo urbanistico-edilizio non può essere in alcun modo sanata dal conseguimento della sua agibilità, quand’anche formalmente sopravvenuto; la mancanza dei requisiti di regolarità dell’intervento non consente che possa decorrere il termine per la maturazione del silenzio assenso, identificandosi piuttosto l’istituto in una sorta di legittimazione *ex lege* ad utilizzare l’immobile in conformità con la sua destinazione d’uso, che prescinde dalla pronuncia della Pubblica amministrazione e che trova il suo fondamento nella effettiva sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per il rilascio del titolo; ciò trova conferma nella sua attuale disciplina, contenuta nel d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222, che ha sostituito il regime della Scia a quello originario di silenzio assenso, includendo espressamente nella norma definitoria (art. 24) la “conformità dell’opera al progetto presentato” tra le cose che il tecnico deve asseverare all’atto della presentazione della dichiarazione, unitamente peraltro alla sua “agibilità”; pertanto non solo non è ipotizzabile il conseguimento di agibilità di un immobile in contrasto con la disciplina urbanistica, ma lo stesso non impedirebbe comunque l’attivazione dei doverosi poteri sanzionatori del Comune in relazione ai compiti di vigilanza sul territorio che gli sono attribuiti: quanto detto anche laddove la violazione si concretizzi nell’inadempienza ad una clausola di convenzione accessiva ad un piano attuativo in sanatoria, in ragione del convergere della stessa nel contenuto del titolo edilizio legittimante l’intervento.

Ha chiarito la Sezione che essendo la agibilità la summa del possesso dei requisiti sia igienico-sanitari che urbanistico-edilizi di un edificio, essa non può essere conseguita nel caso in cui il titolo edilizio sottostante, seppure esistente, non possa considerarsi efficace, sicché non ne è necessario il preventivo annullamento per impedirne il conseguimento. Ritenendo certificabile come agibile anche un immobile abusivo, purché conforme ai requisiti igienico-sanitari e di risparmio energetico previsti, si finirebbe infatti per trasformare la relativa qualificazione in una sorta di ulteriore sanatoria cartolare,

ovvero, al contrario, per svuotarne completamente la portata, stante che la natura permanente dell'illecito edilizio ad essa sottesa non ne impedirebbe comunque l'assoggettamento al previsto regime sanzionatorio. Quanto detto vale anche nell'ipotesi di violazione della convenzione stipulata tra un Comune e un privato costruttore, con la quale questi, al fine di conseguire il rilascio di un titolo edilizio, si obblighi ad un *facere* o a determinati adempimenti nei confronti dell'ente pubblico (quale, ad esempio, la destinazione di un'area ad uno specifico uso, cedendola. Cfr. Cons. Stato, sez. II, 19 gennaio 2021, n. 579; id., sez. IV, 26 novembre 2013, n. 5628). Vale altresì laddove la convenzione acceda ad un piano attuativo adottato in sanatoria, quale il piano di recupero, ovvero lo strumento introdotto dall'art. 27, l. 5 agosto 1978, n. 457 per cercare di realizzare il riequilibrio urbanistico di aree degradate o colpite da più o meno estesi fenomeni di edilizia "spontanea" e incontrollata, legittimati, appunto, *ex post*. Tali piani hanno sì l'obiettivo di "recupero fisico" degli edifici, ma collocandolo in operazioni di più ampio respiro su scala urbanistica, in quanto mirate alla rivitalizzazione di un particolare comprensorio urbano (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2897; id., sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5078). La loro funzione "sanante" fa sì che ove non operino i relativi presupposti, ancorché stabiliti in via pattizia tra il Comune e il privato, permane la natura abusiva dell'opera realizzata, seppure sorretta da un originario titolo edilizio, che la stessa Amministrazione ha inteso dequotare nel momento in cui ne ha deciso, appunto, la legittimazione postuma.

31.8. Destinazione d'uso di un immobile.

La sentenza 10 maggio 2021, n. 3665 della sez. VI ha chiarito che la destinazione d'uso è oggettiva, cioè riferita alla tipologia di attività generalmente ammissibile, non meramente soggettiva, in base alla tipologia di soggetti coinvolti.

Ha affermato la Sezione che il rispetto della destinazione urbanistica dell'immobile riguarda la parte che legittimamente, in base alla pianificazione ed al titolo, utilizza il bene; laddove sia prevista destinazione ed utilizzo commerciale, la legittimità urbanistico - edilizia è rispettata, senza che, in assenza di specifiche limitazioni normative o di piano.

31.9. Abusi edilizi.

Con sentenza 6 luglio 2021, n. 5152 la sez. VI ha dichiarato inammissibile l'accertamento di conformità (c.d. sanatoria ordinaria) di manufatti abusivi costruiti nei parchi, e ciò perché le costruzioni ammissibili nel Regolamento del Parco pur sempre come forme di antropizzazione derogatoria alle esigenze di protezione integrale ammettono solo l'autorizzazione preventiva.

Ha ricordato la Sezione che l'Adunanza Plenaria n. 17 del 2016, nel salvare il silenzio assenso di cui al predetto art. 13 della legge quadro n. 13 del 1991 ha sottolineato la "specialità" della disciplina sui parchi come aree di protezione integrale della natura nelle quali vale il principio della c.d. ecologia profonda che implica la conservazione integrale della natura e limitati interventi di antropizzazione conformi alla pianificazione del Parco.

La Plenaria ha evidenziato che il nulla osta dell'art. 13, l. n. 394 del 1991 ha ad oggetto la previa verifica di conformità dell'intervento con le disposizioni del piano per il parco (che - a norma dell'art. 12 - persegue la tutela dei valori naturali ed ambientali affidata all'Ente parco) e del regolamento del parco (che - a norma dell'art. 11 - disciplina l'esercizio delle attività consentite entro il territorio del parco). Quegli atti generali rappresentano gli strumenti essenziali e indefettibili della cura dell'interesse naturalistico e ambientale in ragione della quale è istituito il parco con il suo "speciale regime di tutela e di gestione". Essi disciplinano in dettaglio e per tutto il territorio del parco gli interventi e le attività vietati e quelli solo parzialmente consentiti, le loro ubicazioni, destinazioni, modalità di esplicazione e così via, secondo un disegno organico inteso a "la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale".

A differenza di una valutazione di compatibilità, la detta verifica di conformità - che solo accerta la conformità degli interventi concretamente prospettati alle figure astrattamente consentite - non comporta un giudizio tecnico-discrezionale autonomo e distinto da quello già dettagliatamente fatto e reso noto, seppure in via generale, mediante i rammentati strumenti del Piano per il parco e del Regolamento del parco. Il citato art. 13 della legge quadro subordina il rilascio di concessioni o autorizzazioni relative ad interventi, impianti od opere al nulla-osta dell'Ente parco che ne verifica la compatibilità con la tutela dell'area naturale protetta (art. 13, comma 1). Ma non riguarda opere in sanatoria. E ciò si spiega. Si tratta infatti di evitare che l'antropizzazione del Parco segua una logica casuale e connotata dalla creazione di stati di fatto quale quella che connota talvolta inevitabilmente lo sviluppo urbano, una volta introdotta la regola generale di ammissibilità delle valutazioni postume (art. 36 del t.u. edilizia).

Ha aggiunto che il legislatore, stante la prioritaria esigenza di salvaguardia e tutela di valori costituzionalmente rilevanti quali l'ambiente e la natura oggetto di protezione integrale nell'ambito delimitato dal Parco, ha costruito il nulla-osta come atto necessariamente destinato a precedere il rilascio di provvedimenti abilitativi puntuali che riguardino un singolo, specifico intervento da valutarsi preventivamente. La differenza tra immobili o aree oggetto di puntuale tutela paesaggistica e le aree integralmente protette, rimesse alla tutela tramite specifici Enti Parco, e le finalità di tutela, in funzione all'antropizzazione del territorio, non consentono quindi un'applicazione della sanatoria prevista nell'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001.

La Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 28 giugno 2021, n. 622 ha affermato che gli abusi edilizi in Sicilia nella fascia di 150 metri dalla battigia, realizzati dopo il 31 dicembre 1976 non sono sanabili neanche se l'area è di fatto interamente edificata.

Ha chiarito il C.g.a. che l'art. 15, lett. a), l. reg. Sicilia n. 78 del 1976 impone un vincolo di inedificabilità assoluta entro i 150 metri dalla battigia non individuando alcuna deroga. Nella zona destinataria del vincolo possono essere realizzate opere che siano strettamente e direttamente finalizzate a rendere fruibile il mare (da parte di tutti) e possono essere ristrutturare, entro rigorosi limiti, le opere che esistevano prima dell'emanazione della legge regionale de quo.

Al di fuori dei casi in cui vi sia la prova che l'opera ricade in zone A) e B) già qualificata come tale o perimetrata come tale prima del 31 dicembre 1976 (prova che nel presente giudizio non risulta fornita), è del tutto estraneo alla problematica relativa alla tutela del vincolo paesaggistico il riferimento alla eventuale urbanizzazione di fatto e completa edificazione della zona in cui ricade il fabbricato abusivo, alla stregua del valore assolutamente prevalente che proprio la Costituzione assegna alla difesa del paesaggio, rispetto al quale ogni altro interesse è sicuramente recessivo poiché l'interesse paesaggistico viene considerato dalla giurisprudenza costituzionale prevalente nella gerarchia degli interessi pubblici. “La tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico è principio fondamentale della Costituzione (art. 9) ed ha carattere di preminenza rispetto agli altri beni giuridici che vengono in rilievo nella difesa del territorio” (Cons. Stato, sez. II, 14 novembre 2019, n. 7839). Ha ribadito ancora il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. IV 2 marzo 2020, n. 1486) che alla funzione di tutela del paesaggio è estranea ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione. La Corte costituzionale ha ribadito il valore “assoluto e primario” del paesaggio con le sentenze nn. 218 e 246 del 2017.

La sez. II, con sentenza 6 maggio 2021, n. 3545 ha affermato che l'avvenuta presentazione di un'istanza di accertamento di conformità, quando sia già stato instaurato un procedimento sanzionatorio, concretizzatosi nell'adozione di un'ingiunzione a demolire, fa sì che questa perda efficacia solo temporaneamente, ossia per il tempo strettamente necessario alla definizione, anche solo tacita, del procedimento di sanatoria ordinaria, con la conseguenza che, ove questa non venga accolta, il procedimento sanzionatorio riacquista efficacia senza la necessità, per l'amministrazione, di riadottare il provvedimento; tale mancato accoglimento non impone, peraltro, la successiva riadozione dell'atto demolitorio, con ciò attribuendo al privato, destinatario dello stesso, il potere di paralizzare, attraverso un sostanziale annullamento, intrinseco nella mera presentazione di una domanda, finanche pretestuosa, quel medesimo provvedimento.

La Sezione ha affrontato il problema degli effetti dell'avvenuta presentazione di una domanda di sanatoria sul procedimento sanzionatorio; sul punto rileva l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in punto di diritto, seppure con differenti sfumature argomentative: a fronte di un indirizzo per cui la presentazione della domanda implica *ex se* l'inefficacia tout court dell'ordine di demolizione (e degli atti che ne conseguono), con obbligo per l'amministrazione di pronunciarsi nuovamente sull'illecito edilizio sottostante (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2020, n. 1540; id. sez. II, 10 agosto 2020, n. 4982; id. 20 dicembre 2019, n. 8637; C.g.a. 15 maggio 2018, n. 271), vi è infatti un'altra corrente giurisprudenziale favorevole al riconoscimento della inefficacia solo temporanea dell'atto, con sua conseguente “riespansione” all'esito della definizione del procedimento di sanatoria, ovvero di maturazione del termine legalmente stabilito per la sua definizione (in tal senso, fra le molte, Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2020, n. 1260; id. 13 giugno 2019, n. 3954; id., sez. VI, 1 marzo 2019, n. 1435; id. 11 ottobre

2018, n. 1171). Sul piano processuale, la prima opzione si risolve nella necessaria declaratoria di inammissibilità o improcedibilità dell'impugnativa dell'ordinanza a demolire, a seconda che la richiesta di sanatoria sia intervenuta prima o dopo la proposizione della stessa, laddove la seconda implica la possibilità di scrutinare l'atto nel merito.

La Sezione pone a base della propria soluzione conciliativa la ricostruzione delle differenze, di regime giuridico e sostanziali, tra tipi di sanatoria. L'accertamento di conformità "determina soltanto un arresto dell'efficacia dell'ordine di demolizione, che opera in termini di mera sospensione dello stesso. In caso di rigetto dell'istanza, che peraltro sopravviene in caso di inerzia del Comune dopo soli 60 giorni, l'ordine di demolizione riacquista la sua piena efficacia" (Cons. Stato, sez. VI, 28 settembre 2020, n. 5669). La soluzione opposta opera invece in caso di condono, sia perché le leggi di riferimento sono chiare in tal senso, sia perché all'Amministrazione è richiesto un controllo più penetrante attinente, appunto, la "condonabilità" di un abuso "sostanziale", ovvero contrastante con la disciplina urbanistica.

La Sezione ha aggiunto che il regime di silenzio rifiuto previsto in materia di sanatoria ordinaria di abusi edilizi non preclude un provvedimento tardivo di diniego espresso, che può essere impugnato anche con atto di motivi aggiunti.

L'art. 36, comma 3, del testo unico degli enti locali fissa in 60 giorni il termine entro il quale il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale deve pronunciarsi con adeguata motivazione su un'istanza di accertamento di conformità, decorsi il quale la richiesta si intende rifiutata. Secondo un diffuso orientamento giurisprudenziale, cui il Collegio ritiene di aderire, tale silenzio ha un valore legale tipico di rigetto e cioè costituisce una ipotesi di silenzio significativo al quale vengono collegati gli effetti di un provvedimento esplicito di diniego (Cons. Stato, sez. IV, 1 febbraio 2017, n. 410; id. 6 giugno 2008, n. 2691). La norma, al pari della sua omologa del 1985, non prevede il rilascio del permesso di costruire in sanatoria oltre tale termine di 60 giorni, "ma non dispone espressamente che il decorso del termine ivi indicato rappresenti, sul piano procedimentale, la chiusura del procedimento e specularmente determini, sul piano sostanziale, la definitiva consumazione del potere, con conseguente cristallizzazione della natura abusiva delle opere" (Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2017, n. 4574). In mancanza, tuttavia, di un'esplicita prescrizione di decadenza, la decorrenza del termine di sessanta giorni non consuma il potere dell'Amministrazione di provvedere sull'istanza. In subiecta materia l'ipotesi di silenzio significativo è stata dettata infatti nell'interesse precipuo del privato, cui è stata in tal modo consentita una sollecita tutela giurisdizionale. Il successivo, eventuale atto espresso di diniego, impugnabile con motivi aggiunti, non è *inutiliter datum*, posto che il relativo (e doveroso) corredo motivazionale individua le ragioni della decisione amministrativa e consente di meglio calibrare le difese dell'istante che ritenga frustrato il proprio interesse alla regolarizzazione *ex post* di quanto *ex ante* realizzato *sine titulo*, ma comunque, come più volte ricordato, nel rispetto della disciplina urbanistica. Di converso, il terzo (a qualunque titolo) controinteressato non è leso dal fatto che, dopo un iniziale contegno inerte, l'Amministrazione in seguito provveda all'accoglimento dell'istanza con atto espresso: a prescindere dal fatto che, maturato il

silenzio-rigetto, il terzo che ne abbia interesse può compulsare il Comune affinché adotti i conseguenti provvedimenti sanzionatori, contro l'eventuale accoglimento espresso sopravvenuto il terzo può insorgere in via giustiziale o giurisdizionale e lamentare non un inesistente vizio di tardività, ma eventuali illegittimità sostanziali ostative al positivo riscontro dell'istanza, il cui accoglimento, in presenza dei presupposti di legge, ha natura vincolata.

La sez. VI, con sentenza 28 aprile 2021, n. 3430 ha affermato che sussiste un'inerzia amministrativa qualora il Comune, a fronte dell'istanza di repressione di abusi edilizi, abbia concluso il relativo procedimento manifestando una volontà dispositiva ostativa alla demolizione delle opere allo stato residuanti nell'area di proprietà dei controinteressati, ritenute dall'Amministrazione assentite da titoli in sanatoria; in tale modo, il Comune è pervenuto all'archiviazione del relativo procedimento amministrativo, assumendo una decisione censurabile con un'azione impugnatoria, ma non con il rimedio di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a..

Ha ricordato la Sezione che sussiste l'obbligo del Comune di provvedere sull'istanza di repressione di abusi edilizi, presentata dal proprietario dell'area confinante a quella di realizzazione delle opere abusive, "il quale, appunto per tal aspetto che s'invera nel concetto di *vicinitas*, gode d'una legittimazione differenziata rispetto alla collettività subendo gli effetti (nocivi) immediati e diretti della commissione dell'eventuale illecito edilizio non represso nell'area limitrofa alla sua proprietà (Cons. Stato, sez. IV, 29 aprile 2014, n. 2228), onde egli è titolare di un interesse legittimo all'esercizio di tali poteri di vigilanza e, quindi, può proporre l'azione a seguito del silenzio ai sensi dell'art. 31 c.p.a. (Cons. Stato, sez. IV, 2 febbraio 2011, n. 744; id., sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 233), che segue il rito di cui ai successivi artt. 112 e ss. (Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 2015, n. 5087).

In via generale, ha ricordato la Sezione che affinché possa configurarsi il silenzio inadempimento contestabile ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, l. n. 241 del 1990 e 31 e 117 c.p.a., occorre che sussista un obbligo di provvedere e che, decorso il termine di conclusione del procedimento, non sia stato assunto alcun provvedimento espresso, avendo tenuto l'Amministrazione procedente una condotta inerte.

In particolare, la giurisprudenza di questo Consiglio ha ritenuto che un obbligo di provvedere sussista in tutte le fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongano all'Amministrazione l'adozione di un provvedimento e, quindi, tutte le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) dell'Amministrazione pubblica (Cons. Stato, sez. IV, 12 settembre 2018, n. 5344).

Ogniquale volta la realizzazione della pretesa sostanziale vantata dal privato dipenda dall'intermediazione del pubblico potere, l'Amministrazione, dunque, è tenuta ad assumere una decisione espressa, anche qualora si faccia questione di procedimenti ad istanza di parte e l'organo procedente ravvisi ragioni ostative alla valutazione, nel merito, della relativa domanda: l'attuale formulazione dell'art. 2, comma 1, l. n. 241 del 1990,

pure in caso di “manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità ... della domanda”, impone l’adozione di un provvedimento espresso, consentendosi in tali ipotesi soltanto una sua redazione in forma semplificata, ma non giustificandosi una condotta meramente inerte.

Il silenzio inadempimento non può, invece, configurarsi in presenza di posizioni giuridiche di diritto soggettivo, aventi ad oggetto un’utilità giuridico economica attribuita direttamente dal dato positivo, non necessitante dell’intermediazione amministrativa per la sua acquisizione al patrimonio giuridico individuale della parte ricorrente.

In particolare, l’azione avverso il silenzio “presuppone la sussistenza di posizioni d’interesse legittimo (da tutelare dall’inerzia dell’amministrazione) e non già di diritto soggettivo. Tantomeno il procedimento avverso il silenzio può essere attivato per ottenere la tutela di diritti di credito nei confronti della Pubblica amministrazione” (Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2018, n. 1904).

Come precisato da questo Consiglio, "la fattispecie del c.d. "silenzio-inadempimento" riguarda le ipotesi in cui, di fronte alla formale richiesta di un provvedimento da parte di un privato, costituente atto iniziale di una procedura amministrativa normativamente prevista per l’emanazione di una determinazione autoritativa su istanza di parte, l’Amministrazione, titolare della relativa competenza, omette di provvedere entro i termini stabiliti dalla legge; di conseguenza, l’omissione dell’adozione del provvedimento finale assume il valore di silenzio-inadempimento (o rifiuto) solo nel caso in cui sussisteva un obbligo giuridico di provvedere, cioè di esercitare una pubblica funzione attribuita normativamente alla competenza dell’organo amministrativo destinatario della richiesta, attivando un procedimento amministrativo in funzione dell’adozione di un atto tipizzato nella sfera autoritativa del diritto pubblico; presupposto per l’azione avverso il silenzio è, dunque, l’esistenza di uno specifico obbligo (e non di una generica facoltà o di una mera potestà) in capo all’amministrazione di adottare un provvedimento amministrativo esplicito, volto ad incidere, positivamente o negativamente, sulla posizione giuridica e differenziata del ricorrente" (Cons. Stato, sez. IV, n. 5417 del 2019).

I presupposti per l’attivazione del rito sono dunque sia l’esistenza di uno specifico obbligo di provvedere in capo all’amministrazione, sia la natura provvedimentale dell’attività oggetto della sollecitazione: il rito previsto dagli artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo rappresenta infatti sul piano processuale lo strumento rimediabile per la violazione della regola dell’obbligo di agire in via provvedimentale sancita dall’art. 2, l. n. 241 del 1990” (Cons. Stato, sez. III, 1 luglio 2020, n. 4204).

L’obbligo di provvedere, peraltro, non può considerarsi assolto mediante l’adozione di atti meramente interlocutori, finalizzati a stimolare il contraddittorio infraprocedimentale, per propria natura non idonei a manifestare la volontà dispositiva dell’ente procedente e, dunque, a configurare una decisione provvedimentale sulle questioni oggetto del procedimento (Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 2013, n. 5040). L’insussistenza di un obbligo di provvedere o l’avvenuta conclusione del procedimento con un atto espresso ostano, dunque, all’accoglimento del ricorso *ex* artt. 31 e 117 c.p.a.

CON SENTENZA 9 FEBBRAIO 2021, N. 95 IL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA DELLA REGIONE SICILIANA

ha precisato che si ritenga che la previsione di cui all'art. 167, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 vada ascritta al novero delle “sanzioni amministrative” disciplinate dalla l. 24 novembre 1981, n. 689 sia che si privilegi la tesi per cui l’obbligazione prevista *ex art.* 167 citato abbia natura risarcitoria-ripristinatoria od indennitaria le conseguenze, in punto di prescrizione del diritto dell’Amministrazione a pretendere la somma dovuta dal responsabile non mutano; nel primo caso, la disciplina si rinverrebbe *sub art.* 28, l. n. 689 del 1981, con conseguente applicabilità della prescrizione quinquennale; nel secondo caso, una volta che la competente amministrazione abbia deliberato la compatibilità esercitando la propria lata discrezionalità tecnica investente il profilo della non rilevante compromissione del paesaggio ed il *quantum* che costituisce alternativa all’obbligo del ripristino, pur sempre inizierebbe a prescriversi il diritto della stessa a pretendere il pagamento della somma suddetta; laddove la richiesta di nulla osta rivolta alla Soprintendenza si inserisca in una vicenda condonistica, il provvedimento espresso di nulla osta (e quindi di compatibilità dell’abuso con il paesaggio) o il silenzio assenso formatosi, ed anche l’eventuale contestuale determinazione discrezionale della somma dovuta dal privato non integrano (ancora) il *dies a quo* a partire dal quale inizierebbe a maturare la prescrizione della pretesa pecuniaria avanzata *ex art.* 167 citato: essa decorre invece dal rilascio del condono da parte dell’amministrazione comunale: nei casi in cui, invece, il nulla osta della Soprintendenza (ed annesso, discrezionale, giudizio di compatibilità) sopravvenga al provvedimento di concessione in sanatoria, il *dies a quo* di maturazione della prescrizione quinquennale coincide con l’esercizio della valutazione da parte dell’Autorità preposta al vincolo paesaggistico.

Ha chiarito il C.g.a. che parte della giurisprudenza ha ritenuto che la disposizione di cui all’art. 167, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 si asciva nel novero delle sanzioni amministrative (Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 1980, n. 441; id. 24 novembre 1981, n. 700 e 702; id., sez. VI, 29 marzo 1983 n. 162; C.g.a, sez. cons., 16 novembre 1993, n. 452; id., sez. giur., 13 marzo 2014, n. 123; id. 17 febbraio 2017, n. 58; 23 marzo 2018, n. 168).

Detta tesi, si fonda principalmente sulla considerazione che tanto l’art. 15, l. 29 giugno 1939, n. 1497 (antesignano storico della disposizione in esame) quanto il successivo art. 164, d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 facevano riferimento al concetto di “indennità” (e non di sanzione) e si riferivano al “trasgressore” mentre *sub art.* 167, comma 5, d.lgs. n. 42 del 2004 si esplicita la nozione di “sanzione”. Tale disposizione, quindi, (espressiva di un precetto prima previsto dall’art. 15, l. n. 1497 del 1939) non avrebbe natura risarcitoria ma di sanzione amministrativa applicabile a prescindere dal danno ambientale effettivamente arrecato (Cons. Stato, sez. II 4 maggio 2020, n. 2840; id. 13 luglio 2006, n. 4420; id., sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4631; id., sez. II, 12 febbraio 2020, n. 1090). Limitando l’esposizione agli elementi che rilevano nella causa in esame, si ritiene, la applicabilità alla fattispecie del principio di cui all’art. 28, l. 24 novembre 1981, n. 689 (manifestando tuttavia qualche difformità di vedute circa il momento di individuazione del *dies a quo* a partire dal quale far decorrere la prescrizione).

Altro orientamento riconosceva la natura “risarcitoria ripristinatoria” della fattispecie in esame, e purtuttavia, si riteneva (in punto di prescrizione) pur sempre applicabile la l. n. 689 del 1981 (e segnatamente l’art. 28: “Il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione. L’interruzione della prescrizione è regolata dalle norme del codice civile.”) in quanto detta sanzione prevista dall’art. 167 è determinata in una somma pecuniaria.

Come è noto, più di recente, ha trovato affermazione una linea di tendenza che, è pervenuta a conclusioni almeno in parte difformi, spingendosi sino a sostenere che l’obbligazione prevista ex art. 167 citato abbia natura risarcitoria-ripristinataria od indennitaria, ed alla stessa non possano applicarsi i precetti di cui alla l. n. 689 del 1981.

Ad avviso di tale approccio interpretativo (Cons. Stato, sez. IV, 31 agosto 2017, n. 4109 e, più di recente Cons. Stato, sez. II, 30 ottobre 2020, n. 6678) posto che alle sanzioni pecuniarie sostitutive di una misura ripristinatoria di carattere reale, per consolidata giurisprudenza non si applica la l. n. 689 del 1981 (Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2016, n. 4400) una volta riconosciuta tale natura a quella sub art. 167, d.lgs. n. 42 del 2004 deve escludersi che i precetti di cui alla citata legge generale sulle sanzioni amministrative possano trovare applicazione a tal riguardo.

Dalla stessa dovrebbe per coerenza conseguire l’inapplicabilità del citato art. 28.

31.10. Lottizzazione abusiva.

La sez. VI, con sentenza 19 luglio 2021, n. 5403 ha affermato che in tema di lottizzazione abusiva il sindacato dell’Amministrazione non è completamente sovrapponibile a quello svolto dal Giudice penale relativamente alla fattispecie criminosa di cui all’art. 44, d.P.R. n. 380 del 2001, il quale, seppure in ipotesi avente ad oggetto i medesimi fatti storici, mira ad accertare la responsabilità penale dell’imputato, con le relative conseguenze sulla sua libertà personale e che, pertanto, sul piano processuale esige la dimostrazione della responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio del reo.

Ha chiarito la Sezione che l’art. 30, d.P.R. n. 380 del 2001 disciplina due diverse ipotesi di lottizzazione abusiva. Ricorre la lottizzazione abusiva c.d. “materiale” con la realizzazione di opere che comportano la trasformazione urbanistica ed edilizia dei terreni, sia in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, approvati o adottati, ovvero di quelle stabilite direttamente in leggi statali o regionali, sia in assenza della prescritta autorizzazione. Si ha invece lottizzazione abusiva “formale” o “cartolare” quando, pur non essendo ancora avvenuta una trasformazione lottizzatoria di carattere materiale, se ne sono già realizzati i presupposti con il frazionamento e la vendita - o altri atti equiparati - del terreno in lotti che, per le specifiche caratteristiche, quali la dimensione dei lotti stessi, la natura del terreno, la destinazione urbanistica, l’ubicazione e la previsione di opere urbanistiche, o per altri elementi, evidenzino in modo non equivoco la destinazione ad uso edificatorio.

L’interesse protetto dalla norma è quello di garantire un ordinato sviluppo urbanistico del tessuto urbano, in coerenza con le scelte pianificatorie dell’amministrazione.

Al riguardo, deve ricordarsi che le scelte espresse nel piano urbanistico generale di un Comune, di regola, non possano essere attuate mediante il diretto rilascio di permessi di costruire agli interessati, ma richiedano l'intermediazione di uno strumento ulteriore, rappresentato dai piani attuativi. Il piano attuativo, infatti, ha la funzione di "precisare zona per zona", con i dettagli necessari, "le indicazioni di assetto e sviluppo urbanistico complessivo contenute nel piano regolatore", e quindi di attuarle "gradatamente e razionalmente" e di garantire che ogni zona disponga di "assetto ed attrezzature rispondenti agli insediamenti", ovvero delle opere di urbanizzazione, e tutto ciò, all'evidenza, trascende il possibile contenuto di un singolo permesso di costruire.

In tale contesto, la lottizzazione abusiva sottrae all'amministrazione il proprio potere di pianificazione attuativa e la mette di fronte al fatto compiuto di insediamenti in potenza privi dei servizi e delle infrastrutture necessari al vivere civile; ciò, com'è notorio, è fra le principali cause del degrado urbano e dei gravi problemi sociali che ne derivano (Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3381 e 19 giugno 2014, n. 3115, nonché Cass. pen., sez. III, 3 dicembre 2013, n. 51710).

La giurisprudenza ha delineato anche un'ulteriore ipotesi: la c.d. lottizzazione mista, caratterizzata dalla compresenza delle attività materiali e negoziali individuate dalla predetta norma (Cass. n. 6080 del 26 ottobre 2007: "integra il reato di lottizzazione abusiva anche la cosiddetta lottizzazione "mista", consistente nell'attività negoziale di frazionamento di un terreno in lotti e nella successiva edificazione dello stesso"; cfr. anche Cass. civ. 20 maggio 2015, n. 24985).

Ha aggiunto la Sezione che il sindacato della Amministrazione non risulta completamente sovrapponibile a quello svolto dal Giudice penale relativamente alla fattispecie criminosa di cui all'art. 44, d.P.R. n. 380 del 2001, il quale, seppure in ipotesi avente ad oggetto i medesimi fatti storici, mira ad accertare la responsabilità penale dell'imputato, con le relative conseguenze sulla sua libertà personale e che, pertanto, sul piano processuale esige la dimostrazione della responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio del reo (art. 533 cod. proc. pen.).

Infatti, procedimento amministrativo e procedimento penale, anche se sono destinati ad incidere sullo stesso bene giuridico, procedono comunque su binari paralleli: il giudizio penale ha riguardo alla responsabilità dell'imputato (e, di conseguenza, alla confisca del bene), mentre il giudizio amministrativo attiene alla legittimità del provvedimento disposto dall'amministrazione, del quale l'acquisizione dell'area è semplicemente una conseguenza automatica (Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2018, n. 1878).

Esclusa la connotazione penalistica delle conseguenze derivanti dal provvedimento impugnato (né le parti hanno prospettato la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa in discorso alla stregua dei criteri individuati dalla giurisprudenza della Corte Edu "Engel"), deve ribadirsi che il sindacato di questo Giudice attiene alla piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione, al fine di verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova invocati dall'amministrazione, la loro affidabilità e la loro coerenza, e se essi sono idonei a corroborare le conclusioni che la stessa amministrazione ne ha tratto, non secondo il canone di valutazione

dell' "oltre ogni ragionevole dubbio", proprio del giudizio penale avente direttamente ad oggetto le condotte e la responsabilità personale dell'imputato, ma di credibilità razionale della decisione amministrativa alla luce degli elementi posti dall'amministrazione a giustificazione della stessa, essendo poi onere del ricorrente, tramite il ricorso, quello di contestare la veridicità dei fatti, o di rappresentate circostanze atte ad incrinare la credibilità del processo intellettuale sottostante la decisione dell'amministrazione.

In proposito, la giurisprudenza ha chiarito che i principi costituzionali e sovranazionali di buona fede e di presunzione di non colpevolezza invocabili dai contravventori allo scopo di censurare un asserito deficit istruttorio e motivazionale consistente nell'omessa individuazione dell'elemento psicologico dell'illecito contestato possono al più essere spesi al fine dell'applicazione della sanzione penale accessoria della confisca urbanistica contemplata dall'art. 44, d.P.R. n. 380 del 2001 (reputata comunque compatibile con l'art. 7 Cedu dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: Grande Chambre, 28 giugno 2018, n. 1828), nel mentre l'argomento medesimo non è utilmente invocabile al fine dell'irrogazione della sanzione amministrativa dell'acquisizione coattiva dell'immobile al patrimonio del Comune, contemplata dall'art. 30, comma 8, del D.P.R. n. 380 del 2001, in quanto atto vincolato (Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2018, n. 1878; id., sez. II, 17 maggio 2019, n. 3196; id. 24 giugno 2019, n. 4320; C.g.a. 8 febbraio 2021, n. 93).

31.11. Sanatoria di opere abusive.

La sez. VI, con sentenza 11 ottobre 2021, n. 6827 ha affermato che ai sensi della l. reg. Lazio n. 12 del 2004, deve escludersi la sanabilità delle opere realizzate in zone vincolate anche quando il vincolo è posteriore alla realizzazione dell'opera.

Ha chiarito la Sezione che l'autonomizzazione "spinta" ed "assoluta" del requisito della "non conformità alle norme urbanistiche ed alle prescrizioni degli strumenti urbanistici" – secondo l'interpretazione accolta dal giudice di primo grado - quale presupposto da accertare con rigore ed in totale autonomia rispetto al contenuto del vincolo, per escludere la sanabilità dell'opera condurrebbe proprio a ritenere sanabili, nonostante la violazione dei vincoli paesaggistico ambientali, interventi abusivi solo perché per essi sussista una conformità urbanistica sostanziale con *interpretatio abrogans* della disposizione regionale e travisamento della sua *ratio* che a questo punto sarebbe quella di escludere la sanabilità solo nel caso in cui ci trovi di fronte ad abusi sostanziali.

Ma la disposizione è volta ad escludere la sanabilità delle opere abusive oggetto del terzo condono in via generale nelle zone vincolate con la sola ipotesi che il vincolo sopravvenuto consenta l'accertamento di conformità ed in tali limiti; ma non vi è prova che la natura del vincolo sopravvenuto nella specie dia rilevanza a tali evenienze.

In assenza di questo non sussiste la possibilità di ottenere il condono in forza di un parere dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo (non avendo il vincolo tanto consentito e dovendo quindi in conseguenza della sua mera esistenza – in assenza di previsioni legittimanti il recupero di abusi - ritenere l'opera non conforme alle norme urbanistiche ed alle prescrizioni degli strumenti urbanistici).

La sez. VI afferma (sentenza 10 marzo 2021, n. 2038) che le disposizioni di un Piano di assetto idrogeologico (Pai) che circoscrivono l'efficacia ai nuovi interventi costruttivi non possono essere interpretate come applicabili anche alle richieste di sanatoria edilizia. Ha ricordato la sentenza che se è evidente che i limiti e i vincoli fissati dal Piano non possono che riferirsi alle opere successive alla sua entrata in vigore, ciò non può valere per quegli interventi realizzati senza titolo sui quali è chiesto l'accertamento di conformità, ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001 e, pertanto, per esse non può non valere anche il requisito della doppia conformità alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della realizzazione che al momento della presentazione dell'istanza.

31.12. Condono edilizio.

Con sentenza 1 settembre 2021, n. 6140 la sez. VI ha chiarito che le opere soggette a vincolo idrogeologico non sono condonabili ove siano in contrasto con il suddetto vincolo, anche se questo sia stato apposto, senza che residui alcun diaframma di discrezionalità in capo all'amministrazione interessata dalla domanda di condono ai fini del suo accoglimento, dovendosi anzi provvedere alla demolizione delle opere abusive.

La Sezione ha preliminarmente ricordato che sotto il profilo urbanistico-edilizio la giurisprudenza ha più volte ricordato che l'autorizzazione rilasciata, anche *per silentium*, ai sensi dell'art. 97, d.lgs. n. 259 del 2003 assorbe in sé e sintetizza ogni altra autorizzazione, ivi comprese quelle richieste dal d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante il Testo unico delle disposizioni in materia edilizia (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2014, n. 1955).

Lo stesso art. 87 del citato decreto legislativo del 2003, inoltre, postula che il parere dell'Arpa sia richiesto esclusivamente ai fini della concreta attivazione dell'impianto e non anche ai fini del perfezionamento del titolo abilitativo, perché non sussiste un onere per il richiedente di allegare siffatto parere in sede di presentazione dell'istanza di titolo edilizio, né un obbligo di far pervenire il parere medesimo all'ente procedente entro il termine di novanta giorni di cui al comma 9 dell'art. 87 (cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 20 agosto 2019, n. 5756 e 12 gennaio 2011, n. 98).

Il Codice delle comunicazioni elettroniche, con riferimento alle infrastrutture di reti pubbliche di comunicazione, prevede pertanto la confluenza in un solo procedimento di tutte le tematiche rilevanti, con finale rilascio (in forma espressa o tacita) di un titolo abilitativo, qualificato come autorizzazione. La fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica è considerata dal legislatore di preminente interesse generale, oltre che libera (artt. 3 e 86, d.lgs. n. 259 del 2003).

L'art. 8, l. 22 febbraio 2001, n. 36, inoltre, nel disciplinare il riparto di competenze tra le Regioni, le Province e i Comuni in materia, stabilisce che i comuni possono adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici. La Corte costituzionale, con la sentenza 11 marzo 2003, n. 331, ha chiarito che nell'esercizio dei suoi poteri il comune non può rendere di fatto impossibile la realizzazione di una rete

completa di infrastrutture per le telecomunicazioni, trasformando i criteri di individuazione, che pure il comune può fissare, in limitazioni alla localizzazione con regole diverse da quelle previste dalla legge quadro n. 36 del 2001.

La Sezione ha aggiunto che ai fini della controversia sottoposta al suo esame assume rilievo preminente quanto sancito dall'art. 8, comma 6, l. 36 del 2001 alla cui stregua: “I comuni possono adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici”.

La disciplina in oggetto è stata intesa dalla prevalente giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, 13 marzo 2018, n. 1592) nel senso che alle Regioni ed ai Comuni è consentito - nell'ambito delle proprie e rispettive competenze - individuare criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile (anche espressi sotto forma di divieto) quali ad esempio il divieto di collocare antenne su specifici edifici (ospedali, case di cura ecc.) mentre non è loro consentito introdurre limitazioni alla localizzazione, consistenti in criteri distanziali generici ed eterogenei (prescrizione di distanze minime, da rispettare nell'installazione degli impianti, dal perimetro esterno di edifici destinati ad abitazioni, a luoghi di lavoro o ad attività diverse da quelle specificamente connesse all'esercizio degli impianti stessi, di ospedali, case di cura e di riposo, edifici adibiti al culto, scuole ed asili nido nonché di immobili vincolati ai sensi della legislazione sui beni storico-artistici o individuati come edifici di pregio storico-architettonico, di parchi pubblici, parchi gioco, aree verdi attrezzate ed impianti sportivi).

Con riferimento al c.d. terzo condono ha ricordato come la giurisprudenza abbia chiarito (Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4991) che l'art. 32, d.l. n. 269 del 2003, convertito con modificazioni dalla l. n. 326 del 2003, fissa limiti più stringenti rispetto ai precedenti primo e secondo condono, di cui alle leggi n. 47 del 1985 e 23 dicembre 1994, n. 724, escludendo la possibilità di conseguire il condono nelle zone sottoposte a vincolo paesaggistico qualora sussistano congiuntamente queste due condizioni ostative: a) il vincolo di inedificabilità sia preesistente all'esecuzione delle opere abusive; b) le opere realizzate in assenza o in difformità del titolo abilitativo non siano conformi alle norme e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici. In tal caso l'incondonabilità non è superabile nemmeno con il parere positivo dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo (Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4619).

Pare il caso di soggiungere che il d.l. n. 269 del 2003 disciplina in maniera più restrittiva, rispetto al “primo condono edilizio” di cui alla l. n. 47 del 1985, la fattispecie in questione poiché, con riguardo ai vincoli ivi indicati (tra cui quelli a protezione dei beni paesistici, ma anche quello idrogeologico), preclude la sanatoria sulla base della anteriorità del vincolo senza la previsione procedimentale di alcun parere dell'Autorità ad esso preposta, con ciò collocando l'abuso nella categoria delle opere non suscettibili di sanatoria.

Inoltre, sebbene la presenza di un vincolo idrogeologico non comporti l'inedificabilità assoluta dell'area, la sua presenza impone ai proprietari l'obbligo di conseguire, prima della realizzazione dell'intervento, il rilascio di apposita autorizzazione da parte della

competente amministrazione, in aggiunta al titolo abilitativo edilizio (Cons. Stato, sez. IV, 3 novembre 2008, n. 5467). Per quanto attiene all'interferenza di tale disciplina con quella in materia di condono edilizio, si segnala la formulazione di cui all'art. 32, l. n. 47 del 1985, a mente del quale "il rilascio della concessione o dell'autorizzazione in sanatoria per opere eseguite su aree sottoposte a vincolo è subordinato al parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo stesso", eccetto i casi in cui si tratti di "opere insistenti su aree vincolate dopo la loro esecuzione e che risultino: a) in difformità dalla l. 2 febbraio 1974, n. 64 e successive modificazioni e dal d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, quando possano essere collaudate secondo il disposto del quarto comma dell'articolo 35; b) in contrasto con le norme urbanistiche che prevedono la destinazione ad edifici pubblici od a spazi pubblici, purché non in contrasto con le previsioni delle varianti di recupero di cui al capo III; c) in contrasto con le norme del d.m. 1° aprile 1968, n. 1404 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 96 del 13 aprile 1968), e con agli artt. 16, 17 e 18, l. 13 giugno 1991, n. 190 e successive modificazioni, sempre che le opere stesse non costituiscano minaccia alla sicurezza del traffico".

Da tale complessiva statuizione deriva che le opere soggette a vincolo idrogeologico non sono condonabili ove siano in contrasto con il suddetto vincolo, anche se questo sia stato apposto (ma non è questo il caso) "successivamente alla presentazione dell'istanza di condono" (Cons. Stato, sez. IV, 21 dicembre 2012, n. 6662), senza che residui alcun diaframma di discrezionalità in capo all'amministrazione interessata dalla domanda di condono ai fini del suo accoglimento, dovendosi anzi provvedere alla demolizione delle opere abusive (Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2018, n. 3659).

Giova rammentare anche che, anche in base alla normativa intervenuta successivamente in materia di condono edilizio (art. 32, comma 27, lettera d, d.l. n. 269 del 2003, c.d. terzo condono), a conferma di quanto rilevato pocanzi, non sono suscettibili di sanatoria le opere abusive che "siano state realizzate su immobili soggetti a vincoli imposti sulla base di leggi statali e regionali a tutela degli interessi idrogeologici e delle falde acquifere, dei beni ambientali e paesistici, nonché dei parchi e delle aree protette nazionali, regionali e provinciali qualora istituiti prima della esecuzione di dette opere, in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio e non conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici".

31.13. Ordine di demolizione.

Con decreto 15 febbraio 2021, n. 735 la sez. VI ha respinto l'istanza di sospensione monocratica della demolizione amministrativa, disposta a seguito dell'annullamento di un condono sospetto per varie anomalie, avanzata essenzialmente per la imminente pendenza di un incidente di esecuzione avente ad oggetto la demolizione, disposta in sede penale dalla Procura Generale per effetto di un giudicato di condanna, relativa allo stesso immobile; la mera pendenza dell'incidente di esecuzione penale non è infatti ragione sufficiente a fondare la concessione di tutela monocratica cautelare, che ha lo scopo di evitare un pratico pregiudizio nell'esecuzione dei provvedimenti edilizi e non di interferire nell'esercizio autonomo del giudizio penale (salva poi l'eventuale necessità

postuma – se si verificherà - di riportare a coerenza le valutazioni delle differenti sedi, coerenza in astratto sempre assicurata dalla natura amministrativa del provvedimento di demolizione adottato in sede penale di talché la reviviscenza del condono in caso di annullamento dell'atto di annullamento del medesimo potrà incidere anche sulla statuzione resa in sede penale che per sua natura non si stabilizza in cosa giudicata).

32. Energia.

32.1. Mercato di distribuzione dell'energia elettrica ai fini della regolazione delle spese.

La sez. VI, con sentenza 29 settembre 2021, n. 6550 ha affermato che a seguito della intervenuta fusione per incorporazione di Gala Power s.r.l. in Gala s.p.a. e pur essendo Gala s.p.a. subentrata in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi della società incorporante, non sussiste per quest'ultima interesse alla prosecuzione del giudizio avente ad oggetto le decisioni rese dall'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente sui reclami proposti da Gala Power s.r.l. per ottenere l'attivazione del contratto di trasporto da E-Distribuzione e da Areti.

Ha aggiunto che nel settore dell'energia elettrica già prima della fusione per incorporazione di Gala Power s.r.l. in Gala s.p.a. erano ravvisabile indici di uno stretto legame giuridico e fattuale tra Gala Power a Gala, idonei a fondare la presunzione relativa che la società controllante fosse in grado di esercitare un'influenza determinante sul comportamento della sua controllata, e ciò in quanto il liquidatore unico della controllante, già presidente del consiglio di amministrazione e amministratore delegato della medesima, rivestiva anche la qualifica di amministratore unico della controllata; entrambe le società avevano sede in Roma, allo stessa via e allo stesso civico e annoverano nell'oggetto sociale, tra l'altro, anche la vendita di energia elettrica.

32.2. Poteri dell'Arera e misure perequative.

Con sentenza 28 settembre 2021, n. 6534 la sez. VI ha chiarito che la disciplina tariffaria della distribuzione del gas naturale trova il proprio fondamento non solo nella l. 14 novembre 1995, n. 481, che si applica al mercato del gas tutto, ma anche nel d.lgs. n. 164 del 2000, che disciplina unicamente il settore del gas naturale. Ha chiarito la Sezione che la struttura tariffaria per la distribuzione di gas diversi dal naturale a mezzo di reti canalizzate, pur ricalcando in parte quella del servizio di distribuzione del gas naturale quanto alle modalità di determinazione dei vincoli ai ricavi ammessi, alla composizione del capitale investito riconosciuto a fini regolatori, nonché alla determinazione del valore delle immobilizzazioni nette, alla remunerazione del capitale investito e dell'ammortamento, se ne differenzia – in coerenza alla predetta diversità di attività - dal momento che non prevede un sistema fondato su tariffa di riferimento, tariffa obbligatoria e meccanismi di perequazione, ma soltanto sulla tariffa di riferimento fissata per ciascuna impresa distributrice e su un'opzione tariffaria, anch'essa stabilita per singola impresa distributrice, eventualmente differenziata su base regionale.

In proposito, la tariffa di riferimento è composta da una componente a copertura della remunerazione del capitale investito e degli ammortamenti relativi a immobilizzazioni centralizzate, una componente a copertura della remunerazione del capitale investito e degli ammortamenti relativi alle immobilizzazioni materiali di località, nonché di una componente a copertura dei costi operativi relativi al servizio di distribuzione. Ai sensi del successivo art. 86 della RTDG 2010-2012, ciascuna impresa distributrice applica, in modo non discriminatorio, opzioni tariffarie compatibili con quelle approvate dall'Autorità a copertura dei costi relativi ai servizi di distribuzione e misura. In particolare, le imprese di distribuzione devono differenziare le opzioni tariffarie per ambito gas diversi, da intendersi, ai sensi dell'articolo 1, come "l'ambito di determinazione delle opzioni tariffarie per il servizio di distribuzione di gas diversi dal gas naturale formato dall'insieme delle località gas diversi appartenenti alla medesima regione e servite dalla medesima impresa distributrice".

Ha aggiunto la Sezione che Il contesto normativo, che connota il settore dei gas diversi, impone un'applicazione più rigida del principio della "*cost reflectivity*" (ossia dell'orientamento a riflettere i costi effettivi dell'energia fornita) della tariffa, non giustificando attenuazioni analoghe a quelle introdotte nel settore del "gas naturale".

Ad avviso della Sezione le attività di distribuzione e vendita dei gas diversi possono essere svolte, dunque, in modo integrato. A differenza di quanto previsto per i mercati dell'energia elettrica e del gas naturale, l'attività di vendita dei gas diversi non è stata liberalizzata, né sono previsti obblighi di accesso di terzi per il gestore della rete. Nei settori dell'energia elettrica e del gas naturale, al contrario, vige un principio di imparzialità nella gestione dell'infrastruttura che impone che il gestore della rete non possa esercitare le attività a monte e a valle della filiera e che, nel caso in cui faccia parte di un'impresa verticalmente integrata, rispetti stringenti obblighi di separazione. Anche alla luce di tanto, è evidente come l'Autorità legittimamente abbia ritenuto che non vi fossero i presupposti giuridici oltre che economici per accogliere l'istanza con cui l'odierna ricorrente ha chiesto che il meccanismo di perequazione tariffaria fosse esteso anche alle reti di distribuzione del gas diverso dal naturale.

L'imposizione di una applicazione più rigida del principio della "*cost reflectivity*" richiede che gli utenti finali paghino il servizio sulla base dei costi effettivamente sostenuti dal singolo operatore che li serve, con ciò escludendo i meccanismi di perequazione tariffaria tra utenti finali forniti da operatori diversi che comportano, al contrario, una "socializzazione" dei costi in capo anche a soggetti che non hanno fruito del servizio di quel singolo operatore.

33. Sport.

Con ordinanza 27 agosto 2021, n. 4597 la sez. V ha escluso che debba essere sospeso il diniego della concessione, in favore della A.C. Chievo Verona s.r.l., della Licenza Nazionale per l'iscrizione al Campionato di Serie B per l'anno 2021/2022 stante la mancanza di atti di transazione e rateizzazione efficaci per i debiti tributari di cui al punto 14 del Manuale del "Sistema delle Licenze Nazionali" e, per altro verso, il mancato

adempimento dei debiti tributari di cui allo stesso punto 14 ed al punto 15 dello stesso Manuale. Ha aggiunto la Sezione che in base alle norme che regolano gli atti propedeutici alla procedura di riscossione dei tributi erariali mediante ruoli: la fattispecie dell'art. 19, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 presuppone l'avvenuta formazione e consegna dei ruoli (secondo quanto previsto, tra l'altro, dal d.m. 3 settembre 1999, n. 321, contenente il relativo regolamento), cioè presuppone l'esistenza di un titolo esecutivo (art. 49, d.P.R. n. 602 del 1973); l'art. 25, d.P.R. n. 602 del 1973, per quanto qui rileva, stabilisce, poi, al comma 1, lett. *c-bis*), che la cartella di pagamento deve essere notificata a pena di decadenza entro il 31 dicembre "del terzo anno successivo a quello di scadenza dell'ultima rata del piano di rateazione per le somme dovute a seguito degli inadempimenti di cui all'art. 15-ter"; nelle more della formazione dei ruoli da parte dell'ente impositore e della loro consegna all'agente della riscossione, nonché dell'emissione della cartella di pagamento, il contribuente non versa in una situazione di diritto soggettivo all'ammissione del beneficio della dilazione di pagamento, né peraltro tale situazione giuridica soggettiva è configurabile dopo la formazione e la consegna del ruolo e nemmeno a seguito dell'istanza di dilazione di pagamento; lo stesso art. 19 prevede, infatti, al comma 1, che presupposto per l'ammissione al beneficio è, oltre alla detta iscrizione a ruolo, la dichiarazione (o la dimostrazione, per gli importi superiori a 60.000 euro) di una temporanea situazione di obiettiva difficoltà del debitore, da valutarsi da parte dell'agente della riscossione, ed, al comma 1 quater, gli effetti della presentazione della richiesta, tra cui non vi è quello dell'estinzione o della novazione del debito tributario riscuotibile.

In conclusione, anche a voler ammettere l'utilità della c.d. rateazione *in executivis* ai fini dell'ammissione al campionato, la società non vantava alcuna pretesa giuridicamente tutelata alla formazione dei ruoli (essendo rimessa alla scelta del creditore il compimento dell'attività esecutiva, pur nei limiti e secondo le norme, anche regolamentari, che disciplinano la riscossione dei tributi erariali) e all'ammissione al beneficio (men che meno a seguito della presentazione dell'istanza soltanto alla data del 28 giugno 2021, improduttiva di effetti giuridici in assenza di atto discrezionale dell'agente della riscossione, dalla portata costitutiva, di concessione del beneficio), la cui soddisfazione possa dirsi preclusa per la sopravvenienza della normativa emergenziale.

34. Giochi.

Con ordinanza 16 luglio 2021, n. 5361 la sez. V ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione se sia compatibile con l'esercizio della libertà di stabilimento garantita dall'art. 49 del Tfu e con l'esercizio della libera prestazione di servizi garantita dall'art. 56 Tfu l'introduzione di una normativa quale quella contenuta nell'art. 1, comma 649, l. 23 dicembre 2014, n. 190, la quale riduca aggravi e compensi solo nei confronti di una limitata e specifica categoria di operatori, ovvero solo nei confronti degli operatori del gioco con apparecchi da intrattenimento, e non nei confronti di tutti gli operatori del settore del gioco; se sia compatibile con il principio di diritto europeo della tutela del legittimo affidamento l'introduzione di una normativa quale quella sopra citata, contenuta all'art. 1, comma 649, l. n. 190 del 2014, la quale per sole ragioni economiche ha ridotto nel

corso della durata della stessa il compenso pattuito in una convenzione di concessione stipulata tra una società ed un'amministrazione dello Stato Italiano. Ha chiarito la Sezione che la giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue ritiene in generale che costituiscano restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libertà di prestazione dei servizi tutte le misure le quali abbiano l'effetto di vietarne, ostacolarne o anche semplicemente renderne meno attraente l'esercizio, e che ciò in particolare valga per le misure che incidono sull'attività già avviata da un concessionario dell'Amministrazione, le quali gli impediscano di far fruttare il proprio investimento (Corte giust.comm.ue, sez. I, 11 giugno 2015, C-98/14 *Berlington Hungary* e 20 dicembre 2017, C-322/16 *Global StarNet*).

La giurisprudenza di codesta Corte ritiene altresì che gli Stati membri possano introdurre restrizioni alle libertà garantite dagli articoli citati, in particolare nel settore del gioco d'azzardo lecito, che qui rileva. Nello specifico, la Corte ha infatti rilevato da un lato che si tratta di materia non armonizzata, per cui nel disciplinarla gli Stati membri sono titolari di un ampio potere discrezionale per determinare il livello di tutela dei consumatori e dell'ordine sociale ritenuto più appropriato; dall'altro lato che si tratta di una materia nella quale sussistono tra gli Stati membri stessi notevoli divergenze di ordine morale, religioso e culturale, le quali rendono probabile l'esercizio concreto di questo potere: per tutte, la sentenza sez. II 8 settembre 2016, C 225/15 *Politanò*. Nondimeno, anche nella materia in esame le restrizioni introdotte dagli Stati membri devono rimanere entro i limiti individuati dalla giurisprudenza di codesta Corte, devono cioè essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale ed essere proporzionate allo scopo da raggiungere in tal senso: così, sempre per tutte, le citate sentenze 11 giugno 2015, C-98/14 *Berlington Hungary*, 8 settembre 2016, C 225/15 *Politanò* e 20 dicembre 2017, C-322/16 *Global StarNet*.

Viene in questione anche il principio di tutela dell'affidamento, che non è esplicitamente previsto dal TFUE o da altri testi normativi dell'Unione, ma come è pure ben noto è stato individuato da codesta Corte come uno dei "principi generali comuni ai diritti degli Stati membri" di cui all'art. 340 TFUE fin dalla sentenza 3 maggio 1978, C-112/72 *Topfer*. Il principio in questione va inteso in particolare come interesse del privato alla certezza e prevedibilità del quadro normativo entro il quale si svolgono i rapporti in corso: in tal senso, esso non impedisce le modifiche in senso sfavorevole, ma impone di procedervi con modalità garantistiche; in particolare, codesta Corte ha ritenuto possibili le modifiche ad un rapporto siffatto che siano prevedibili da parte di un operatore economico prudente: per tutte, già la sentenza 8 giugno 1977, C-97/76 *Merkur*.

Ciò chiarito, la sezione ha rilevato che la misura disposta da ultimo con i commi 920 e 921 dell'art. 1, l. 28 dicembre 2015, n. 208 comporta che la ricorrente appellante debba subire un prelievo economico dai propri bilanci, nella misura determinata dal decreto 15 gennaio 2015, n. 388 qui impugnato, e con effetto retroattivo, nel senso che il prelievo attuato ed imposto nel 2015 colpisce i ricavi maturati nel 2014. Si tratta quindi di una restrizione alle libertà garantite dagli artt. 49 e 56 TFUE sopra citati, nel senso che il prelievo viene a rendere meno attraente l'attività oggetto di concessione che la ricorrente appellante esercita. È però dubbio che la misura in questione si possa qualificare

come ispirata dai motivi imperativi di interesse generale che la renderebbero legittima. La giurisprudenza della Corte ha più volte affermato che fra i motivi imperativi citati non si ricomprendono le semplici esigenze dello Stato membro di incrementare il proprio gettito fiscale, senza che con ciò si raggiungano obiettivi diversi ed ulteriori: per tutte, la già citata sez. I, 11 giugno 2015, C-98/14 *Berlington Hungary*, relativa proprio ad un'imposizione fiscale sul gioco lecito, nonché le sentenze Grande sezione 7 settembre 2004, C-319/02 *Manninen* e 16 luglio 1998 C-112/77 *ICI*, che affermano il principio per gli interventi fiscali in generale.

Nel caso di specie, la misura in esame ad avviso di questo Giudice appare ispirata esclusivamente ad un'esigenza economica di aumentare gli introiti dello Stato, e quindi di "fare cassa" in base anzitutto all'esplicita dichiarazione contenuta nella norma base, ovvero nel comma 649 dell'art. 1, l. n. 190 del 2014, che il comma 920 sopra citato ha abrogato, e quindi reso applicabile solo per il 2015, nel senso che l'intervento ha fini di "concorso al miglioramento degli obiettivi di finanza pubblica". Non vale poi in senso contrario, sempre ad avviso di questo Giudice, quanto afferma la frase successiva, ovvero che l'intervento sarebbe motivato anche "in anticipazione del più organico riordino della misura degli aggi e dei compensi spettanti ai concessionari e agli altri operatori di filiera nell'ambito delle reti di raccolta del gioco per conto dello Stato, in attuazione dell'articolo 14, comma 2, lett. g), l. 11 marzo 2014, n. 23" ovvero della legge delega per il riordino del settore, di cui si è detto, in quanto come si è visto essa non ha avuto alcuna altra attuazione.

In secondo luogo, la misura in esame appare adottata anche in contrasto con il principio di tutela dell'affidamento.

Sotto quest'ultimo profilo, è anzitutto evidente che essa va ad incidere sui rapporti di concessione già in corso, in modo da peggiorarne i termini economici, e quindi da alterare in modo a lui sfavorevole i calcoli di convenienza fatti dal concessionario nel momento in cui si è accordato con l'amministrazione concessionaria.

Fermo quanto detto circa le motivazioni di carattere solo economico dell'intervento, si deve poi dire che esso appare non prevedibile per l'imprenditore prudente ed accorto, al quale non si può, a meno di circostanze del tutto particolari che qui non ricorrono, addossare l'onere di prevedere interventi autoritativi della controparte pubblica di un rapporto di concessione, che di per sé è vincolante al pari di un contratto, e quindi postula che le parti non lo possano rimettere in discussione unilateralmente.

35. Agricoltura.

35.1. Quote latte.

Con sentenza 12 luglio 2022, n. 5281 la sez. III ha affermato che la cartella di pagamento emessa da Agea relativa al prelievo supplementare può essere notificata da Equitalia.

Ha ricordato la Sezione che nel procedimento di riscossione del prelievo supplementare nel settore del latte, il comma 2 dell'art. 8 *quinquies*, d.l. n. 5 del 2009, convertito con modificazioni dalla l. n. 33 del 2009, così dispone: "L'Agea provvede alla tempestiva comunicazione a Equitalia s.p.a. per gli adempimenti di competenza". Dai commi 10 e

10 *bis* dell'art. 8 *quinquies*, d.l. n. 5 del 2009, così come modificato dall'art. 1, comma 525, della c.d. "Legge di Stabilità 2013" (l. n. 228 del 2012), discende che nei casi di mancata adesione alla rateizzazione e in quelli di decadenza dal beneficio della dilazione Agea procede alla riscossione mediante ruolo, avvalendosi, su base convenzionale, per le fasi di formazione del ruolo, di stampa della cartella di pagamento e degli altri atti della riscossione, nonché per l'eventuale assistenza nella fase di gestione del contenzioso, delle società del Gruppo Equitalia. Né assume rilievo, in senso contrario, la circostanza che la qualifica di ufficiali della riscossione venga normativamente attribuita soltanto agli appartenenti al personale della Guardia di Finanza, *discendendo* l'abilitazione per Equitalia direttamente dalla convenzione prevista dal citato art. 8 *quinquies*, che costituisce norma speciale, quanto all'identificazione del soggetto abilitato alla notificazione, rispetto alla disciplina generale contenuta nell'art. 26, comma 1, d.P.R. n. 602 del 1973 (Cass. civ., sez. III, 23 aprile 2020, n. 8118; id. 26 giugno 2020, n. 12926). Equitalia, pertanto, è legittimata a notificare la cartella.

La Sezione ha poi ricordato l'indirizzo della Corte di Cassazione in tema di nullità/inesistenza della notifica della cartella. L'irritualità della notificazione può essere fatta valere dal contribuente unicamente al fine di eccepire la decadenza dell'amministrazione dalla possibilità di esercitare la pretesa tributaria, o la prescrizione dell'azione, ovvero al fine di dimostrare la tempestività dell'impugnazione dell'atto, altrimenti il contribuente non ha interesse a dedurre un vizio della notificazione che non ridonda, di per sé, in vizio dell'avviso di accertamento (Cass. civ., sez. V, 21 aprile 2017, n. 10079; id. 17 aprile 2015, n. 7838; id. 3 novembre 2003, n. 16407).

Più precisamente, in tema di atti d'imposizione tributaria, la notificazione non è un requisito di giuridica esistenza e perfezionamento, ma una condizione integrativa d'efficacia, sicché la sua inesistenza o invalidità non determina in via automatica l'inesistenza dell'atto, quando ne risulti inequivocabilmente la piena conoscenza da parte del contribuente entro il termine di decadenza concesso per l'esercizio del potere all'Amministrazione finanziaria, su cui grava il relativo onere probatorio (Cass. civ., sez. V, ordinanza, 24 agosto 2018, n. 21071).

Ha poi chiarito la Sezione che l'iscrizione nel Registro Nazionale dei debiti di cui all'art. 8 *ter*, comma 1, l. n. 33 del 2009, istituito presso Agea, è equiparata all'iscrizione a ruolo delle somme dovute, *ex art. 8 *ter*, comma 2, l. n. 33 del 2009*; ma ciò non comporta che il debito venga riscosso due volte. Attualmente è unica la procedura di riscossione in corso, attivata mediante la cartella di pagamento notificata da Agea.

Ha ancora affermato la Sezione che in tema di riscossione del prelievo supplementare nel settore del latte, l'individuazione del responsabile del relativo procedimento coincide con l'individuazione del responsabile dell'iscrizione a ruolo, atteso che, a seguito dell'affidamento all'Agea dell'intero procedimento di riscossione in tale settore, avvenuto con la l. n. 228 del 2012 (c.d. legge di Stabilità 2013) la successiva emissione della cartella, da parte dello stesso ente, è atto esecutivo dell'unitario procedimento di riscossione avviato con l'iscrizione a ruolo, non esistendo alcuna separazione tra il procedimento di iscrizione a ruolo (di competenza dell'ente creditore) e quello di emissione della cartella

(di competenza del concessionario della riscossione), come invece avviene per la riscossione per le imposte sui redditi. Ha ricordato la Sezione che l'indicazione del responsabile del procedimento di emissione della cartella, prevista a pena di nullità per quelle riferite ai ruoli consegnati agli agenti della riscossione a decorrere dal 1° giugno 2008 dall'art. 36, comma 4-ter, d.l. n. 248 del 2007, conv., con modif., in l. n. 31 del 2008, deve intendersi riferita alla persona fisica responsabile del procedimento, a prescindere dalla specificazione della funzione apicale o meno dalla stessa effettivamente esercitata. In tal senso, la giurisprudenza ha, per es., ritenuto essere sufficiente l'indicazione del nominativo del responsabile del procedimento ad assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa, la piena informazione del cittadino, nonché la garanzia del diritto di difesa, e mentre ha ritenuto non necessaria e neppure sufficiente la sola indicazione della funzione dirigenziale ricoperta dal Responsabile o l'indicazione impersonale dell'Ufficio (Cass. civ., sez. V, 14 novembre 2019, n. 29652; id., sez. VI, ordinanza, 23 febbraio 2016, n. 3533).

La Cassazione ha precisato che non è certo sufficiente che venga indicato l'Ufficio o la struttura che è destinata a svolgere il procedimento.

L'indicazione dell'Ufficio o della Struttura, circostanze, del resto, ben note perchè rese pubbliche, non possono realizzare la finalità di rendere "personale" il rapporto con il contribuente.

La "personalizzazione" è in funzione della chiara individuazione di una persona fisica responsabile della eventuale inosservanza del singolo procedimento, dovendo il contribuente sapere chi e in quale momento fosse "la persona fisica" appartenente all'Ufficio preposta allo svolgimento del procedimento (Cass. civ., sez. VI, 18 maggio 2020, n.9106; Cons. Stato, sez. III, 18 marzo 2019, n. 1782).

Ancora in tela di quote latte la sez. III, con sentenza 11 gennaio 2021, n. 328, ha pronunciato in tema di versamento mensile del prelievo supplementare per l'annata lattiera 2003-2004.

HA affermato che per l'annata lattiera 2003-2004 il versamento mensile del prelievo supplementare dovuto dalle Aziende produttrici, non può essere ritenuto obbligatorio, ma solo facoltativo, essendo in diretto contrasto con la disciplina del Regolamento n. 3950 del 1992.

Ha ricordato la Sezione che l'obbligo di trattenuta e di versamento mensile a carico degli acquirenti, introdotto dall'art. 5, d.l. n. 49 del 2003, convertito nella legge n. 119 del 2003, non è applicabile all'annata lattiera 2003-2004, essendo in diretto contrasto con la disciplina del Regolamento n. 3950 del 1992, il quale prevedeva solo la facoltà e non anche l'obbligo degli acquirenti di effettuare le trattenute. L'art. 2, paragrafo 2, comma 3, del detto Regolamento aveva previsto con chiarezza la 'facoltatività' della trattenuta effettuabile dall'acquirente, come si desume dal suo dato testuale, per cui "qualora i quantitativi consegnati da un produttore superino il quantitativo di riferimento a sua disposizione, l'acquirente è autorizzato a trattenere a titolo di anticipo sul prelievo dovuto, secondo modalità determinate dallo Stato membro, un importo del prezzo del latte su ogni consegna di tale produttore che supera il quantitativo di riferimento a sua

disposizione”; “l’autorizzazione” a trattenere implica che non vi fosse di per sé un obbligo, potendo essere tale trattenimento, a titolo di anticipo, solo una delle possibili modalità di riscossione (Cons. Stato, sez. III, 27 dicembre 2017, n. 6119; id. 22 dicembre 2017, n. 6050, n. 6049, n. 6048, n. 6047; id. 11 dicembre 2017, n. 5836).

Ne deriva che per l’annata lattiera 2003-2004 il versamento mensile non poteva essere ritenuto obbligatorio, ma solo facoltativo, con un ulteriore profilo di illegittimità comunitaria degli atti impugnati.

36. Animali.

36.1. Cattura dell’orso per captivazione.

Con sentenza 19 gennaio 2021, n. 571 la sez. III ha giudicato legittima l’ordinanza contingibile e urgente del Presidente della Provincia Autonoma di Trento di intervento di rimozione dell’orso M49 pericoloso per l’incolumità e la sicurezza pubblica. Ha premesso la Sezione che il Presidente della Provincia autonoma di Trento ha adottato l’ordinanza contingibile e urgente ai sensi dell’art. 52, comma 2, d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 e dell’art. 18, comma 2, l. reg. Trentino Alto Adige 4 gennaio 1993, n. 1.

Nella specie, le ragioni di pubblica sicurezza che hanno portato alla adozione di tale provvedimento sono da ricondurre al comportamento dell’esemplare di orso denominato M49 e, in particolare, ai tentativi di intrusione in abitazioni di montagna e in strutture frequentate stagionalmente per attività zootecniche dallo stesso esemplare, tentati o portati a compimento, e all’intensificazione di tali comportamenti problematici, testimoniata da ben 14 tentativi di intrusione, di cui uno con contatto ravvicinato con un pastore.

A fronte di tali circostanze è stata ordinata la rimozione dell’orso, mediante cattura per captivazione permanente in area a ciò autorizzata, secondo quanto previsto dalla lettera j) del Piano d’Azione interregionale per la conservazione dell’Orso bruno sulle Alpi centro-orientali (denominato Pacobace). A seguito della fuga del plantigrado dall’area faunistica, in località Casteller, dove era stato rinchiuso, avvenuta la stessa notte della sua cattura, con nuova ordinanza il Presidente della Provincia ha ordinato la nuova cattura e, se necessario l’uccisione.

Ha affermato la Sezione che la valutazione in ordine alla pericolosità degli episodi di cui si è reso protagonista il plantigrado M49 ha carattere prettamente discrezionale ed è quindi sindacabile in sede giurisdizionale solo in caso di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti, mentre al sindacato del giudice amministrativo rimane estraneo l’accertamento della gravità degli episodi posti a base delle due ordinanze. Tale valutazione costituisce espressione di ampia discrezionalità che, per giurisprudenza costante, può essere assoggettata al sindacato di questo giudice solo sotto il profilo della sua logicità in relazione alla rilevanza dei fatti accertati.

Non costituisce profilo di illogicità o contraddittorietà la circostanza che il pericolo per l’incolumità pubblica che derivava dall’orso in libertà dovesse considerarsi al contempo “immediato” e “probabile”: il comportamento tenuto dal plantigrado, come può desumersi anche dai pareri dell’Ispra, richiedeva, in considerazione dell’intensificarsi degli

episodi, un intervento immediato a tutela di persone, animali e cose senza che per legittimare la decisione di catturare l'orso fosse necessario il verificarsi di un evento di ancora maggiore gravità di quelli oggetto delle diverse relazioni intervenute nel tempo.

Ha aggiunto la sentenza che l'utilizzo, da parte del Presidente della Provincia, dei poteri ex artt. 52, comma 2, d.P.R. n. 670 del 1972 e 18, comma 2, l. reg. Trentino Alto Adige n. 1 del 1993 non ha costituito un modo surrettizio per baipassare il procedimento ordinario dettato dall'art. 11, d.P.R. n. 357 del 1997, che richiede l'autorizzazione del Ministero dell'ambiente per poter catturare l'esemplare di orso o di lupo (specie protette) per la captazione permanente o addirittura la soppressione.

Ciò che, nella specie, ha spinto il Presidente della Provincia a ricorrere alle ordinanze contingibili e urgenti è, come è stato ampiamente illustrato, il pericolo per l'incolumità di persone, animali e cose in più Comuni della Provincia di Trento ad opera dell'orso M49, che più volte si è avvicinato all'uomo (e agli animali) ed ha tentato di entrare in manufatti. A fronte del silenzio serbato dal Ministero il Presidente della Provincia ha fatto ricorso al potere di carattere eccezionale che gli consentiva di pervenire, attraverso un procedimento più snello, al risultato oggetto della richiesta di autorizzazione (catturare l'orso).

Il fatto che tale provvedimento urgente – che è stato adottato con strumento normativo diverso da quello che impone il parere favorevole preventivo del Ministero dell'Ambiente – sia in questo caso specifico ritenuto legittimo, non significa certo che, in generale, la Provincia Autonoma possa procedere con atti di tal genere che, come appena detto, sono sindacabili e annullabili ove irragionevoli. Nel caso di specie, infatti, la “eccezionalità” dello strumento utilizzato è giustificata dal fatto che lo stesso Ispra non aveva negato né la “problematicità” dell'orso, né la possibilità – tra le altre – della soluzione della cattura, ma successivamente nessun atto, positivo o negativo in merito, era stato adottato dal Ministero dell'Ambiente, mentre la stagione estiva ormai sopraggiunta aumentava il pericolo di “incontri indesiderati” per l'aumento dei frequentatori, anche semplici turisti, nelle aree montane abitate dall'orso M49.

Corollario obbligato di tale premessa è che la presente decisione non può che riflettere la legittimità delle ordinanze alla luce dei fatti riferibili all'esemplare M49 e al contesto di riferimento. Né può rilevare il richiamo, operato dall'appellante, ad altre ordinanze contingibili e urgenti adottate dal Presidente della Provincia per catturare o abbattere altri orsi ritenuti pericolosi, a riprova che l'effettivo intendimento della Provincia sarebbe quello del contenimento di tale specie e non della tutela dell'incolumità di persone e animali; il giudice, infatti, non può che pronunciare sulla legittimità degli atti portati al suo esame e non è certo l'esistenza di più provvedimenti di contenuto analogo a quello delle ordinanze portato al suo esame a dimostrare *ex se* lo sviamento di potere.

Ancora, non può ritenersi che la normativa statale applicativa dei principi sovranazionali in materia di tutela delle specie protette (*ursus arctos* e *canis lupus*) escluda l'applicazione di poteri straordinari che eludano autorizzazioni e pareri degli organi competenti.

In altri termini, una volta ammessa dall'art. 1, l. prov. Trento n. 9 del 2018 - a determinate condizioni e secondo un procedimento che vede il coinvolgimento di alcune autorità - la possibilità di catturare o (in casi ancor più eccezionali) sopprimere l'orso per prevenire danni gravi, specificatamente alle colture, all'allevamento, ai boschi, al patrimonio ittico e ad altre forme di proprietà, per garantire l'interesse della sanità e della sicurezza pubblica o per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica (Corte cost. 27 settembre 2019, n. 215), non può allora escludersi il ricorso al potere d'urgenza (attraverso l'ordinanza contingibile e urgente) nel caso di un pericolo tale da non consentire il ricorso alla disciplina ordinaria, e ciò nella fattispecie per le circostanze anche temporali sopra descritte.

Infine, va rilevato che il ricorso allo strumento dell'ordinanza contingibile e urgente è ammesso anche dal Pacobace (punti 3.2.2 e 3.4.2 del Capitolo 3 – Criteri e procedure d'azione nei confronti degli orsi problematici e d'intervento in situazioni critiche). Più in particolare, il Capitolo 3, al punto 4.1 dispone che “è previsto l'intervento con azioni di controllo nei seguenti casi: su orsi individuati come problematici (dannosi o pericolosi); su orsi che si trovano in situazioni critiche, tali cioè da costituire rischio per le persone o per l'incolumità stessa degli orsi”. Un orso problematico può essere definito "dannoso" o "pericoloso" a seconda del suo comportamento, in relazione alle definizioni di seguito specificate. Un "orso dannoso" è un orso che arreca ripetutamente danni materiali alle cose (predazione di bestiame domestico, distruzione di alveari o danni a coltivazioni, o in generale danni a infrastrutture) o utilizza in modo ripetuto fonti di cibo legate alla presenza umana (alimenti per l'uomo, alimenti per il bestiame o per il foraggiamento della fauna selvatica, rifiuti, frutta coltivata nei pressi di abitazioni, ecc.). Un orso che causa un solo grave danno (o che ne causa solo assai raramente) non è da considerarsi un orso dannoso. Quanto all'“orso pericoloso”, esistono una serie di comportamenti che lasciano prevedere la possibilità che l'orso costituisca una fonte di pericolo per l'uomo. Salvo casi eccezionali e fortuiti, un orso dal comportamento schivo, tipico della specie, non risulta pericoloso e tende ad evitare gli incontri con l'uomo. La pericolosità di un orso è, in genere, direttamente proporzionale alla sua “abituazione” (assuefazione) all'uomo e al suo grado di confidenza con lo stesso. In altri casi la pericolosità prescinde dall'assuefazione all'uomo ed è invece correlata a situazioni particolari, ad esempio un'orsa avvicinata quando è coi piccoli o un orso avvicinato quando difende la sua preda o la carcassa su cui si alimenta. Il Pacobace, alla tabella 3.1 elenca alcuni possibili atteggiamenti dei plantigradi, a questi è affiancata una scala di problematicità e le azioni suggerite. Diversamente da quanto ritiene l'appellante, al punto 17 della tabella è prevista la situazione che ricorre con riferimento all'orso M49 e cioè dell'orso che “cerca di penetrare in abitazioni, anche frequentate solo stagionalmente”; verificandosi tale evenienza il Pacobace consente la cattivazione permanente o – in casi estremi - la soppressione dell'orso. A tal fine è sufficiente la possibilità che nel manufatto sia presente l'uomo, potendo trattandosi anche di abitazione stagionale.

La sez. III, con sentenza 3 novembre 2021, n. 7366 ha, invece, giudicato illegittimo il provvedimento di cattura per la captivazione dell'orso denominato M57, adottato senza la previa acquisizione del parere Ispra, che avrebbe consentito una valutazione in merito al regime più adeguato, e maggiormente conforme ai parametri normativi, in relazione alle esigenze di tutela sia dell'animale che della collettività.

Ha chiarito la Sezione che la mancanza della previa acquisizione del parere Ispra non è giustificata dalla natura *extra ordinem* del potere esercitato. Ed invero, in disparte il possibile rischio di abuso degli strumenti del c.d. diritto amministrativo dell'emergenza, e di conseguente frizione con il principio di legalità, tutte le volte in cui sussista una disciplina normativa dei corrispondenti poteri tipici, ciò che appare dirimente è che la stessa parte appellata riconosce che al più la straordinarietà può predicarsi per provvedimenti ad effetto transitorio, laddove la captivazione permanente è una misura – nel caso di specie, disposta in deroga ai necessari adempimenti procedurali – logicamente incompatibile con un orizzonte temporalmente limitato.

In argomento giova ricordare che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 127 del 1995, nel sottolineare come il potere straordinario, in quanto potere amministrativo, debba soggiacere ai limiti propri di questo (fra i quali il principio di proporzionalità), ha posto una relazione fra proporzionalità e tipicità, nel senso che l'assenza di tipicità deve essere compensata e bilanciata dal rapporto di proporzionalità esistente fra intensità dell'esigenza emergenziale e contenuto dispositivo della misura provvedimentoale.

Una simile scelta, certamente non ancorata ai presupposti della decisione contingibile ed urgente, ma anzi proiettata in una prospettiva diacronica, implicava dunque la richiesta preventiva del necessario parere dell'Ispra: proprio allo scopo di consentire una valutazione in merito al regime più adeguato, e maggiormente conforme ai parametri normativi, in relazione alle esigenze di tutela sia dell'animale che della collettività, avuto riguardo a quanto realmente accaduto, nonché alle condizioni di permanenza dell'animale presso il centro Casteller.

Avendo il provvedimento impugnato un contenuto plurimo, la tesi della adozione in deroga può, al più, essere sostenuta, per la fase della cattura: ma non anche per la successiva scelta dell'azione più idonea. La circostanza che la provincia non abbia trasmesso all'Ispra alcuna richiesta di valutazione tecnica conferma, anche sotto questo profilo, il *deficit* istruttorio che affligge il provvedimento impugnato in primo grado.

36.2. Influenza viaria.

La sez. III, con ordinanza 13 ottobre 2021, n. 6896 ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione se l'art. 220 del Regolamento Ue n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento di esecuzione della Commissione del 2 agosto 2019, n. 2019/1323/UE ostino a una normativa nazionale (come quella di cui decreto 15 gennaio 2020 del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali) intesa ed applicata nel senso di limitare l'accesso alle misure compensative dei danni determinati dall'influenza aviaria alle sole imprese che non abbiano cessato l'attività alla data di presentazione dell'istanza.

Ha chiarito la Sezione che la questione controversa è la corretta interpretazione – e dunque alla definizione del relativo ambito operativo – del disposto di cui all'art. 220 del Regolamento Ue n. 1308/2013 e delle prescrizioni attuative compendiate nel Regolamento di esecuzione Ue n. 1323/2019 nelle parti attinenti all'individuazione dei beneficiari dell'aiuto in questione, essendo la fonte di regolazione nazionale dichiaratamente esecutiva di quella eurounitaria.

Si individuano due differenti e alternative esegesi della disciplina eurounitaria che governa la misura in argomento: anzitutto, quella del privato richiedente, che la configura alla stregua di un indennizzo del danno subito. Nella suddetta prospettiva, l'unico soggetto titolato a poter richiedere l'aiuto in questione è l'imprenditore che ha subito il danno indipendentemente dal fatto che l'azienda sia medio tempore cessata non potendo gli acquirenti richiedere il ristoro di un danno che non hanno sopportato; dall'altro lato, vi è l'opzione esegetica privilegiata dall'Amministrazione a mente della quale la misura in argomento è rigidamente finalizzata a sostenere il mercato, inteso quale insieme di tutti quegli imprenditori che in esso operano in un certo momento e non anche da soggetti che vi operavano prima della previsione della misura di sostegno.

Non può essere messa in dubbio la necessità di attivazione del subprocedimento di cui all'art. 267 del Tfu e atteso che questa Sezione del Consiglio di Stato, quale giudice di ultima istanza, è chiamato a pronunciare su una controversia nazionale in cui vengono dedotte questioni di interpretazione e di corretta applicazione di disposizioni e principi unionali di non univoca lettura.

E ciò anche in considerazione della declinazione applicativa cui resta soggetto l'obbligo di rinvio pregiudiziale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo cui, al fine di evitare che in un qualsiasi Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme del diritto dell'Unione, qualora non sia previsto alcun ricorso giurisdizionale avverso la decisione di un giudice nazionale, quest'ultimo è, in linea di principio, tenuto a rivolgersi alla Corte ai sensi dell'art. 267, terzo comma, Tfu e quando è chiamato a pronunciarsi su una questione di interpretazione del diritto europeo.

La cogenza del divisato obbligo patisce eccezione nei soli casi in cui la questione sollevata non sia rilevante o che la disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi sia già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto dell'Unione si imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi.

L'esame della sopra richiamata disciplina eurounitaria non consente, sul piano dell'interpretazione letterale, di isolare espressioni precettive che, in via diretta ed in modo univoco, affermino o escludano che le imprese di allevamento avicolo danneggiate debbano essere in esercizio alla data della domanda e/o del pagamento dell'aiuto.

E, infatti, le alternative opzioni esegetiche sopra passate in rassegna valorizzano il distinto canone discrezionale che impinge negli obiettivi perseguiti dalla legislazione di settore e la coerenza della (diversa) soluzione proposta con la *ratio legis*.

Nella suddetta prospettiva, se la dichiarata finalità di “sostegno al mercato” evincibile dal quadro regolatorio di riferimento sembra avallare l'approdo ermeneutico seguito dal

Tar quanto alla natura dell'aiuto, dall'altro lato occorre riconoscere che il dato letterale così ampio della richiamata espressione non consente di escludere, con sufficiente grado di certezza, l'interpretazione alternativa sostenuta dall'impresa appellante.

E ciò vieppiù in considerazione del fatto che la disciplina europea non sembra richiedere né la presentazione di un progetto di investimento che fornisca la certezza che l'aiuto verrà impiegato nell'attività di impresa e quindi reimmesso nel mercato di riferimento (così da poterlo effettivamente sostenere *pro futuro*).

Il contenuto non univoco della disciplina dei requisiti soggettivi di accesso alla misura e l'assenza di meccanismi di verifica del reimpiego del beneficio in azienda determinano, dunque, un'obiettivo incertezza in ordine alla corretta individuazione della natura dell'aiuto e dei suoi presupposti di erogazione quanto ai requisiti di legittimazione dei beneficiari.

Senza contare che, a ben vedere, la stessa finalità di "sostegno al mercato" potrebbe essere soddisfatta, ancorché indirettamente, anche qualora la natura degli aiuti in questione avesse una valenza di tipo indennitario. La previsione di misure di compensazione di natura riparatoria a favore degli imprenditori attivi al tempo del danno e non necessariamente anche al tempo della domanda, infatti, potrebbe costituire una garanzia per i consumatori che, in presenza di epizootie, avrebbero così la certezza del rispetto delle misure sanitarie da parte degli operatori del settore. In altri termini, l'erogazione di indennizzi agli operatori che hanno subito danni per aver rispettato le ordinanze sanitarie preordinate a fronteggiare le epizootie potrebbe avere effetti positivi sull'intero mercato rafforzando, da un lato, la convinzione nelle imprese esistenti che il rispetto delle misure sanitarie non sia per loro produttivo di danni irreparabili e, dall'altro, la fiducia dei consumatori nei confronti degli operatori del settore.

Ha ancora chiarito la Sezione che la finalità primaria dichiarata nella legislazione eurounitaria di voler sostenere il mercato dovrebbe di per sé escludere, in apice, dalla platea dei possibili beneficiari gli operatori economici che abbiano cessato l'attività prima della domanda.

L'obiettivo perseguito evoca, infatti, con immediatezza, ai fini qui in rilievo, l'insieme delle imprese attive nel singolo settore produttivo, nella specie quello delle carni di pollame in Italia, anche in ragione della necessità che alla concessione della misura si agganci l'effetto c.d. di incentivazione nel senso cioè di favorire la genesi di iniziative supplementari idonee a implementare la tenuta ovvero lo sviluppo del settore, iniziative che i suddetti operatori non svolgerebbero senza l'aiuto ovvero svolgerebbero solo in modo limitato.

Né il suindicato principio può patire eccezione in ragione del regime di presunzione che governa gli aiuti connessi ad eventi eccezionali in quanto, in tali circostanze, è l'esperienza maturata che consente, unitamente al criterio di ragionevolezza, di ritenere *in re ipsa*, nel caso di imprese attive, la strumentalità funzionale della misura rispetto agli obiettivi generali di sostegno del mercato siccome volta a neutralizzare i costi dei danni subiti come diretta conseguenza dell'evento eccezionale.

Diversamente opinando, e proprio nel caso di anticipata cessione dell'azienda, si verificherebbe, a voler privilegiare una funzione meramente riparatoria della misura, l'effetto distorsivo di dover escludere dalla platea dei legittimati i soggetti cessionari e, dunque, proprio gli attuali titolari dell'azienda, vale a dire coloro che concorrono a comporre, nel loro insieme, il mercato da sostenere.

Nondimeno, trattandosi di una scelta di politica economica (quali categorie includere o escludere da una determinata misura economica) essa dovrebbe emergere dalla lettera delle norme in modo chiaro e univoco al fine di orientare in modo coerente le determinazioni applicative. In mancanza, e a fronte di un'esplicita e reiterata sollecitazione dell'appellante, si ritiene necessario per tutte le ragioni già esposte acquisire indicazioni nomofilattiche sulle sovraordinate disposizioni del diritto eurocomunitario.

36. 3. Detenzione di animali esotici.

La sez. IV, con sentenza 19 febbraio 2021, n. 1490 ha affermato che per detenere animali esotici pericolosi la struttura deve acquisire la licenza di giardino zoologico, di cui all'art. 4, d.lgs. n. 73 del 2005, o il provvedimento di esclusione di cui all'art. 2, comma 2, del medesimo decreto e cioè un provvedimento interdirettoriale, adottato dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, di concerto con i Ministeri della salute e delle politiche agricole e forestali, acquisito il parere della Commissione scientifica Cites, la quale verifica che il numero di esemplari o di specie posseduto dalla struttura richiedente non sia significativo ai fini del perseguimento delle finalità della Direttiva Zoo 1999/22/CE e del d.lgs. n. 73 del 2005.

La Sezione ha preliminarmente ricostruito il quadro normativo di riferimento.

Ha ricordato che la l. 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del Ministero dell'Ambiente, prevede all'art. 1, comma 5, che "Il Ministero promuove e cura l'adempimento di convenzioni internazionali, delle direttive e dei regolamenti comunitari concernenti l'ambiente e il patrimonio naturale".

Una delle convenzioni internazionali di cui il Ministero dell'Ambiente deve curare l'adempimento è la Convenzione di Washington sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatiche minacciate di estinzione (Cites), siglata nel 1973 e ratificata dall'Italia con la l. n. 874 del 19 dicembre 1975. L'art. 8 della Convenzione Cites stabilisce che gli esemplari vivi confiscati devono essere affidati all'Autorità di Gestione dello Stato che dispone la confisca; tale Autorità dispone, previa consultazione con lo Stato di provenienza, l'invio dell'esemplare presso tale Stato oppure il ricovero presso un centro di recupero (*rescue center*) o un'altra struttura che l'Autorità ritenga idonea ed in linea con le finalità della Convenzione.

L'Autorità di Gestione, nell'adottare le predette misure di disposizione, può avvalersi del parere dell'Autorità Scientifica o, in alternativa, del Segretariato Cites; la Convenzione riconosce all'Autorità di Gestione dello Stato che dispone la confisca la piena libertà di scelta tra le alternative possibili, nell'interesse della Convenzione e dell'esemplare.

La Convenzione Cites è stata attuata all'interno dell'Unione Europea attraverso regolamenti direttamente applicabili agli Stati membri:

- il Regolamento Ce n. 338/97 del Consiglio, del 9 dicembre 1996, i cui Allegati contengono un elenco delle specie soggette al commercio disciplinato; all'art. 16, esso stabilisce che l'esemplare confiscato è affidato all'organo di gestione dello Stato membro nel cui territorio è avvenuta la confisca, il quale: 1) previa consultazione dell'autorità scientifica di tale Stato membro, colloca o dispone altrimenti l'esemplare alle condizioni che ritenga appropriato e secondo gli obiettivi e le disposizioni della Convenzione e del Regolamento; 2) nel caso di un esemplare vivo introdotto nella Comunità, può, previa consultazione con lo Stato da cui esso è stato esportato, restituire l'esemplare a tale Stato a spese della persona che ha commesso l'infrazione.

Il Regolamento riconosce all'Autorità di Gestione dello Stato che dispone la confisca la piena libertà di scelta tra le alternative possibili; il Regolamento di attuazione Ce n. 865/2006 della Commissione, del 4 maggio 2006, recante modalità di applicazione del regolamento Ce n. 338/97.

Ai sensi del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300, così come aggiornato dal Decreto legislativo 6 dicembre 2002, n. 287, e dell'articolo 8 della legge n. 150 del 1992, il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare è l'Autorità di Gestione Cites in Italia, e cura l'adempimento della Convenzione di Washington.

L'Autorità di Gestione Cites è incardinata presso la Direzione generale per la protezione della natura e del mare del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, e cura l'adempimento della Convenzione di Washington: i reati relativi all'applicazione in Italia della Convenzione e dei Regolamenti comunitari, sono disciplinati dalla l. 7 febbraio 1992, n. 150.

La medesima legge, all'art. 4, dispone che in caso di violazione dei divieti contenuti negli articoli 1 e 2 della legge è sempre disposta la confisca degli esemplari; le spese di mantenimento sono a carico del soggetto destinatario del provvedimento di confisca.

A seguito della confisca di esemplari vivi, viene disposto, sentita la Commissione scientifica Cites, nel seguente ordine di priorità: a) il loro rinvio, a spese dell'importatore, allo Stato esportatore;

b) l'affidamento a strutture pubbliche o private, anche estere; c) la vendita, limitatamente agli esemplari iscritti negli allegati B e C, mediante asta pubblica, a condizione che tali esemplari non siano destinati direttamente o indirettamente alla persona fisica o giuridica, alla quale sono stati sequestrati o confiscati, ovvero che ha concorso all'infrazione.

Secondo il quadro normativo stabilito dalla Convenzione Cites, dal Regolamento 338/1997 e dalla l. n. 150 del 1992, è l'Autorità di Gestione Cites del Ministero dell'Ambiente a disporre l'affidamento dell'esemplare, secondo le alternative contemplate nell'art. 4, l. n. 150 del 1992, che ricalcano la Convenzione ed il Regolamento, dopo aver acquisito il parere della Commissione Scientifica Cites e tenendo nel debito conto sia gli obiettivi che le disposizioni della Convenzione Cites e del Regolamento n. 338/97.

Per ospitare adeguatamente un esemplare confiscato protetto dalla Convenzione Cites, una struttura deve: fornire uno spazio di detenzione adeguatamente arricchito, che fornisca all'esemplare condizioni di vita compatibili con le esigenze e le abitudini della specie, e, al tempo stesso, gli impedisca di evadere nel territorio circostante (per salvaguardare la biodiversità locale); garantire adeguata assistenza sanitaria sia per le patologie ordinarie, sia nei casi in cui l'esemplare abbia patito gravi conseguenze fisiche o comportamentali a causa delle condizioni di trasporto o detenzione e, pertanto, necessiti di riabilitazione.

Il Ministero dell'ambiente garantisce (e ne è responsabile) che gli esemplari Cites confiscati siano detenuti nel rispetto della Convenzione e del Regolamento n. 338/97.

L'art. 6, l. n. 150 del 1992 – che vieta la detenzione di animali pericolosi – stabilisce che alcune specie di mammiferi e rettili costituiscono un pericolo per la salute e per l'incolumità pubblica e ne proibisce, di conseguenza, la detenzione, sanzionando penalmente la violazione del divieto.

Le specie "pericolose" sono identificate nell'elenco allegato al decreto del Ministro dell'Ambiente 19 aprile 1996, adottato ai sensi della l. n. 150 del 1992.

Le strutture che possono detenere animali pericolosi sono definite dalla l. n. 150 del 1992 e dal d.lgs. n. 73 del 2005.

Tali strutture sono: i giardini zoologici; gli acquari; i delfinari in possesso della licenza di giardino zoologico; le aree protette e i parchi nazionali dichiarati idonei dalla Commissione scientifica Cites, sulla base dei criteri generali fissati previamente dalla Commissione stessa; i circhi e le mostre faunistiche permanenti o viaggianti, dichiarati idonei dalle Prefetture competenti per territorio, sulla base dei criteri generali fissati previamente dalla Commissione scientifica Cites; le istituzioni scientifiche e di ricerca iscritte nel registro delle Istituzioni scientifiche Cites; gli allevamenti di fauna selvatica autoctona autorizzati ai sensi della l. n. 157 del 1992 (limitatamente agli esemplari di specie autoctone); i Centri di recupero per animali selvatici autoctoni, autorizzati ai sensi della l. n. 157 del 1992 (limitatamente agli esemplari di specie autoctone).

La violazione del divieto è sanzionata penalmente; gli esemplari detenuti illegittimamente sono confiscati.

Il legislatore ha poi previsto l'istituzione di appositi Centri per la detenzione di animali pericolosi sequestrati e confiscati attivati dal Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare, ai sensi dell'art. 4, comma 11, l. n. 344 del 1997.

Al riguardo, va peraltro precisato che tale ultima disposizione – diversamente da quanto sembrano sostenere i Ministeri appellanti - si è limitata a prevedere l'attivazione di tali Centri (e il relativo finanziamento), ma non ha disciplinato una ulteriore autorizzazione rispetto a quelle in precedenza elencate, né ha riservato ai centri medesimi l'affidamento degli esemplari confiscati.

A tal fine è peraltro sempre necessario il parere della Commissione Cites, che si esprime sulla idoneità della struttura individuata dal Ministero dell'Ambiente.

La specie *Macaca fascicularis* è una specie protetta dalla Convenzione Cites e dal Regolamento (CE) n. 338/97, in quanto iscritta nell'Allegato B del Regolamento.

Essa rientra altresì nel divieto generale di detenzione di animali pericolosi, previsto dall'art. 6, l. n. 150 del 1992, in quanto inserita nell'Allegato A del d.m. 19 aprile 1996. Ha aggiunto la Sezione che le strutture che detengono animali selvatici autoctoni feriti che necessitano di cura e soccorso rientrano infatti nell'ambito di applicazione della l. n. 157 del 1992, così come definito dall'art. 2.

37. Dogana.

La sez. IV, con sentenza 14 settembre 2021, n. 6290 ha rimesso alla Corte di giustizia Ue le questioni pregiudiziali: a) se la corretta interpretazione degli artt. da 101 a 106 TFUE, nonché del quadro normativo espresso dalle direttive 2006/123/CE e 2008/118/CE osti ad una norma nazionale, quale quella desumibile dall'art. 23, comma 3, d.lgs. 16 ottobre 1995, n. 504, come successivamente modificato e integrato, che prevede che "3. La gestione in regime di deposito fiscale può essere autorizzata, laddove sussistano effettive necessità operative e di approvvigionamento dell'impianto, per i depositi commerciali di gas di petrolio liquefatti di capacità non inferiore a 400 metri cubi e per i depositi commerciali di altri prodotti energetici di capacità non inferiore a 10.000 metri cubi; b) se la corretta interpretazione degli artt. da 101 a 106 TFUE, nonché del quadro normativo espresso dalle direttive 2006/123/CE e 2008/118/CE osti ad una norma nazionale, quale quella desumibile dall'art. 23, comma 4, lettere a) e b), d.lgs. 16 ottobre 1995, n. 504, come successivamente modificato e integrato, che prevede che la gestione in regime di deposito fiscale possa essere autorizzata, in particolare, per i depositi commerciali di gas di petrolio liquefatti di capacità inferiore a 400 metri cubi e per i depositi commerciali di altri prodotti energetici di capacità inferiore a 10.000 metri cubi quando, oltre ai presupposti di cui al comma 3, ricorra almeno una delle seguenti condizioni: 1) il deposito effettui forniture di prodotto in esenzione di accisa o ad accisa agevolata o trasferimenti di prodotti energetici in regime sospensivo verso Paesi dell'Unione europea ovvero verso Paesi non appartenenti all'Unione europea, in misura complessiva pari ad almeno il 30 per cento del totale delle estrazioni del biennio; 2) il deposito sia propaggine di un deposito fiscale ubicato nelle immediate vicinanze appartenente allo stesso gruppo societario o, se di diversa titolarità, sia stabilmente destinato ad operare al servizio del predetto deposito; e) se la corretta interpretazione ed applicazione del principio di proporzionalità, in combinazione con gli articoli da 101 a 106 TFUE e il quadro normativo espresso dalle direttive 2006/123/CE e 2008/118/CE e in particolare dagli artt. 9, 14 n. 5, 15 par. 2 della direttiva 2006/123/CE osti a misure regolatorie (circolari, regolamenti od altro) assunte dall'Autorità nazionale volte a chiarire, integrandole, le predette condizioni di cui all'art. 23, comma 4, lett. a) e b), d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504 s.m.i..

Ha chiarito la Sezione che, una volta venute meno le condizioni che avevano consentito di operare in regime di sospensione di accisa, l'operatore può chiedere di riqualificarsi come esercente di deposito commerciale, chiedendo la licenza di esercizio ai sensi dell'art. 25, comma 4, come previsto dall'art. 23, comma 12, t.u.a.

L'art. 23, nel prevedere la soglia minima del 30%, non determina una discriminazione nei confronti del prestatore né si risolve in una barriera all'ingresso o in un trattamento discriminatorio ai danni delle piccole e medie imprese poiché si limita a richiedere che sia assicurato un limite di estrazione di prodotto agevolato non in termini assoluti bensì in percentuale rispetto alle operazioni effettuate, di talché anche un'azienda di dimensioni piccole o medie può raggiungere il 30% di estrazioni nel biennio.

Da tale ricostruzione consegue che il regime di sospensione fiscale opera su un piano del tutto distinto da quello commerciale poiché è correlato esclusivamente a necessità funzionali dell'azienda, ma non ha effetti di barriera all'ingresso del mercato dei prodotti energetici e non comporta distorsioni sproporzionate e irrazionali della libera concorrenza, sicché è inconferente il richiamo alla direttiva 2006/123/CE, come pure inconferente è l'asserito contrasto, peraltro soltanto genericamente dedotto, rispetto agli artt. 101-106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

La Sezione non ravvisa altresì profili di contrasto con le direttive 2008/118/Ce e 2006/123/Ce (artt. 9 e ss.) nella suddivisione del mercato in due fasce dimensionali ai sensi dei commi 3 e 4 dell'art. 23, poiché il criterio utilizzato dal legislatore è di tipo quantitativo ed è quindi di tipo oggettivo, e prende a riferimento la capacità in termini di metri cubi di prodotti energetici depositati. Trattasi quindi di criterio che rispetta i principii di proporzionalità e ragionevolezza.

Non sussistono elementi di difformità rispetto alle richiamate fonti europolitane neanche per quanto concerne il comma 4 dell'art. 23, giacché il requisito dell'essere "propagande di un deposito fiscale ubicato nelle immediate vicinanze appartenente allo stesso gruppo societario o, se di diversa titolarità, destinato stabilmente ad operare al servizio del predetto deposito" risulta conforme alla ratio della disciplina normativa, sia euro unitaria sia nazionale, in materia di controllo dei fenomeni elusivi in materia di accise, per cui i depositi con le caratteristiche indicati al comma 4 sono ritenuti, in base ad una presunzione del legislatore, più sicuri dal punto di vista del controllo del rispetto delle disposizioni che consentono di accedere al regime di sospensione fiscale.

Per quanto concerne il contrasto con le norme interposte della l. n. 234 del 2012 – sotto il profilo che la modifica del d.lgs. n. 504 del 1995 avrebbe dovuto essere apportata con la procedura rafforzata ivi prevista dagli artt. 29 e 30 e non a mezzo della legge di bilancio n. 232 del 2016 - la questione è manifestamente infondata sia per le motivazioni esposte dal giudice di primo grado con riferimento alla circostanza che la legge di bilancio ha la finalità di reperire fonti di finanziamento per il bilancio dello Stato, tra cui rientra anche la lotta all'evasione e all'elusione di fiscale (nel caso di specie con riferimento al fenomeno nel settore delle accise), sia perché la Costituzione non prevede che il recepimento delle fonti europolitane avvenga con meccanismi procedurali rafforzati, quali quelli di cui alla l. n. 234 del 2012, potendo, bensì, avvenire con qualsivoglia strumento legislativo qualora necessario o maggiormente funzionale agli scopi da raggiungere

37. Rifiuti.

37.1. Costo complessivo del servizio di smaltimento dei rifiuti.

La sez. IV, con sentenza 6 luglio 2021, n. 5158 ha giudicato rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 23, 117 comma 2, lett. e) e lett. s), e 119, comma 2, Cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16, comma 1, l. reg. Emilia Romagna n. 23 del 23 dicembre 2011, nella parte in cui - nell'individuare il costo complessivo del servizio di smaltimento dei rifiuti da imputare alla tariffa a carico dell'utente finale - affianca ai "costi effettivi" anche gli "introiti".

Ha ricordato la Sezione che l'art. 16, comma 1, l. reg. Emilia Romagna n. 23 del 23 dicembre 2011 dispone: "In presenza di un soggetto privato proprietario dell'impiantistica relativa alla gestione delle operazioni di smaltimento dei rifiuti urbani di cui all'art. 183, comma 1, lettera z), d.lgs. n. 152 del 2006, compresi gli impianti di trattamento di rifiuti urbani classificati R1 ai sensi dell'Allegato C, Parte IV, d.lgs. n. 152 del 2006, l'affidamento della gestione del servizio dei rifiuti urbani non ricomprende detta impiantistica che resta inclusa nella regolazione pubblica del servizio. A tal fine l'Agenzia [il riferimento è all'Atersir - Agenzia territoriale dell'Emilia-Romagna per i servizi idrici e rifiuti] individua dette specificità, regola i flussi verso tali impianti, stipula il relativo contratto di servizio e, sulla base dei criteri regionali, definisce il costo dello smaltimento da imputare a tariffa tenendo conto dei costi effettivi e considerando anche gli introiti".

Orbene, la disposizione, nella parte finale, stabilisce che, ai fini *de quibus*, si tenga conto anche degli "introiti": opera, dunque, un richiamo generico ad ogni posta attiva dell'impresa.

L'ampiezza e l'atecnicità (evidentemente voluta) della dizione impongono, nel rispetto della lettera e della *ratio* della disposizione, di ritenervi ricompresi anche gli incentivi per l'energia prodotta da fonte rinnovabile, i quali, del resto, nella contabilità dell'impresa configurano materialmente un incremento economico, ovvero, in altra prospettiva, una posta reddituale positiva, ossia appunto un "introito".

Tali incentivi, tuttavia, sono erogati per rendere economicamente sostenibili forme di produzione di energia ambientalmente compatibile derivante, nella specie, dallo smaltimento dei rifiuti: la relativa disciplina, dunque, persegue, direttamente e sotto un duplice aspetto (gestione del ciclo dei rifiuti e produzione di energia da fonte rinnovabile) finalità di "tutela dell'ambiente", materia di legislazione esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. s), Cost. (Corte cost. n. 180 del 2015; id. n. 149 del 2015; id. n. 58 del 2015; id. n. 314 del 2009; id. n. 378 del 2007).

Si tratta, pertanto, di stabilire se una Regione possa intervenire, sia pure indirettamente, nella vicenda incentivata, computando tali incentivi quale posta algebrica negativa nella complessa operazione di quantificazione del rimborso spettante ad un operatore economico attivo in un servizio (lo smaltimento dei Rsu) sottoposto a "regolazione pubblica" e da svolgersi *ex lege* in condizioni di "pareggio". In altre parole, proprio l'ascrizione della macro-materia "tutela dell'ambiente" all'esclusiva legislazione statale può *ex se* ostare a che una Regione introduca una normativa che, *de facto*, si frappone fra il destinatario formale dell'incentivo e l'incentivo medesimo, deviando *ex post* quest'ultimo

(*rectius*, i suoi effetti economici) a favore di altro soggetto, nella specie la collettività utente del servizio, sub specie di riduzione della tariffa.

Stante il carattere accentrato che, nel nostro ordinamento, ha il controllo di costituzionalità delle leggi, la Sezione non può che arrestarsi e rimettere la questione alla Corte costituzionale, competente ad individuare il perimetro dell'esclusività della competenza legislativa statale *in subiecta materia*, in particolare chiarendo se l'iscrizione alla regolazione statale della materia de qua copra anche le vicende estranee e successive alla materiale erogazione dell'incentivo e, in particolare, osti a discipline regionali che tale incentivo comunque computino, mutandone de facto il fruitore sostanziale, nella più ampia operazione di quantificazione degli oneri dovuti a soggetti privati operanti nell'ambito di servizi pubblici e tenuti a prestare la propria attività sulla base del principio del mero rimborso dei costi.

Sotto un diverso profilo, la disposizione regionale in parola consente che al gestore di impianti di smaltimento di Rsu non siano rifusi tutti i costi vivi fisicamente sostenuti nello svolgimento dell'attività, bensì una mera percentuale degli stessi, dovendo altresì essere algebricamente considerati, nel complessivo computo del rimborso spettante, anche "gli introiti".

Siffatta limitazione dei costi concretamente rimborsabili, da cui viene, nella specie, sottratta la quota degli incentivi proporzionalmente percepiti in relazione alle operazioni di smaltimento *de quibus*, potrebbe integrare un tributo o, comunque, una surrettizia "prestazione patrimoniale imposta" (cfr. art. 23 Cost.): in assenza di una disposizione statale che stabilisca, in proposito, una corrispondente potestà tributaria regionale (artt. 117 comma 2, lett. e) e 119, comma 2, Cost. - arg. da Corte cost., n. 33 del 2012, § 5 e ss.); in carenza, comunque, di criteri oggettivi tali da integrare la riserva di legge relativa stabilita dall'art. 23 Cost. in relazione agli elementi essenziali della fattispecie impositiva (arg. da Corte cost. n. 83 del 2015, § 5 e ss.; n. 33 del 2012, § 5 e ss.).

Invero, premesso che una limitazione del rimborso dei costi vivi sopportati dal privato nell'esecuzione di attività di interesse pubblicistico ha, sul piano economico, il medesimo effetto di impoverimento patrimoniale conseguente all'imposizione di un versamento, la Sezione ha evidenziato che: le Regioni a statuto ordinario possono istituire tributi solo nelle ipotesi previste dalla legislazione statale (artt. 117, comma 2, lett. e) e 119, comma 2, Cost.). Più in generale, ed a prescindere dalla qualificazione tributaria della vicenda *de qua*, le prestazioni patrimoniali possono essere imposte solo sulla base di una previsione di legge (art. 23 Cost.), che sia rispettosa del più ampio tessuto valoriale stabilito in Costituzione e che, in particolare, rechi una sufficiente individuazione sia dei caratteri della prestazione imposta, sia dei criteri direttivi cui l'Amministrazione debba uniformarsi nella concreta enucleazione della prestazione stessa, al fine di evitare che il potere amministrativo trasmodi in sostanziale arbitrio.

37.2. Principio di prossimità nella localizzazione di impianti di smaltimento dei rifiuti speciali.

La sez. VI, con sentenza 1 luglio 2021, n. 5025 ha affermato che, pur dovendosi escludere una soluzione che preveda il divieto assoluto di trattamento di rifiuti speciali provenienti da altre Regioni, anche per tali rifiuti speciali deve tenersi conto del criterio della prossimità.

Ha ricordato la Sezione che la Corte costituzionale ha affermato che i principi di autosufficienza e prossimità, in diretta attuazione dei quali sono definiti ambiti territoriali ottimali per le tutte le attività connesse alla gestione dei rifiuti, sono cogenti esclusivamente per quanto concerne lo smaltimento ed il recupero dei rifiuti urbani, ma non già per le medesime attività riguardanti i rifiuti speciali, perché per questa tipologia di rifiuti occorre avere riguardo alle relative caratteristiche ed alla conseguente esigenza di specializzazione nelle operazioni di trattamento dello stesso (in questo senso si è espressa la Corte costituzionale, a proposito della legislazione regionale veneta, nella sentenza 4 dicembre 2002, n. 505; si vedano anche le sentenze 19 ottobre 2001, n. 355 e 14 luglio 2000, n. 281).

Nella sentenza 23 gennaio 2009, n. 10, la Corte costituzionale, seppur abbia ribadito l'esclusione della possibilità di imporre un divieto di trattamento dei rifiuti speciali provenienti da altri ambiti territoriali, ha confermato tuttavia che “nella disciplina statale l'utilizzazione dell'impianto di smaltimento più vicino al luogo di produzione dei rifiuti speciali viene a costituire la prima opzione da adottare, ma ne “permette” anche altre”. Ha aggiunto la Sezione che il c.d. criterio di prossimità valga anche per la gestione dei rifiuti speciali e non solo per quelli urbani (cfr. l'art. 182-*bis* e l'art. 199, comma 3, lett. g).

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha ben chiarito che - seppur un divieto di smaltimento dei rifiuti di produzione extraregionale sia applicabile ai rifiuti urbani non pericolosi, mentre il principio dell'autosufficienza locale ed il connesso divieto di smaltimento dei rifiuti di provenienza extraregionale non possa valere né per quelli speciali pericolosi (sentenze n. 12 del 2007, n. 62 del 2005, n. 505 del 2002, n. 281 del 2000), né per quelli speciali non pericolosi (sentenza n. 335 del 2001) - l'utilizzazione dell'impianto di smaltimento più vicino al luogo di produzione dei rifiuti speciali costituisce la prima opzione da adottare (sentenza 23 gennaio 2009, n. 10).

Anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato (11 giugno 2013, n. 3215; 19 febbraio 2013, n. 993) ha precisato che per i rifiuti speciali ha rilievo primario il criterio della specializzazione dell'impianto, in relazione al quale deve essere coordinato il principio di prossimità, con cui si persegue lo scopo di ridurre il più possibile la movimentazione di rifiuti (Cons. Stato 23 marzo 2015, n. 1556).

In conclusione, ad avviso della Sezione, pur dovendosi escludere una soluzione che preveda il divieto assoluto di trattamento di rifiuti speciali provenienti da altre regioni, anche per tali rifiuti speciali deve tenersi conto del criterio della prossimità.

37.3. Ubicazione del centro di raccolta differenziata.

Con sentenza 27 aprile 2021, n. 377 il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana ha giudicato legittima la decisione della Giunta comunale di organizzare la raccolta dei rifiuti nel Comune mediante lo strumento del “centro di raccolta differenziata”, ubicandolo in un’area ricadente all’interno di una “zona F”, zona che comprende le parti di territorio destinate ad ospitare attrezzature, servizi ed impianti di interesse generale, senza che possa valere che la “zona F” sia strutturata in varie sottozone, con destinazioni particolari differenziate e che la sotto-zona prescelta per ubicarvi il “centro di raccolta differenziata” sia destinata ad “attrezzature sportive”, e ciò in quanto il servizio di raccolta dei rifiuti costituisce un servizio pubblico che dev’essere capillarmente erogato sull’intero tessuto del territorio cittadino - nessuna zona esclusa - e che, proprio per questa ragione, necessita di strutture e di impianti che rendano possibile organizzarlo in modo idoneo a realizzare efficientemente l’obiettivo di risposta alla domanda; strutture ed impianti che, pertanto, devono poter essere ubicati ovunque ciò sia richiesto per il miglior funzionamento del servizio.

Ha ricordato il C.g.a. che un “centro per la raccolta differenziata” (altrimenti denominato “isola ecologica”) non è (e non è equiparabile) ad una “discarica”. Le “isole ecologiche” - altrimenti denominate e denominabili “ecopiazze”, “centri di raccolta”, “ecostazioni” o “riciclerie”, disciplinate dal d.m. 8 aprile 2008, come modificato dal d.m. 8 luglio 2009, n. 165 - sono aree cittadine recintate e sorvegliate, dotate di impianti strutturali e di accorgimenti funzionali idonei ad evitare immissioni, inquinamenti e degrado ambientale, attrezzate per la raccolta differenziata dei rifiuti.

Esse, ormai realizzate e funzionanti in molti Comuni italiani, rispondono all’esigenza o comunque alla tendenza, che sempre più si va sviluppando, in conformità agli standard europei, nelle Amministrazioni maggiormente sensibili alle tematiche ambientali: a) di eliminare i “cassonetti” stradali, altamente deturpanti e talvolta forieri di pericoli o di inconvenienti per la salute pubblica, specie nei Comuni nei quali, per ragioni logistiche, lo smaltimento avviene con ritardo e l’accumulo di rifiuti “attorno” ai predetti cassonetti costituisce un’abitudine sociale, talvolta atavica, difficile da neutralizzare; b) di organizzare la raccolta in maniera da far conseguire all’Amministrazione talune economie di scala che spesso si tramutano in vantaggi fiscali per i cittadini (i quali conferendo i loro rifiuti presso il centro di raccolta, cumulati in modo ordinatamente differenziato, ottengono detrazioni sulla Tares).

Trattandosi di un servizio generalizzato e necessario in ogni quartiere - e dunque da organizzare pervasivamente in ogni zona urbana - è fisiologico che la sua ubicazione nel tessuto urbano prescinda, tendenzialmente, dalla destinazione urbanistica delle singole aree. Esattamente come se si trattasse del servizio elettrico, idrico, del gas etc., servizi che devono operare “dovunque” e le cui strutture operative - strumentali al corretto funzionamento del servizio - vengono generalmente ubicate ovunque ciò sia necessario, utile o comunque conveniente.

Ora, nel caso dedotto in giudizio la Giunta municipale: ha deciso - e si è trattato di una scelta di politica ambientale e territoriale, perciò stesso tendenzialmente insindacabile

(salvo che nel caso, non ravvisabile nella fattispecie, in cui fosse viziata da errori di fatto o di calcolo obiettivamente rilevabili); di organizzare la raccolta mediante lo strumento del “centro di raccolta differenziata”; ed ha optato di ubicarlo all’interno di un’area - di sua proprietà - comunque ricadente all’interno di una “zona F”, zona che comprende le parti di territorio destinate ad ospitare attrezzature, servizi ed impianti di interesse generale.

Non varrebbe opporre che lo strumento urbanistico ha suddiviso le “zone F” in varie sotto-zone, con destinazioni particolari differenziate; e che la sotto-zona prescelta per ubicarvi il “centro di raccolta differenziata” risultava e risulta tuttora destinata ad “attrezzature sportive”.

Si è già rilevato, al riguardo che il servizio di raccolta dei rifiuti costituisce un servizio pubblico che dev’essere capillarmente erogato sull’intero tessuto del territorio cittadino - nessuna zona esclusa - e che proprio per questa ragione esso necessita di strutture e di impianti che rendano possibile organizzarlo in modo idoneo a realizzare efficientemente l’obiettivo di risposta alla domanda; strutture ed impianti che, pertanto, devono poter essere ubicati ovunque ciò sia richiesto per il miglior funzionamento del servizio.

D’altro canto il fatto che l’ubicazione di strutture strumentali all’erogazione di pubblici servizi possa prescindere, in caso di motivate ragioni di interesse pubblico, dalla regolamentazione della destinazione urbanistica, costituisce ormai un principio avallato dalla legge.

38. Contributi e finanziamenti.

38.1. Aiuto *de minimis* alle imprese e cumulo con altri aiuti.

La sez. III, con sentenza 7 aprile 2021, n. 2792, ha affermato che ai fini della concessione degli aiuti *de minimis* all’impresa il controllo di verifica dei presupposti deve svolgersi prima di procedere alla concessione del contributo e il mero inserimento della lista dei potenziali beneficiari non configura una concessione del contributo almeno fino all’esito favorevole della verifica del non superamento del limite *de minimis*.

Con ordinanza 31 luglio 2019, n. 5447 la Sezione aveva rimesso alla Corte di Giustizia Ue la questione se le regole in materia di concessione degli aiuti fissate dagli artt. 3 e 6 del Regolamento n. 1407/2013 debbano essere interpretate nel senso che per l’impresa richiedente, che incorra nel superamento del tetto massimo concedibile in virtù del cumulo con pregressi contributi, sia possibile - sino alla effettiva erogazione del contributo richiesto - optare per la riduzione del finanziamento (mediante modifica o variante al progetto) o per la rinuncia (totale o parziale) a pregressi contributi, eventualmente già percepiti, al fine di rientrare nel limite massimo erogabile; e se le stesse disposizioni debbano essere interpretate nel senso che le diverse prospettate opzioni (variante o rinuncia) valgono anche se non previste espressamente dalla normativa nazionale e/o dall’avviso pubblico relativo alla concessione dell’aiuto.

Ha affermato la Sezione che al fine del decidere occorre fare riferimento all’interpretazione data agli artt. 3 e 6 del Regolamento Ue 1047/2013 dalla Corte di Giustizia, con la sentenza pubblicata il 28 ottobre 2020.

In particolare, dall'interpretazione data al disposto dell'art. 3, paragrafo 7, si evince che il momento nel quale occorre valutare se il cumulo con altri aiuti superi il massimale "de minimis" è quello della concessione, mentre, dalla formulazione dell'art. 3 paragrafo 4 risulta, altresì, che gli aiuti de minimis sono considerati "concessi nel momento in cui all'impresa è accordato, a norma del regime giuridico nazionale applicabile, il diritto di ricevere gli aiuti, indipendentemente dalla data di erogazione degli aiuti de minimis all'impresa". Il momento in cui l'aiuto viene effettivamente concesso creando in capo all'impresa il diritto a riceverlo, che segna anche il limite entro cui il medesimo può essere eventualmente ridotto, deve essere quindi definito dal giudice a quo alla stregua della vigente disciplina nazionale e del bando nazionale di riferimento, che a propria volta devono essere però interpretati in senso conforme alla luce della specifica disciplina euro-unitaria di riferimento.

In particolare, prima di concedere l'aiuto lo Stato, secondo il testo italiano del Regolamento "richiede una dichiarazione all'impresa interessata (...) relativa a qualsiasi altro aiuto "de minimis" ricevuto (...) durante i due esercizi finanziari precedenti e l'esercizio finanziario in corso", ma, secondo tutte le versioni linguistiche diverse dalla versione italiana lo Stato "concede nuovi aiuti "de minimis" (...) soltanto dopo aver accertato che essi non facciano salire l'importo complessivo degli aiuti "de minimis" concessi all'impresa interessata a un livello superiore al massimale». Secondo l'espressa pronuncia della Corte di Giustizia, "risulta quindi chiaramente da tali disposizioni che il controllo esercitato dagli Stati membri affinché siano rispettate le norme in materia di cumulo deve avvenire prima di concedere l'aiuto".

Il dato letterale della norma euro-unitaria di riferimento è, quindi, ritenuto chiaro nel sancire che il controllo di verifica dei presupposti deve svolgersi prima di procedere alla concessione del contributo. Ne discende che, nella specie, l'offerta di riduzione del contributo, essendo intervenuta prima della verifica da parte dell'Amministrazione circa il non complessivo superamento dell'importo *de minimis*, è stata effettuata prima della concessione del contributo, conseguendone l'erroneità, e quindi l'illegittimità, del diniego in quanto motivato dall'impossibilità di rinunciare parzialmente a un contributo già erogato, posto che il mero inserimento della lista dei potenziali beneficiari non poteva configurare, secondo l'ordinamento unionale come interpretato dalla Corte di Giustizia, una concessione del contributo almeno fino all'esito favorevole della verifica del non superamento del limite *de minimis*.

La Sezione ha aggiunto che qualora una impresa faccia legittimamente domanda di un aiuto *de minimis* che, a causa dell'esistenza di aiuti precedenti, porterebbe l'importo complessivo degli aiuti concessi a superare il massimale previsto, l'amministrazione concedente deve consentirle di optare, fino alla definitiva concessione di tale aiuto, per la riduzione del finanziamento richiesto o per la rinuncia, totale o parziale, a precedenti aiuti già percepiti, al fine di non superare tale massimale.

Ha chiarito che nessuna disposizione volta ad imporre agli Stati membri di consentire alle imprese di ridurre l'entità del finanziamento richiesto al fine di rientrare nel *de mini-*

mis, dovendo gli Stati membri attenersi al principio di cooperazione di cui all'art. 4, paragrafo 3, TUE e, quindi, agevolare il rispetto delle norme applicabili agli aiuti di Stato "istituendo modalità di controllo tali da garantire che l'importo complessivo degli aiuti de minimis concessi a un'impresa unica secondo la norma *de minimis* non superi il massimale complessivo ammissibile". Ne discende che, una volta garantito il non superamento del massimale complessivo ammissibile, la procedura di concessione degli aiuti rimane disciplinata dalla normativa nazionale, così come disposto dall'art. 3, paragrafo 4, del Regolamento n. 1047 del 2013.

38.2. Revoca di agevolazioni finanziarie per l'assenza originaria dei presupposti.

Con sentenza 21 ottobre 2021, n. 7064 la sez. VI ha affermato che la revoca del contributo, per l'assenza originaria dei presupposti giustificativi già positivamente valutati dall'Amministrazione, non possa essere equiparata alla revoca del contributo per l'inadempienza del programma di investimenti ovvero per altri fatti sopravvenuti all'ammissione al finanziamento.

Al fine di ricostruire la natura giuridica del pubblico potere esercitato dall'Amministrazione procedente, giova distinguere a seconda che la revoca del contributo sia disposta per la carenza originaria o sopravvenuta di un requisito di ammissione al contributo.

Nella prima ipotesi, emerge un'invalidità del provvedimento concessorio - da scrutinare alla stregua dello stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua adozione -, tenuto conto che il contributo non avrebbe potuto essere concesso in assenza di un suo requisito di ammissibilità: in tali casi, l'Amministrazione è abilitata a riesaminare la propria pregressa determinazione - di ammissione dell'operatore economico al finanziamento pubblico - nell'esercizio di un potere di autotutela, in relazione al quale, come correttamente rilevato dal Tar, sussiste la cognizione del giudice amministrativo (Cass. civ., sez. un., ordinanza, 30 luglio 2020, n. 16457).

Nella seconda ipotesi, la carenza sopravvenuta del requisito, invece, non influisce sul regime di validità dell'atto concessorio, ma sulla conservazione del bene della vita anticipatamente concesso dall'Amministrazione procedente: una tale carenza, di regola, si traduce nella violazione di un obbligo assunto sul beneficiario, da ottemperare per la conservazione dell'agevolazione economica, suscettibile di accertamento da parte dell'Amministrazione procedente mediante l'esercizio di un potere vincolato, funzionale allo scioglimento di un rapporto amministrativo già costituito.

Non potrebbe diversamente argomentarsi, rilevando che in materia di patti territoriali l'ammissione al contributo avviene soltanto in via provvisoria, occorrendo un'ulteriore attività di accertamento in sede amministrativa ai fini della concessione in via definitiva delle relative agevolazioni economiche.

La distinzione tra concessione in via provvisoria e in via definitiva non esclude, infatti, la natura provvedimentale del (primo) atto di ammissione al contributo, essendosi comunque in presenza di una manifestazione di volontà dispositiva dell'organo procedente, produttiva di effetti costitutivi di un rapporto amministrativo con la parte privata, in tale modo ammessa alla pubblica contribuzione.

La provvisorietà dell'elargizione economica, in particolare, non consente di negare la valenza provvedimentale dell'atto di ammissione al contributo, bensì evidenzia la precarietà della posizione giuridica della parte privata, la quale, al fine di conservare l'utilità provvisoriamente concessa, è tenuta ad adempiere obblighi e doveri imposti dall'Amministrazione procedente, la cui osservanza deve essere verificata nell'ambito di un successivo controllo amministrativo *ex artt.* 8 e 9, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 123, nonché 12, comma 3, d.m. 31 luglio 2000, n. 320.

Per l'effetto, la mera concessione provvisoria di un contributo economico non può fondare un affidamento legittimo della parte privata sulla conservazione dell'utilità ricevuta, a prescindere dal futuro svolgimento del rapporto amministrativo, occorrendo a tali fini che l'operatore economico rispetti il programma di investimenti approvato dall'Amministrazione, sottoponendosi al successivo controllo amministrativo ai fini della determinazione (nell'*an* e nel *quantum*) del contributo allo stesso spettante in via definitiva.

La natura provvisoria del contributo, invece, non può impedire la configurazione in capo al beneficiario di un legittimo affidamento in ordine (anziché alla conservazione del contributo) alla sussistenza dei requisiti originari di ammissibilità al contributo già positivamente valutati dall'Amministrazione procedente.

In tali ipotesi, non si fa questione di fatti o atti futuri ancora da verificare, ma si discorre di presupposti già esaminati in sede amministrativa ai fini dell'adozione di un provvedimento con cui l'organo procedente, spendendo un pubblico potere, decide di ammettere il progetto di investimenti alla pubblica contribuzione.

Al pari di ogni altro atto provvedimentale, tale decisione può essere riesaminata dall'Amministrazione al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990, tendenti a tutelare il legittimo affidamento comunque ingenerato nella parte beneficiata dall'esercizio del pubblico potere.

In definitiva, l'istante, se non può ritenersi titolare di un legittimo affidamento alla conservazione dell'utilità economica provvisoriamente concessa - che potrà sorgere soltanto all'esito del completamento della fattispecie (a formazione progressiva) concessoria, con l'adozione del provvedimento di concessione in via definitiva del contributo, una volta verificato il corretto adempimento del programma di investimenti -, deve ritenersi titolare di un legittimo affidamento sulla sussistenza dei presupposti (originari) di ammissione al contributo, che danno titolo al finanziamento del progetto di investimenti, facendosi questione di elementi già valutati positivamente dall'Amministrazione procedente.

Alla stregua delle considerazioni svolte, deve ritenersi che la revoca del contributo, per l'assenza originaria dei presupposti giustificativi già positivamente valutati dall'Amministrazione, non possa essere equiparata alla revoca del contributo per l'inadempimento del programma di investimenti ovvero per altri fatti sopravvenuti all'ammissione al finanziamento.

Nel primo caso l'Amministrazione riesamina una propria decisione, negando l'integrazione di un presupposto già positivamente valutato con una previa decisione provvedi-

mentale; nel secondo caso, l'Amministrazione accerta – con azione vincolata – un inadempimento del beneficiario o, comunque, la mancata verifica delle condizioni (non esistenti al momento dell'ammissione alla pubblica contribuzione) cui era subordinata l'erogazione del contributo in via definitiva.

Soltanto nel primo caso si pone l'esigenza di tutelare l'affidamento dell'istante da un eventuale riesame di una decisione amministrativa previamente adottata; nel secondo caso, invece, non essendo il contributo negato per effetto di un riesame amministrativo, ma in ragione della mancata verifica di quelle condizioni che l'istante ben sapeva essere essenziali per la concessione in via definitiva del contributo, non potrebbe configurarsi alcun legittimo affidamento alla conservazione di un'agevolazione ancora provvisoria.

Qualora la revoca del contributo configuri un provvedimento di autotutela, implicando il riesame di una precedente decisione amministrativa sui presupposti (originari) di ammissione alle pubbliche agevolazioni, l'intervento di secondo grado si traduce in un annullamento d'ufficio di un precedente provvedimento, dovendo, pertanto, soddisfare le condizioni di cui all'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990.

38.3. Revoca dei finanziamenti per progetti di ricerca.

La sez. V, con sentenza 22 febbraio 2021, n. 1545 ha giudicato illegittime le revoche del finanziamento, disposte nel 2015 dalla Regione Veneto, di circa 10 milioni di euro che del 2004 in poi la Regione stessa aveva attribuito al Consorzio Civen (il Coordinamento interuniversitario Veneto per le nanotecnologie) tra le Università di Padova, di Verona, Ca' Foscari Venezia e IUAV di Venezia per progetti di ricerca e formazione nel Distretto Veneto delle Nanotecnologie, essendo le violazioni degli obblighi derivanti dalla convenzione di finanziamento non così gravi da giustificare detta misura.

Ha chiarito la Sezione che è vero che il Civen ha violato diversi obblighi che gli derivavano dalla convenzione di finanziamento, a partire dai tempi di rendicontazione, però, per quanto censurabili e se del caso fonte di responsabilità in sede propria, queste violazioni nel loro complesso non sono di proporzione tale da giustificare la revoca di un finanziamento di tanta importanza e interesse pubblico per la ricerca e l'economia venete.

Ha ricordato la Sezione che l'art. 13 della Convenzione attribuiva alla Regione la facoltà di disporre penalità fino alla revoca parziale o totale del contributo, da graduare in relazione alla gravità delle irregolarità riscontrate. La revoca non era, quindi, automatica; ma richiedeva una ponderata valutazione dell'amministrazione regionale, che avrebbe potuto anche determinarsi nel disporre una mera penalità, o una revoca parziale, o in ultima ipotesi nessuna conseguenza, in relazione alla tipologia, al livello e alla qualità degli inadempimenti riscontrati.

Ciò risponde, del resto, ai cennati principi generali in tema di inadempimento contrattuale che ricevono di certo applicazione nel caso di specie. Invero, in seguito alla stipula della Convenzione relativa alla regolamentazione della realizzazione dei progetti di ri-

cerca e formazione nell'ambito del primo distretto tecnologico italiano sulle nanotecnologie applicate ai materiali, le parti hanno assunto l'attuazione del perseguimento di uno scopo comune in posizione di reciproca parità, funzionale allo sviluppo economico regionale per quanto concerne in particolare ricerca e formazione, in vista degli investimenti, che vanno a riguardare in primis l'economia regionale, nel settore delle nanotecnologie (cfr. art. 7 della convenzione).

Dalla configurazione che sopra qui si è descritta, consegue che solo un motivato e proporzionato apprezzamento, da parte dell'amministrazione regionale dei fatti di inadempimento rilevati rispetto agli obiettivi comuni prefissati può essere tale da conferire un, adeguato e ragionevole, giusto titolo alla grave misura della revoca totale del contributo, come in genere è principio per ogni recesso della pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. II, 14 marzo 2020, n. 1837): il che postula dunque un'attenta e globale ponderazione da parte dell'amministrazione regionale.

Invero, qui ci si trova di fronte all'impugnazione di una revoca di un finanziamento regionale che riflette l'apprezzamento regionale del venir meno delle altre parti della convenzione che accede al finanziamento a obblighi a quella funzionali: obblighi peraltro nascenti dal fatto stesso della concessione del finanziamento.

Sicché è fatale che, per valutare la ragionevolezza – e dunque la legittimità - dell'impugnata revoca, si faccia riferimento alla rilevanza delle mancanze rispetto a quanto nascente dal finanziamento e dalla stessa convenzione e, con riguardo all'intero rapporto, al principio di proporzionalità: principio generale dell'ordinamento, valevole sia per i rapporti amministrativi che per quelli convenzionali e che nei profili pattizi si esprime all'art. 1455 (Importanza dell'inadempimento) cod. civ.; per il quale principio il contratto (e, analogamente, ogni rapporto a disciplina convenzionale) non può essere risolto se l'inadempimento ha scarsa importanza in relazione all'interesse dell'altra parte. Si tratta di un principio che è a sua volta riflesso della regola generale della buona fede.

Il venir meno per revoca di un tale rapporto amministrativo (da prendere in considerazione in relazione ai prefissati obiettivi comuni di indirizzo regionale e universitario: dal che la pregnante sua dimensione pubblicistica) si potrebbe giustificare, infatti, solo se, a causa dei concreti fatti rilevati, il programma sia stato posto in condizione di non poter più, oggettivamente, assicurare il soddisfacimento degli interessi comuni, di natura pubblica specialmente per la Regione erogante. In un tal caso infatti si disarticola irreparabilmente l'equilibrio stabilito tra risorse regionali messe a disposizione comune degli enti di ricerca, la loro attività comune di ricerca e formazione e gli obiettivi generali di politica industriale regionale, in vista dei quali il finanziamento fu a suo tempo figurato e concesso a enti di ricerca sì localizzati in Veneto, ma di primo rango nazionale; e in ragione di che le prestazioni dovute sono state collegate da una naturale interdipendenza funzionale.

Un tale rapporto, secondo l'indirizzo dominante, va apprezzato in chiave oggettiva, cioè in modo funzionale alle prestazioni regolate con la convenzione (e non soggettiva, con riferimento alla mera volontà delle parti): ma sempre, e soprattutto, in ragione degli obiettivi di interesse pubblico che avevano giustificato la sua erogazione.

39. Imposte e tasse.

39.1. Soggetto tenuto al versamento Cosap in caso di concessione del suolo comunale per le infrastrutture di telecomunicazione.

La sez. II, con sentenza 12 aprile 2021, n. 2976 ha affermato che l'art. 63, d.lgs. n. 446 del 1997 indicava - diversamente dall'attuale art. 1, comma 848, della legge "di bilancio" 30 dicembre 2020, n. 178 - quale unico soggetto tenuto al versamento Cosap l'operatore titolare della concessione del suolo comunale per le infrastrutture di telecomunicazione ed occupante il suolo con la propria infrastruttura e non i soggetti ospitati, nei cui confronti gli accordi con il titolare della concessione ben potevano tenere indenne quest'ultimo per la parte d'infrastruttura da essi utilizzata.

Ha chiarito la Sezione che la tesi della unicità, nel vigore della suddetta normativa, del soggetto tenuto al Cosap non confligge col principio e con il processo di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni, poiché le relative criticità ai fini della liberalizzazione apparivano adeguatamente superabili dagli accordi economici fra il concessionario e l'operatore da esso ospitato, accordi che appaiono di minor impatto rispetto alla criticità amministrativa derivante, in assenza di specifica disciplina, da un incremento, per il medesimo suolo concesso all'originario operatore, di ulteriori concessioni a scomputo della concessione originaria.

Ha ancora chiarito la Sezione che la pregressa Circolare del Ministero delle finanze n. 1/D.F. del 20 gennaio 2009 (recante "Chiarimenti in ordine all'applicazione della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (Tosap) e del canone (Cosap) per le occupazioni effettuate con cavi, condutture e impianti da aziende di erogazione di pubblici servizi") aveva natura non vincolante ma interpretativa e di chiarimento per i Comuni, diretti destinatari della norma istitutiva del Cosap e della relativa potestà di normazione regolamentare. E la circostanza che l'art. 1, comma 848, della legge "di bilancio" 30 dicembre 2020, n. 178 abbia ridisciplinato la materia prevedendo tra l'altro "... il canone è dovuto dal soggetto titolare dell'atto di concessione dell'occupazione del suolo pubblico e dai soggetti che occupano il suolo pubblico, anche in via mediata, attraverso l'utilizzo materiale delle infrastrutture del soggetto titolare della concessione sulla base del numero delle rispettive utenze ..", non incide sulle situazioni pregresse, essendo normazione successiva.

39.2. Effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 sulla *Robin Hood Tax*.

La sez. VI, con sentenza 23 febbraio 2021, n. 1602 ha affermato che effetti dal giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (avvenuta il giorno stesso del deposito in Cancelleria, e cioè in data 11 febbraio 2015), e dunque a partire dal periodo d'imposta in corso alla data del 12 febbraio 2015, la sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 81, commi 16, 17 e 18, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 6 agosto 2008 n. 133 (che ha imposto un prelievo fiscale ulteriore, nell'ambito dell'imposta sul reddito delle società - Ires, qualificato come addizionale, c.d. "*Robin Hood Tax*",

pari al 5,5% da applicarsi ad alcuni operatori del settore della commercializzazione di petroli e gas che avessero registrato ricavi superiori a 25 milioni di euro nel periodo d'imposta precedente) per contrasto con gli artt. 3 e 53 Cost. per vizio di irragionevolezza, in relazione all'incongruità dei mezzi approntati dal legislatore rispetto allo scopo, in sé e per sé legittimo, perseguito di applicare un regime fiscale differenziato ad un mercato, quale è quello dei prodotti petroliferi, molto meno esposto a subire i pregiudizi della crisi; pertanto, diversamente da quello che accade ordinariamente a seguito di una pronuncia d'incostituzionalità, la cessazione di efficacia della disposizione fiscale ha operato *ex nunc*, continuando perciò il tributo ad applicarsi se “sorto in relazione a presupposti avvenuti durante il suo vigore”.

Ha ricordato la Sezione che con la sentenza n. 10 del 2015 la Corte costituzionale – chiamata a pronunciarsi in ordine all'illegittimità costituzionale dell'art. 81, commi 16, 17 e 18, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 6 agosto 2008 n. 133, in relazione a svariati parametri – ha valutato come infondate le questioni sollevate in relazione agli artt. 77, secondo comma, e 23 Cost., incentrate, rispettivamente, sull'illegittimo utilizzo del decreto-legge in assenza dei motivi di necessità e urgenza e sulla riserva di legge in materia di prestazioni patrimoniali imposte, pervenendo invece al giudizio d'incostituzionalità della normativa impugnata per contrasto con gli artt. 3 e 53 Cost.; le ragioni dell'incostituzionalità sono state individuate in un “vizio di irragionevolezza”, in relazione all’“incongruità dei mezzi approntati dal legislatore rispetto allo scopo, in sé e per sé legittimo, perseguito”.

Il fine era quello di applicare un regime fiscale differenziato ad un mercato, quale è quello dei prodotti petroliferi, molto meno esposto a subire i pregiudizi della crisi per varie ragioni, sia per le caratteristiche strutturali del mercato (in ragione del suo carattere oligopolistico e della natura inelastica della domanda), sia perché tra il 2007 e il 2008 gli operatori della filiera avevano registrato profitti record, grazie al rapidissimo aumento del prezzo del greggio.

Senonché, secondo la Corte, tale giustificazione del prelievo aggiuntivo – colpire i “sovraprofiti” conseguiti da una particolare categoria di soggetti in una particolare congiuntura economica – avrebbe dovuto tradursi nella previsione di un'imposta la cui struttura fosse coerente con quell'intento.

Sintomi della non congruenza del mezzo rispetto allo scopo sono stati invece individuati: nella base imponibile, costituita dall'intero reddito anziché dai soli “sovraprofiti”; nella durata permanente, anziché contingente, dell'addizionale, “che non appare in alcun modo circoscritta a uno o più periodi di imposta, né risulta ancorata al permanere della situazione congiunturale, che tuttavia è addotta come sua ragione”; nell'inidoneità a conseguire le dichiarate finalità solidaristiche e redistributive derivante dall’“obiettiva difficoltà di isolare [...] la parte di prezzo praticato dovuta a traslazioni dell'imposta” (testimoniata dalle affermazioni della stessa Autorità garante in sede di Relazione al Parlamento) e quindi di sanzionare coloro che avessero scaricato l'onere impositivo sul prezzo al consumo.

In ragione delle conseguenze pratiche dell'accoglimento della questione, la Corte ha tuttavia deciso di limitare nel tempo gli effetti della sua pronuncia di accoglimento. Secondo il giudice delle leggi, il ruolo affidatogli «come custode della Costituzione nella sua integralità impone di evitare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge determini, paradossalmente, “effetti ancor più incompatibili con la Costituzione” (sentenza n. 13 del 2004) di quelli che hanno indotto a censurare la disciplina legislativa. Per evitare che ciò accada, è compito della Corte modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l'affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro».

Su queste basi, la Corte ha aggiunto che, nel caso di specie, “applicazione retroattiva della presente declaratoria di illegittimità costituzionale determinerebbe anzitutto una grave violazione dell'equilibrio di bilancio ai sensi dell'art. 81 Cost.” e che “l'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 81, commi 16, 17 e 18, d.l. n. 112 del 2008, e successive modificazioni, determinerebbe, infatti, uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime”. La rimozione retroattiva della normativa impugnata ingenererebbe inoltre una “irragionevole redistribuzione della ricchezza a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole” con un conseguente “irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost.” e un “indebito vantaggio che alcuni operatori economici del settore”, pregiudizievole degli artt. 3 e 53 Cost..

Conclusivamente, dopo aver fatto cenno alla comparazione con alcune Corti costituzionali europee per le quali il contenimento degli effetti retroattivi delle sentenze di accoglimento costituisce «prassi diffusa», la Corte ha ritenuto «costituzionalmente necessaria» disporre la decorrenza degli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale (avvenuta il giorno stesso del deposito in Cancelleria, e cioè in data 11 febbraio 2015).

La pronuncia della Corte costituzionale in commento non si configura nei termini di un'incostituzionalità “sopravvenuta” (la quale, a rigore, si verifica quando una determinata disciplina, conforme al dettato costituzionale al momento della sua entrata in vigore, è divenuta incostituzionale solo successivamente, a seguito del sopraggiungere di avvenimenti posteriori), bensì limita l'efficacia retroattiva della incostituzionalità realizzatasi ab origine, attraverso un bilanciamento tra valori o principi costituzionali, nella considerazione che la dichiarazione di incostituzionalità di una legge, nel tutelare e garantire certi valori, produrrebbe contemporaneamente effetti negativi rispetto ad altri valori, anch'essi meritevoli di tutela a livello costituzionale.

Si tratta, in definitiva, di una sentenza manipolativa in senso “diacronico” che differisce l’efficacia della propria pronuncia al fine di realizzare il minore sacrificio possibile per i differenti valori in giuoco.

Si prospetta davanti ai giudici comuni una divaricazione tra applicazione della norma ed applicazione della sentenza. Rispetto alle disposizioni che stabiliscono che la norma dichiarata incostituzionale non può trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza sulla Gazzetta ufficiale (in base all’art. 136 Cost., quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una legge “la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”; l’art. 30, comma 3, l. n. 87 del 1953 precisa che “le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”), la Corte costituzionale ha introdotto una deroga che limita la normale “retroattività” della pronuncia di incostituzionalità sulla base di un’operazione di bilanciamento tra differenti valori, tendente ad evitare l’eccessivo sacrificio di uno tra questi e la creazione di una situazione di maggiore incostituzionalità.

Il risultato di richiedere che la norma dichiarata incostituzionale venga cionondimeno ancora applicata nei giudizi pendenti, non appare al Collegio foriera di una violazione dell’art. 101, secondo comma, della Costituzione per il quale “i giudici sono soggetti soltanto alla legge”, in quanto l’obbligo di soggezione alla legge cessa soltanto di fronte a una legge “dichiarata” (anche nel tempo) incostituzionale dal giudice delle leggi.

Né può dirsi che il rispetto della motivazione della sentenza n. 10 del 2015 si ponga in contrasto con il principio costituzionale enunciato dall’art. 24 Cost., che riconosce il diritto d’azione, frustrato dall’eventuale applicazione di una norma riconosciuta come incostituzionale, dal momento che tale esito è il frutto di un bilanciamento tra principi costituzionali e regole processuali, giustificato dall’impellente necessità di tutelare valori costituzionali i quali, altrimenti, sarebbero risultati compromessi da una decisione di mero accoglimento, e dalla circostanza che la compressione degli effetti retroattivi è stata limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco.

39.3. Regime fiscale delle locazioni brevi.

La sez. sez. IV, con ordinanza 26 gennaio 2021, n. 777 ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue le questioni su: 1) quale sia l’esegesi delle espressioni “regola tecnica” dei servizi della società dell’informazione e “regola relativa ai servizi” della società dell’informazione, di cui alla direttiva 2015/1535/UE, e, in particolare, se tali espressioni debbano interpretarsi come comprensive anche di misure di carattere tributario non direttamente volte a regolamentare lo specifico servizio della società dell’informazione, ma comunque tali da conformarne il concreto esercizio all’interno dello Stato membro, in particolare gravando tutti i prestatori di servizi di intermediazione immobiliare - ivi inclusi, dunque, gli operatori non stabiliti che prestino i propri servizi online - di obblighi ancillari e strumentali all’efficace riscossione delle imposte dovute dai locatori, quali: a) la raccolta e la successiva comunicazione alle Autorità fiscali dello Stato membro dei dati relativi ai

contratti di locazione breve stipulati a seguito dell'attività dell'intermediario; b) la ritenuta della quota-parte dovuta al Fisco delle somme versate dai conduttori ai locatori ed il conseguente versamento all'Erario di tali somme"; 2) a) se il principio di libera prestazione di servizi di cui all'art. 56 Tfeue, nonché, ove ritenuti applicabili nella materia di specie, gli analoghi principi desumibili dalle direttive 2006/123/CE e 2000/31/CE, ostino ad una misura nazionale che preveda, a carico degli intermediari immobiliari attivi in Italia - ivi inclusi, dunque, gli operatori non stabiliti che prestino i propri servizi online - obblighi di raccolta dei dati inerenti ai contratti di locazione breve conclusi loro tramite e successiva comunicazione all'Amministrazione finanziaria, per le finalità relative alla riscossione delle imposte dirette dovute dai fruitori del servizio; b) se il principio di libera prestazione di servizi di cui all'art. 56 Tfeue, nonché, ove ritenuti applicabili nella materia di specie, gli analoghi principi desumibili dalle direttive 2006/123/CE e 2000/31/CE, ostino ad una misura nazionale che preveda, a carico degli intermediari immobiliari attivi in Italia - ivi inclusi, dunque, gli operatori non stabiliti che prestino i propri servizi online - che intervengano nella fase del pagamento dei contratti di locazione breve stipulati loro tramite, l'obbligo di operare, per le finalità relative alla riscossione delle imposte dirette dovute dai fruitori del servizio, una ritenuta su tali pagamenti con successivo versamento all'Erario; c) in caso di risposta positiva ai quesiti che precedono, se il principio di libera prestazione di servizi di cui all'art. 56 Tfeue, nonché, ove ritenuti applicabili nella materia di specie, gli analoghi principi desumibili dalle direttive 2006/123/CE e 2000/31/CE, possano comunque essere limitati in maniera conforme al diritto unionale da misure nazionali quali quelle descritte *supra*, *sub* 2a) e 2b), in considerazione dell'inefficacia altrimenti del prelievo fiscale relativo alle imposte dirette dovute dai fruitori del servizio; d) se il principio di libera prestazione di servizi di cui all'art. 56 TFEU, nonché, ove ritenuti applicabili nella materia di specie, gli analoghi principi desumibili dalle direttive 2006/123/CE e 2000/31/CE, possano essere limitati in maniera conforme al diritto unionale da una misura nazionale che imponga, a carico degli intermediari immobiliari non stabiliti in Italia, l'obbligo di nominare un rappresentante fiscale tenuto ad adempiere, in nome e per conto dell'intermediario non stabilito, alle misure nazionali descritte *supra*, *sub* 2b), stante l'inefficacia altrimenti del prelievo fiscale relativo alle imposte dirette dovute dai fruitori del servizio"

La prima questione che la Sezione ha sottoposto alla Corte di Giustizia Ue è relativa al significato da ascrivere all'espressione "regola tecnica" di cui all'art. 1, comma 1, lett. f), della direttiva 2015/1535/Ue.

Tale disposizione, in particolare, stabilisce che per "regola tecnica" si intende "una specificazione tecnica o altro requisito o una regola relativa ai servizi, comprese le disposizioni amministrative che ad esse si applicano, la cui osservanza è obbligatoria, *de jure* o *de facto*, per la commercializzazione, la prestazione di servizi, lo stabilimento di un fornitore di servizi o l'utilizzo degli stessi in uno Stato membro o in una parte importante di esso ...".

A sua volta, l'espressione "regola relativa ai servizi" deve essere intesa, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. e) della direttiva, come "un requisito di natura generale relativo all'accesso alle attività di servizio di cui alla lettera b) [ossia "qualsiasi servizio della società dell'informazione"] e al loro esercizio, in particolare le disposizioni relative al prestatore di servizi, ai servizi e al destinatario di servizi, ad esclusione delle regole che non riguardino specificamente i servizi ivi definiti".

Ai fini di tale definizione, inoltre, la direttiva specifica che, da un lato, "una regola si considera riguardante specificamente i servizi della società dell'informazione quando, alla luce della sua motivazione e del testo del relativo dispositivo, essa si pone come finalità e obiettivo specifici, nel suo insieme o in alcune disposizioni puntuali, di disciplinare in modo esplicito e mirato tali servizi"; dall'altro, "una regola non si considera riguardante specificamente i servizi della società dell'informazione se essa riguarda tali servizi solo in modo implicito o incidentale".

Non è in discussione la riconducibilità dell'attività prestata dalle società appellanti al *genus* "servizio della società dell'informazione", come definito all'art. 1, comma 1, lettera b), della direttiva in esame.

Ha precisato la Sezione che l'attività prestata dalla parte appellante appartiene al *genus* "servizio della società dell'informazione", come definito all'art. 1, comma 1, lettera b), della direttiva, dal momento che si svolge "a distanza", ossia senza la "presenza simultanea delle parti"; è prestata "per via elettronica", ossia "inviata all'origine e ricevuta a destinazione mediante attrezzature elettroniche di trattamento"; consegue alla "richiesta individuale di un destinatario di servizi".

La Sezione ha aggiunto che a suo avviso le misure nazionali in esame non siano sussumibili nella nozione euro-unitaria di "regola tecnica" dei servizi della società dell'informazione.

Tali misure attengono non ad un servizio della società dell'informazione come tale (ossia specificamente considerato), ma al servizio di intermediazione immobiliare, sia esso svolto online od offline, sia esso curato da soggetti residenti, stabiliti ovvero privi di stabile organizzazione.

Le misure in esame mirano a disciplinare l'esercizio dell'attività di intermediazione immobiliare tesa alla conclusione di contratti di locazione breve, indipendentemente dalle modalità con cui siffatta attività è in concreto svolta.

Anzi, a ben vedere, l'art. 4, d.l. n. 50 del 2017, come modificato ed integrato dalla l. n. 96 del 2017, ha come fine primario, come autentica *ratio legis*, il recupero a tassazione dei redditi da locazione breve (ossia inferiore a trenta giorni), mediante, tra l'altro, l'estensione a tali fattispecie di locazione del regime fiscale sostitutivo (la cosiddetta "cedolare secca") fino ad allora previsto per le sole locazioni di durata superiore.

L'applicazione di tale regime sostitutivo, conseguente ad una libera scelta del singolo contribuente, consente di sottoporre il reddito da locazione ad un prelievo fiscale basato su un'aliquota fissa (pari, nella specie, al 21%), anziché all'aliquota fiscale prevista per lo specifico "scaglione" in cui si colloca il complessivo reddito del locatore (solitamente ben superiore al 21%).

Da queste argomentazioni consegue che le misure nazionali in commento non sono volte a disciplinare specificamente il servizio di intermediazione immobiliare effettuato online e, dunque, non configurano una “regola tecnica” ai sensi e per gli effetti della direttiva 2015/1535/UE. Tali misure, altrimenti detto, non nascono entro un orizzonte esclusivamente “telematico” né, comunque, hanno una dimensione normativa circoscritta alla disciplina dei soli servizi della società dell’informazione; al contrario, tali misure pertengono all’economia “fisica”, in quanto strumentali a garantire l’efficacia della riscossione delle imposte sul reddito da locazioni brevi mediante, tra l’altro, l’imposizione di obblighi in capo agli intermediari immobiliari, quale che ne sia la metodologia operativa (*online* od *offline*) ed il rapporto con il territorio nazionale (soggetti residenti, stabiliti o privi di stabile organizzazione).

Difetta, dunque, il requisito della specificità, espressamente richiesto dal diritto unionale perché si possa configurare una “regola tecnica”, *sub specie* di “regola relativa ai servizi” (cfr., da ultimo, la sentenza C-62/19, punti 62 e seguenti). Del resto, nell’ambito del diritto unionale la nozione di “regola tecnica” pertiene al settore dei servizi della società dell’informazione e, come nozione appunto settoriale, non è strutturalmente suscettibile di interpretazione estensiva oltre i confini della materia (cfr. le conclusioni dell’Avvocato Generale nella causa C-320/16, punto 31; si veda anche la sentenza C-255/16, punto 30), tanto più ove si pretenda di applicarla a disposizioni di carattere tributario (sentenza C-98/14, punti 93-100).

La seconda questione che la Sezione ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue è relativa all’idoneità dell’art. 4, commi 4, 5 e 5-*bis*, d.l. n. 50 del 2017, come modificato ed integrato dalla l. n. 96 del 2017, a determinare una restrizione, tra l’altro, del principio di libera prestazione di servizi (art. 56, primo paragrafo, TFUE); *in secundis*, alla sussistenza di ragioni che giustificano, nell’ottica dello stesso diritto unionale, siffatta eventuale restrizione, ove ritenuta esistente (si richiamano, in particolare, le direttive 2006/123/CE e 2000/31/CE).

Secondo le appellanti, gli obblighi di raccolta e di comunicazione di dati, nonché soprattutto di effettuazione di ritenuta alla fonte con conseguente versamento all’Erario, restringerebbero la libera prestazione di servizi nel settore dell’intermediazione immobiliare online con intervento nella fase del pagamento, dal momento che discriminerebbero tale specifico modello di business, appesantendolo oltremodo dal punto di vista degli oneri amministrativo-gestionali e determinando, dunque, un significativo svantaggio competitivo rispetto sia agli intermediari che non intervengono nella fase del pagamento, sia alle strutture ricettive che offrono servizi analoghi (alberghi e b&b).

Del resto, in base all’art. 56 Tfeue l’operatore non stabilito dovrebbe, di regola, essere sottoposto alla sola legislazione dello Stato di stabilimento.

Di converso, le misure in parola non sarebbero “giustificabili” richiamando la direttiva 2000/31/CE, giacché “l’effettività della normativa e del prelievo fiscale – la sola giustificazione invocata in specie dalle autorità italiane – non rientra fra le giustificazioni eleggibili ai sensi della norma, e non è pertanto invocabile nella specie”.

Oltretutto, si aggiunge, “le autorità nazionali non hanno neanche tentato di dimostrare per quale motivo in Italia (e solo in Italia) obblighi di questo tipo siano necessari per il corretto funzionamento del sistema fiscale nel comparto di cui trattasi, laddove negli altri Stati membri tali obblighi non sussistono e il corretto funzionamento del sistema fiscale è comunque assicurato grazie all’applicazione delle norme che disciplinano l’obbligazione tributaria dei veri soggetti passivi, i.e. i locatori e i locatari degli affitti brevi”. Infine, l’esclusione del “settore tributario” stabilita dalla direttiva 2000/31/CE “riguarda unicamente l’imposizione fiscale (la tassazione) dei servizi della società dell’informazione; per contro, essa non concerne previsioni strumentali - quale quelle di cui si discute - volte ad agevolare l’adempimento di obblighi fiscali di altri soggetti (*id est*, l’*host* e il *guest*)”.

A fortiori, l’ulteriore obbligo, per l’operatore non stabilito, di individuare un rappresentante fiscale configurerebbe “una vera e propria condizione di esercizio dell’attività e dunque di accesso al mercato basata sulla residenza nel territorio italiano, come tale specificamente in contrasto con le previsioni della direttiva 123/2006/CE relativa ai servizi nel mercato interno (in particolare, con l’art. 14, comma 1, della direttiva stessa); nonché, con gli analoghi principi statuiti nella direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico”. Tale misura, comunque, non sarebbe proporzionata rispetto all’obiettivo di garantire l’effettività del prelievo fiscale, potendo i competenti Organi dello Stato italiano ricorrere alle - meno invasive ed impattanti - procedure di collaborazione con le analoghe Autorità degli Stati di stabilimento delle società appellanti.

Quanto all’obbligo di nomina di un rappresentante fiscale, non potrebbe anzitutto farsi riferimento alle direttive 2006/123/CE e 2000/31/CE (quest’ultima, peraltro, sembrando più conferente al presente caso, afferendo specificamente ai “servizi della società dell’informazione” e non genericamente ai “servizi nel mercato interno”): entrambe le direttive, infatti, non si applicherebbero nell’ambito “fiscale” ovvero “tributario”, espressioni da intendersi in senso lato, ossia comprensive anche delle disposizioni procedurali finalizzate alla riscossione delle imposte (in termini, del resto, si esprimerebbe la sentenza C-338/01, punto 63).

Tale obbligo, inoltre, non violerebbe in concreto il principio di libera prestazione dei servizi di cui all’art. 56 T^{fue}, in quanto sarebbe giustificato dal motivo imperativo di interesse generale consistente nel garantire l’effettività del prelievo tributario, non efficacemente perseguibile altrimenti.

La Sezione ha ritenuto che l’imposizione di obblighi di raccolta e comunicazione di dati all’Amministrazione finanziaria, nonché di effettuazione di ritenuta e conseguente versamento all’Erario, non violino – in base alla giurisprudenza della Corte - il principio di libera prestazione di servizi di cui all’art. 56 T^{fue}.

Ha osservato la Sezione che, in termini generali, “l’art. 56 T^{fue} osta all’applicazione di qualsiasi normativa nazionale che abbia l’effetto di rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile rispetto alla prestazione di servizi puramente interna” (così la sentenza C-625/17, punto 28; v. anche, in termini, la sentenza C-498/10, punto 20).

È vero che, in una precedente pronuncia (la sentenza C-76/91, punto 12), si era sostenuto che l'articolo in questione "prescrive ... anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri", ma il caso di specie ateneva ad una normativa nazionale che, de facto, imponeva ai prestatori di servizi i requisiti propri dello stabilimento, circostanza non ricorrente nella specie.

Tuttavia, "come la Corte ha già avuto modo di affermare, non rientrano nell'ambito dell'articolo 56 Tfe misure il cui unico effetto sia quello di causare costi supplementari per la prestazione in questione e che incidano allo stesso modo sulla prestazione di servizi tra Stati membri e su quella interna a uno Stato membro" (così la sentenza C-625/17, punto 32).

Ciò, ad avviso della Sezione è esattamente quello che accade nel caso sottoposto al suo esame: ogni intermediario immobiliare che intenda operare in Italia (stabilendovisi o prestando i propri servizi da altro Stato membro, valendosi di strumenti telematici ovvero operando fisicamente sul territorio) è tenuto ad adempiere agli obblighi previsti dalla normativa. Difetta, dunque, una qualsiasi alterazione del *level playing field* fra soggetti nazionali (in quanto residenti o stabiliti) e soggetti operanti da un altro Stato membro in regime di libera prestazione di servizi, essendosi in definitiva in presenza della mera regolamentazione generale, da parte dello Stato italiano, dell'attività di intermediazione volta alla stipulazione di contratti di locazione breve di immobili ubicati nel territorio nazionale.

La Sezione ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la questione se l'art. 267, paragrafo terzo, Tfe debba essere interpretato nel senso che, in presenza di una questione di interpretazione del diritto unionale (originario o derivato) sollevata da una delle parti e corredata dalla precisa indicazione del testo del quesito, il Giudice mantenga comunque la facoltà di procedere all'autonoma articolazione del quesito stesso, individuando discrezionalmente, in scienza e coscienza, i referenti del diritto unionale, le disposizioni nazionali con essi potenzialmente in contrasto ed il tenore lessicale della rimessione, purché nei limiti della materia oggetto del contendere, ovvero sia tenuto a recepire il quesito come formulato dalla parte istante"

La terza quesitone sottoposta alla Corte di Giustizia Ue è relativa agli esatti contorni del dovere di rimessione in capo al Giudice di ultima istanza, specificando se, in presenza della richiesta di rimessione di una delle parti corredata dalla precisa indicazione del testo del quesito, il Giudice possa comunque procedere all'autonoma articolazione del quesito stesso, individuando discrezionalmente, in scienza e coscienza, i referenti del diritto unionale, le disposizioni nazionali con essi potenzialmente in contrasto ed il puntuale tenore lessicale della rimessione - purché evidentemente nei limiti della materia oggetto del contendere - ovvero sia tenuto alla pedissequa riproduzione del quesito formulato dalla parte interessata.

L'autonoma rimodulazione del quesito da parte del Giudice potrebbe condurre, nel prosieguo del giudizio o mediante future iniziative processuali, alla formulazione di un addebito di sostanziale omissione della rimessione - non veicolata nelle forme, nei modi e

con il tenore testuale con cui era stata puntualmente sollecitata - con conseguente responsabilità dello Stato e, nell'ordinamento italiano, dello stesso Giudice persona fisica. La Sezione ha ritenuto, in proposito, che il Giudice di ultima istanza, proprio in quanto tale e non mero intermediario fra le parti e Codesta Corte, conservi intatto il potere di deliberare autonomamente la formulazione del quesito, purché evidentemente nell'ambito e nei limiti della materia oggetto del contendere.

40. Telecomunicazioni.

40.1. Divieto di affollamento pubblicitario.

La sez. VI, con ordinanza 25 marzo 2021, n. 2504 ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue le questioni: a) se, ai fini della disciplina comunitaria del divieto di affollamento pubblicitario, stante la generale rilevanza per il diritto eurounitario della nozione di gruppo o di unica entità economica, ricavabile da molteplici *font* del diritto *antitrust* (ma, per quanto qui interessa, dal ricordato considerando n. 43 della direttiva n. 2018/1808 Ue e dal nuovo testo dell'art. 23 della direttiva 2010/13 Ce), ferma l'esistente differenza nel diritto nazionale italiano di titoli abilitativi che l'art. 5, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 177 del 2015 tra le emittenti televisive e radiofoniche, possa essere adottata come comunitariamente conforme un'interpretazione del diritto nazionale sulla radiotelevisione che deduca dall'art. 1, comma 1, lett. a) del medesimo d.lgs. n. 177 del 2015, come modificato nel testo vigente dal 30 marzo 2010 (in attuazione della direttiva n. 2007/65/Ce), che il processo di convergenza fra le diverse forme di comunicazioni (le comunicazioni elettroniche, l'editoria, anche elettronica ed internet in tutte le sue applicazioni), valga a più forte ragione tra i fornitori di media televisivi e radiofonici, specialmente se già integrati in gruppi di imprese tra loro collegate e si imponga con valenza generale, con i conseguenti riflessi in tema di interpretazione dell'art. 38, comma 6, del testo unico citato tale che l'emittente possa essere anche il gruppo come unica entità economica o se invece, secondo i ricordati principi comunitari, stante l'autonomia della materia del divieto di affollamento pubblicitario dal generale diritto antitrust, sia inibito dare rilevanza – prima del 2018 – ai gruppi e al predetto processo di convergenza e di c.d. cross-medialità considerandosi allora, ai fini del calcolo dell'indice di affollamento pubblicitario, solo la singola emittente pure se collegata in gruppo (e ciò perché tal rilevanza è stata menzionata solo nel testo consolidato dell'art. 23 della direttiva 2010/13 Ce, formatosi a seguito della direttiva 2018/1808 Ue); b) se, alla luce dei ricordati principi del diritto dell'Ue in tema di gruppi ed impresa come unità economica, ai fini del divieto di affollamento pubblicitario e del ricordato succedersi dei testi dell'art. 23 citato, ferma la predetta differenza tra i titoli abilitativi, sia possibile dedurre anche dalla normativa anticoncorrenziale del SIC, di cui all'art. 43, d.lgs. n. 177 del 2015, la rilevanza del concetto di “fornitore di servizi di media” di gruppo (o secondo il lessico dell'appellante: impresa editoriale di gruppo) ai fini dell'esenzione dei messaggi di promozione cross-mediali infragruppo dai limiti di affollamento di cui all'art. 38, comma 6, d.lgs. n. 177 stesso o se invece tale rilevanza debba escludersi prima del 2018 stante l'autonomia del diritto televisivo antitrust rispetto alla disciplina dei limiti all'affollamento pubblicitario; c) se il

nuovo testo dell'art. 23, § 2, lett. a) della direttiva n. 2010/13/UE sia ricognitivo di un principio preesistente nel diritto antitrust di generale rilevanza dei gruppi oppure sia innovativo e se, quindi, nel primo caso descriva una realtà giuridica già immanente nel diritto europeo – tale, quindi da coprire anche il caso in esame, antecedente detto nuovo testo, e da condizionare le interpretazioni dell'Anr imponendole comunque di riconoscere il concetto di “fornitore di servizi di media” di gruppo –, oppure se, nel secondo caso, osti a riconoscere la rilevanza dei gruppi societari per i casi formati prima della sua introduzione perché inapplicabile *ratione temporis*, stante la sua portata innovativa a fattispecie verificatesi prima della sua introduzione; d) se, comunque e al di là del sistema dei titoli autorizzativi posto dall'art. 5, d.lgs. n. 177 del 2005 e della novità dell'art. 23 introdotta nel 2018, ossia nel caso che la nuova norma non abbia significato ricognitivo ma innovativo secondo quanto chiesto *sub c)*, i rapporti integrazione televisione – radiofonia considerati in via generale nel diritto antitrust siano, per la generalità e trasversalità delle nozioni di entità economica e di gruppo, la chiave alla luce della quale interpretare i limiti all'affollamento pubblicitario, regolati quindi comunque con implicito riguardo all'impresa di gruppo (o, più precisamente, delle correlazioni di controllo tra le imprese di gruppo) ed all'unità funzionale di dette imprese, affinché la promozione dei programmi da televisione a radiofonia infragruppo o viceversa se detti rapporti di integrazione siano irrilevanti nel campo dei limiti all'affollamento pubblicitario e quindi si debba ritenere che i programmi “propri” di cui all'art. 23 (testo originario), sono tali in quanto appartenenti alla sola emittente che li promuove, e non al gruppo societario nel suo insieme in quanto detta norma è una disposizione a sé stante che non consente alcuna interpretazione sistematica che la estenda ai gruppi intesi come unica entità economica; e) se, infine, l'art. 23, nel suo testo originario, ove anche non dovesse essere interpretabile come norma da leggersi sullo sfondo del diritto antitrust, vada intesa comunque come disposizione incentivante che descrive la peculiare caratteristica della promozione, che è esclusivamente informativa e non intende convincere alcuno ad acquistare beni e servizi altri rispetto ai programmi promossi e, come tale, debba intendersi esclusa dal campo di applicazione delle norme sull'affollamento, perciò applicabile, nei limiti di imprese appartenenti al medesimo gruppo, in ogni caso di promozione cross-mediale integrata ovvero se si debba intendere come una norma di carattere derogatorio ed eccezionale rispetto al calcolo dell'affollamento pubblicitario e, come tale, di stretta interpretazione.

Ha chiarito l'ordinanza che nella causa di specie si fa questione dell'applicazione dell'art. 38, comma 2, (che prevede un tetto all'affollamento pubblicitario) e comma 6 (che prevede una possibilità di aumentare tale tetto in presenza di attività di autopromozione) del testo unico della radiotelevisione (d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177). La sanzione per la violazione dell'art. 38 citato si trova nell'art. 52 dello stesso testo unico.

Va altresì menzionato l'art. 5 del testo unico della radiotelevisione, che prevede principi i quali, alla lettera a), danno rilievo al sistema integrato e, alla lettera b) distinguono i titoli abilitativi delle emittenti televisivi e radiofonici. L'art. 43 del testo unico poi prevede, a fini anticoncentrativi, una rilevanza dei gruppi societari.

A livello di diritto euro-unitario la disposizione rilevante è data dall'art. 23 della direttiva 2010/13/Ce. Va altresì menzionato il considerando n. 43 premesso alla direttiva n. 2018/1808 Ue nonché l'art. 23 della direttiva n. 2010/13/CE nella versione consolidata del 2018. Si nota che questo testo normativo, al comma 2, lett. a), adesso dà rilevanza alle "altre entità appartenenti al medesimo gruppo di emittenti".

40.2. Stazioni radiofoniche.

La sez. VI, con sentenza 7 luglio 2021, n. 5175 ha affermato che in tema di autorizzazione delle stazioni radiofoniche e di protezione dalle esposizioni a campi elettrici il d.P.C.M 8 luglio 2003 ha natura innovativa ed intenti di semplificazione amministrativa e non va integrato necessariamente con la disciplina pregressa, tendenzialmente superata come risulta dall'art. 16, l. n. 36 del 2001 e dai successivi interventi del legislatore che non hanno comportato alcuna riviviscenza del d.m. 10 settembre 1998, n. 381 in punto di monitoraggio delle emissioni.

La Sezione ha chiarito che alla conclusione alla quale è pervenuta ci si arriva anche dal raffronto fra le fonti.

La disposizione che è oggetto di interpretazione, contenuta nella tabella B del d.m. 10 settembre 1998, n. 381, regola "modalità ed esecuzione delle misure e valutazioni". L'art. 6 del nuovo d.P.C.M. 8 luglio 2003, disciplinando specificamente "tecniche di misurazione e di rilevamento dei livelli di esposizione", non ripetendo più i dettagli contemplati dalla vecchia tabella B e non prescrivendo più misurazioni in luogo di calcoli, qualora risultasse superato il limite della metà, risulta quindi in netto contrasto con la norma pregressa. Il vecchio decreto non conteneva un tale articolo specifico, ma aveva fatto riferimento a questo dettaglio esclusivamente nell'allegato.

Definire la disciplina nuova del d.P.C.M. 8 luglio 2003 per sua stessa filosofia non esaudiva e di solo completamento (questo aveva fatto il Tar), risulta senza una motivazione logica. Anzi, confrontando puntualmente le due fonti, il nuovo decreto risulta nettamente più dettagliato, anche nei suoi allegati ed ispirato (secondo l'interpretazione fornita dalla parte appellante) ad intenti di semplificazione.

40.3. Criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile.

La sez. VI, con ordinanza 22 luglio 2021, n. 5515 ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la questione se il diritto dell'Unione europea osti a una normativa nazionale, come quella di cui all'art. 8, comma 6, l. 22 febbraio 2001, n. 36, intesa ed applicata nel senso di consentire alle singole amministrazioni locali criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile, anche espressi sotto forma di divieto, quali il divieto di collocare antenne in determinate aree ovvero ad una determinata distanza da edifici appartenenti ad una data tipologia.

Ad avviso della Sezione sussistono dubbi di compatibilità della disciplina nazionale, con particolare riferimento all'art. 8, comma 6, l. n. 36 del 2001, laddove è consentito individuare alle singole amministrazioni locali criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile (anche espressi sotto forma di divieto) quali ad esempio il divieto di collocare

antenne su specifici edifici (ospedali, case di cura ecc.) ovvero attraverso l'imposizione di specifiche e predeterminate distanze.

I dubbi comprendono l'interpretazione della norma da parte della prevalente giurisprudenza, a tenore della quale è consentito agli enti territoriali - nell'ambito delle proprie e rispettive competenze - individuare criteri localizzativi degli impianti di telefonia mobile (anche espressi sotto forma di divieto) quali ad esempio il divieto di collocare antenne su specifici edifici (ospedali, case di cura ecc.) mentre non è loro consentito introdurre limitazioni alla localizzazione, consistenti in criteri distanziali generici ed eterogenei (prescrizione di distanze minime, da rispettare nell'installazione degli impianti, dal perimetro esterno di edifici destinati ad abitazioni, a luoghi di lavoro o ad attività diverse da quelle specificamente connesse all'esercizio degli impianti stessi, di ospedali, case di cura e di riposo, edifici adibiti al culto, scuole ed asili nido nonché di immobili vincolati ai sensi della legislazione sui beni storico-artistici o individuati come edifici di pregio storico-architettonico, di parchi pubblici, parchi gioco, aree verdi attrezzate ed impianti sportivi).

Va altresì evidenziato come il *favor* legislativo posto a fondamento della normativa in materia, estrinsecatosi nella richiamata disciplina in tema di formazione del c.d. silenzio assenso sulle istanze di installazione delle infrastrutture di comunicazione per impianti radioelettrici nonché nell'utilizzo degli istituti della denuncia inizio attività e della segnalazione certificata di inizio attività, si scontri con l'orientamento che, in linea generale, limita l'operatività di tali meccanismi di semplificazione all'ipotesi in cui l'istanza sia dotata di tutte le condizioni ed i presupposti richiesti dalla legge per poter essere accolta (Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2019, n. 428 e sez. IV, 5 settembre 2016, n. 3805). Nelle controversie sorte in merito alla regolamentazione del Comune di Roma, ad esempio, pur dinanzi al possibile decorso in fatto del termine di formazione dell'assenso, il contrasto con la previsione regolamentare limitativa, così inteso, impedirebbe a monte il consolidarsi del titolo all'installazione, nei termini legislativamente previsti. Tale orientamento, pare porsi in contrasto con le finalità di semplificazione delle procedure in materia ed il *favor* normativo sopra richiamato.

Ha aggiunto la Sezione che in materia è emersa, anche alla luce della disciplina di maggior dettaglio, la necessità di un bilanciamento fra opposte esigenze ed interessi primari. La disciplina europea ha contribuito a far emergere un duplice elemento che, seppur già ricavabile dalle norme interne (a partire dagli artt. 15 e 21 Cost.), appare di fondamentale importanza nel predetto bilanciamento: il diritto all'informazione dei cittadini e quello del cittadino di effettuare e ricevere chiamate telefoniche (e comunicazioni di dati) in ogni luogo, senza, quindi, limitazioni di carattere spaziale-territoriale (cfr. altresì art. 4 direttiva servizio universale). In tale diritto è ricompresa, anche se come contenuto accessorio, la facoltà di poter chiamare gratuitamente i numeri d'emergenza e in particolare il numero d'emergenza unico europeo a partire da qualsiasi apparecchio telefonico (cfr. Direttiva servizio universale, considerando 12) e di essere localizzati, anche senza comunicare, in situazioni in cui fosse necessario per la tutela della propria vita o della sicurezza anche altrui (considerando 36).

Per rendere effettivo tale diritto la disciplina europea ha imposto specifici obblighi a coloro i quali gestiscono i servizi, prevedendo che gli operatori del servizio universale mantengano l'integrità della rete, come pure la continuità e la qualità del servizio (considerando 14), in modo tale da assicurare l'effettività del diritto in capo a tutti gli utenti omogeneamente su tutto il territorio dell'Unione europea.

Sotto questo profilo, secondo una impostazione dottrinale di origine europea, il diritto dell'utente a poter chiamare, essere chiamato e trasmettere dati sempre e dovunque costituisce un diritto a soddisfazione necessaria che non può essere compresso o limitato arbitrariamente né da normazioni di livello statale né tantomeno da normazioni di livello inferiore

Tali diritti possono peraltro all'evidenza porsi in conflitto con quelli alla tutela dell'ambiente, della salute e del corretto assetto del territorio. Quelli appena richiamati danno vita ad interessi che, in materia, si muovono nella medesima direzione: la massimizzazione della tutela dell'ambiente esigerebbe che non vi fosse alcuna emissione elettromagnetica artificiale e pertanto nessun apparato/antenna idonea a produrlo; quella del corretto assetto del territorio che non vi fossero pali, tralicci o altre strutture più o meno impattanti; quella della salute imporrebbe, sulla scorta del principio di precauzione, di evitare qualsiasi tipo di emissione elettromagnetica in quanto potenzialmente dannosa.

In via astratta l'iter conflittuale in esame, oggetto di attenta ricostruzione a livello nazionale di riparto di competenza fra enti nella giurisprudenza costituzionale (nei termini con chiarezza espressi dalla Corte costituzionale, in specie a partire dalla sentenza n. 307 del 2003), è stato così efficacemente riassunto anche a livello dottrinale: posto che i dati scientifici attualmente a disposizione non dimostrano in modo certo che le emissioni elettromagnetiche siano dannose per la salute; posto che il principio di precauzione impone comunque di adottare ogni cautela in vista di danni ipoteticamente possibili, allora occorre definire i limiti oltre i quali, precauzionalmente, non sono legittime le emissioni. Tali limiti segnano la misura dell'incomprimibilità del diritto alla salute. La massimizzazione del diritto alla comunicazione troverebbe quindi in essi un primo confine invalicabile: le emissioni delle antenne dovranno essere sempre inferiori ai limiti cautelativi posti sulla base delle risultanze scientifiche anzidette. D'altra parte, dato che il diritto alla comunicazione non può essere arbitrariamente e ingiustificatamente compresso o limitato, le amministrazioni preposte al corretto governo del territorio dovranno trovare le soluzioni che di volta in volta meglio consentano il minor sacrificio dello stesso e, allo stesso tempo, la massima tutela del diritto alla comunicazione.

Sorge quindi, a quest'ultimo proposito, la necessità di individuare un bilanciamento; in tale ottica la condivisa interpretazione della disciplina nazionale in materia di cui agli orientamenti sopra richiamati, va sottoposta alla verifica della compatibilità con la disciplina europea vigente.

40.4. Rimborso dei costi della attività di intercettazione disposta dall'Autorità giudiziaria.

Con ordinanza 11 maggio 2021, n. 3707 la sez. IV ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la questione se gli artt.18, 26, 49, 54 e 55 del Tfu, gli artt. 3 e 13 della direttiva 2018/1972/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, nonché gli artt. 16 e 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ostino ad una normativa nazionale che, nel delegare all'autorità amministrativa il compito di stabilire il compenso da riconoscere agli operatori di telecomunicazioni per lo svolgimento obbligatorio delle attività di intercettazione di flussi di comunicazioni disposte dall'autorità giudiziaria, non imponga di attenersi al principio dell'integrale ristoro dei costi concretamente affrontati e debitamente documentati dagli operatori in relazione a tali attività e, inoltre, vincoli l'autorità amministrativa al conseguimento di un risparmio di spesa rispetto ai progressi criteri di computo del compenso.

La Sezione ha ritenuto che né la normativa unionale derivata vigente in materia, né i principi generali dei Trattati evocati dalle parti ricorrenti impongano l'integrale copertura dei costi effettivamente affrontati (e debitamente documentati) dagli operatori per l'esecuzione delle attività di intercettazione e, pertanto, non ostino ad una disciplina nazionale che tale integrale ristoro non preveda e che, inoltre, vincoli la revisione in via amministrativa delle tariffe da riconoscere agli operatori al conseguimento di "un risparmio di spesa". Invero: a) in primo luogo, la direttiva 2018/1972/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 non impone espressamente agli Stati membri di riconoscere agli operatori l'integrale ristoro dei costi, potendosi dunque ritenere, in considerazione del carattere di normazione del fine e non dei mezzi proprio dell'istituto della direttiva (art. 288, paragrafo 3, Tfu), che si sia implicitamente inteso lasciare, sul punto, libertà agli Stati membri; b) inoltre, tale direttiva consente che gli Stati membri impongano agli operatori di telecomunicazione l'espletamento delle attività di intercettazione legalmente disposte dall'Autorità giudiziaria: questa attività, in quanto normativamente imposta per fini primari, superiori ed imprescindibili di interesse pubblico, non può essere soggetta a condizionamenti finanziari se non entro limiti contenuti, tanto più se tali condizionamenti sono previsti a favore di privati che operano, previa autorizzazione amministrativa, in mercati regolati; c) in termini più generali, è vero che, secondo il diritto unionale derivato, le condizioni apponibili all'autorizzazione generale all'esercizio di servizi di telecomunicazione, tra cui l'obbligatoria esecuzione delle attività di intercettazione, devono essere "non discriminatorie, proporzionate e trasparenti", ma è altrettanto vero che le tariffe previste in via generale dal d.lgs. n. 259 del 2003 per l'espletamento delle attività di intercettazione: c1) sono assolutamente analoghe per tutti gli operatori, grandi e piccoli, nazionali ed esteri, che offrano servizi in Italia, per cui non si riscontra né un limite tecnico-giuridico alla libera concorrenza, all'ingresso nel mercato ovvero alle condizioni di contendibilità dello stesso, né, tanto meno, una discriminazione diretta od indiretta in base alla dimensione aziendale od alla nazionalità (le tariffe, dunque, sono "non discriminatorie"); c2) debbono essere computate dall'Amministrazione "tenendo conto dell'evoluzione dei costi", giacché il

vigorous progresso tecnologico del settore ha reso sempre meno onerose certe prestazioni; di converso, queste prestazioni, imprescindibili per il perseguimento di fini generali di primario interesse pubblico, possono essere fornite esclusivamente dagli operatori di telecomunicazioni (le tariffe, dunque, sono complessivamente “proporzionate”); c3) sono pubbliche ed accessibili a tutti, in quanto calate in un formale provvedimento amministrativo (le tariffe, dunque, sono “trasparenti”); d) a tutto concedere, in termini giuridici il rimborso non è necessariamente e soltanto quello “a pie’ di lista” (ossia quello parametrato alle spese effettivamente e concretamente sostenute), ma anche quello basato sulle spese ipoteticamente gravanti sull’operatore modello che adotti le migliori soluzioni tecnologiche ed organizzative disponibili in base alle conoscenze del momento storico; peraltro, in base alla vigente normativa unionale e nazionale, l’operatore di telecomunicazioni è tenuto a consentire lo svolgimento di intercettazioni, dunque ha – in termini giuridici – da un lato l’obbligo (nell’interesse pubblico) di predisporre una struttura organizzativa che ne renda possibile lo svolgimento nella maniera più fluida, efficace ed efficiente possibile, dall’altro l’onere (nell’interesse proprio) di ridurre al massimo i relativi costi; sotto altra prospettiva, una prestazione obbligatoria *ex lege* rende parimenti obbligatorio il propedeutico apprestamento dei necessari strumenti, delle opportune metodologie di lavoro e delle congrue soluzioni organizzative, la cui predisposizione, pertanto, può essere vista, in chiave di analisi economica del diritto, come un costo intrinseco ma ineludibile della stessa attività commerciale di prestazione di servizi di telecomunicazioni, che, del resto, nell’attuale regime normativo tanto unionale, quanto nazionale non è libera, ma sottoposta a regime autorizzatorio; e) in una prospettiva sistemica attenta al dato valoriale, infine, il diritto unionale originario (cfr. art. 4, paragrafo 2, TUE; art. 4, paragrafo 2, lett. j, TFUE; art. 72 TFUE; art. 82 TFUE; art. 84 TFUE) riconosce, direttamente o indirettamente, la strutturale preminenza di alcuni interessi pubblici essenziali curati dagli Stati membri, fra cui quello al perseguimento dei reati, per il quale è strumentale e, spesso, indispensabile la captazione di conversazioni: or bene, giacché tale captazione può essere ottenuta unicamente con la collaborazione degli operatori di telecomunicazioni, che, dunque, si profila come indispensabile, ai fini della legittimità unionale lo Stato membro deve avere soltanto cura di apprestare una regolamentazione chiara, omologa per tutti gli operatori attivi nel mercato nazionale e ragionevolmente idonea a rendere economicamente tollerabile l’espletamento di tale attività.

41. Ordinamento giudiziario.

Molte le sentenze della sez. V sugli istituti giuridici ed economici dei magistrati.

41.1. Conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati.

Con sentenza 31 agosto 2021, n. 6125 ha affermato che ai fini del conferimento al magistrato di un incarico direttivo occorre selezionare il candidato più idoneo non in una prospettiva astratta, ma in ragione delle specifiche caratteristiche e delle concrete esigenze organizzative dell’ufficio *ad quem*, utilizzando gli indicatori generali dell’attitu-

dine direttiva - la cui funzione è di ricostruire in maniera completa ed esaustiva le caratteristiche rilevanti della figura professionale del magistrato - e gli indicatori specifici, che mirano a selezionare le esperienze giudiziarie che esprimano una particolare idoneità a ricoprire l'incarico messo a concorso.

Ha preliminarmente ricordato la Sezione che nel conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi, il Consiglio superiore della magistratura gode di un apprezzamento che è sindacabile in sede di legittimità solo se inficiato da irragionevolezza, omissione o travisamento dei fatti, arbitrarietà o difetto di motivazione. Resta dunque preclusa al sindacato giurisdizionale la valutazione dell'opportunità o convenienza dell'atto dell'organo di governo autonomo. La legge assegna infatti al Csm un margine di apprezzamento particolarmente ampio ed il sindacato deve restare parametrico della valutazione degli elementi di fatto compiuta dall'amministrazione. Ma al contempo l'ordinamento impone che sia assicurata la puntuale ed effettiva verifica del corretto e completo apprezzamento dei presupposti di fatto costituenti il quadro conoscitivo posto a base della valutazione, la coerenza tra gli elementi valutati e le conclusioni cui è pervenuta la deliberazione, la logicità della valutazione, l'effettività della comparazione tra i candidati, e dunque, in definitiva, la sufficienza della motivazione (Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2018, n. 3716; id. 11 febbraio 2016, n. 607).

Ha aggiunto che il conferimento degli uffici direttivi da parte dell'organo di governo autonomo della magistratura è disciplinato dal d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, che prefigura e definisce la cornice per la valutazione dell'"attitudine direttiva" (art. 12, commi 10, 11 e 12) in base alla tipologia dell'incarico da conferire (funzioni semidirettive e direttive di merito: art. 12, comma 10; funzioni direttive di legittimità, art. 12, comma 11), i cui "indicatori oggettivi" sono individuati dal Consiglio superiore della magistratura d'intesa con il Ministro della giustizia (art. 11, comma 3, lett. d, seconda parte).

Con riferimento a queste previsioni, il Consiglio superiore della magistratura ha adottato il Testo Unico sulla dirigenza giudiziaria (circolare n. P-14858-2015, approvata con deliberazione del 28 luglio 2015) che - sostituendo la previgente circolare n. P. 19244 del 3 agosto 2010, delibera del 30 luglio 2010 - mette a punto un articolato sistema di "indicatori generali" (artt. 6-13) e di "indicatori specifici" delle attitudini direttive (artt. 14-23), parametrati ai diversi incarichi oggetto di conferimento.

Vale ancora ricordare che, per consolidata giurisprudenza, il Testo unico sulla dirigenza giudiziaria non è - difettando la clausola legislativa a regolamentare ed essendo comunque materia riservata alla legge (art. 108, primo comma, Cost.) - un atto di natura regolamentare, cioè un atto normativo, ma un atto amministrativo di autovincolo nella futura esplicitazione della discrezionalità del Csm a specificazione generale di fattispecie in funzione di integrazione o anche suppletiva dei principi specifici espressi dalla legge, vale a dire soltanto una delibera che vincola in via generale la futura attività discrezionale dell'organo di governo autonomo; come tale, non è abilitato ad equiordinare pregresse qualifiche di legge, né il significato delle inerenti funzioni, che rilevano come distinte *ex* art. 107, terzo comma, Cost..

In questa cornice, essenziale è la motivazione sulle attitudini, ed i relativi indicatori posseduti dai candidati, che deve dare conto delle ragioni che giustificano una valutazione di maggiore capacità professionale e che conducono a preferire un candidato rispetto agli altri.

Invero, l'obbligo di motivazione che grava sul Consiglio superiore della magistratura circa merito e attitudini, deve dar conto delle ragioni che concretano l'accertamento della miglior capacità professionale tra i concorrenti e che perciò razionalmente conducono a preferire uno rispetto agli altri.

Ha aggiunto la Sezione che la legge richiede dunque l'esigenza di selezionare il candidato più idoneo non in una prospettiva astratta, ma in ragione delle specifiche caratteristiche e delle concrete esigenze organizzative dell'ufficio *ad quem*.

A tale obiettivo sono strumento gli indicatori generali dell'attitudine direttiva, quali previsti agli articoli da 6 a 13 [che per la Relazione introduttiva sono "costituiti da esperienze giudiziarie ed esperienze maturate al di fuori della giurisdizione, che hanno consentito al magistrato di sviluppare competenze organizzative, abilità direttive, anche in chiave prognostica, e conoscenze ordinamentali"], e gli indicatori specifici, quali partitamente previsti agli articoli da 14 a 33 del Testo unico sulla dirigenza giudiziaria (nel caso di specie, per la tipologia dell'ufficio, rileva l'art. 18).

La funzione degli indicatori generali è di ricostruire in maniera completa ed esaustiva le caratteristiche rilevanti della figura professionale del magistrato: agli articoli da 7 a 13 del Testo Unico vengono infatti descritte le varie attività che rilevano ai fini dell'inerente valutazione.

Gli indicatori specifici sono invece elementi di valutazione differenziati per tipologie omogenee di uffici; in particolare, mirano a selezionare le esperienze giudiziarie che esprimano una particolare idoneità a ricoprire l'incarico messo a concorso.

L'art. 25, poi, circa le finalità della valutazione comparativa tra i candidati, chiarisce che "la valutazione comparativa degli aspiranti è effettuata al fine di preporre all'ufficio il candidato più idoneo per attitudini e merito, avuto riguardo alle esigenze funzionali da soddisfare e, ove esistenti, a particolari profili ambientali". Tale esigenza riflette il precedente art. 6 – che attribuisce rilievo alle proposte organizzative elaborate dai singoli candidati, sulla base dei dati e delle informazioni relative agli uffici contenuti nel bando – e l'art. 10, che sempre sotto tale profilo richiede ai candidati di presentare proposte organizzative specificamente riferite all'ufficio messo a concorso, recanti "l'analisi delle specificità del territorio in cui opera l'ufficio, sotto il profilo socioeconomico nonché, per gli Uffici requirenti, della realtà criminale".

L'art. 26 (Valutazione comparativa delle attitudini), prevede che si proceda "alla valutazione analitica dei profili dei candidati mediante specifica disamina degli indicatori previsti nella Parte II, Capo I, attuativi ed esplicativi delle disposizioni di cui all'art. 12, commi 10, 11 e 12, d.lgs. n. 160 del 2006" e, quindi, all'espressione di un giudizio attitudinale che, seppur in maniera complessiva e unitaria, sia frutto della valutazione integrata e non meramente cumulativa degli indicatori, e dia comunque espressamente

conto dello “speciale rilievo” attribuito agli indicatori specifici individuati negli articoli da 15 a 23.

L’espressa attribuzione di “speciale rilievo” a determinati indici, vincola l’organo di governo autonomo a prenderli in considerazione ed a puntualmente motivare sulle ragioni che, eventualmente, inducano a ritenerli non rilevanti o comunque recessivi ai fini del giudizio di comparazione, tanto più ove non risultino posseduti da tutti i candidati indicati alla valutazione del Plenum.

La previsione per cui gli indicatori specifici hanno “speciale rilievo” va dunque intesa - come evidenzia anche la Relazione illustrativa del Testo unico - nel senso che gli “elementi e le circostanze sottese agli indicatori specifici, proprio per la loro più marcata attinenza al profilo professionale richiesto per il posto da ricoprire, abbiano un adeguato spazio valutativo e una rafforzata funzione selettiva”.

Ne deriva che, laddove un candidato possa vantare indicatori specifici, lo “speciale rilievo” che rivestono implica che la valutazione del Consiglio superiore della magistratura non possa prescindere: sicché la decisione di preferire, nella valutazione, un candidato che ne sia privo (o sia in possesso di indicatori specifici meno significativi) richiede un particolare impegno motivazionale, volto ad evidenziare, attraverso il puntuale esame curriculare, la dominante “attitudine generale” o un particolare “merito”, perché i c.d. indicatori specifici sono criteri “settoriali”, in quanto rilevano ai fini della valutazione specifica dell’attitudine direttiva, ma non esauriscono l’intera figura professionale del magistrato, che va, invece, ricostruita nella sua complessità, tenendo conto degli indicatori generali e del “merito” (*ex multis* Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 2017, n. 4786).

È immanente invero la considerazione, di ordine generale, che oggetto della valutazione devono essere vuoi le esperienze pregresse (il c.d. merito), vuoi la capacità a bene ricoprire l’ufficio *ad quem* (le c.d. attitudini). E che pertanto gli indicatori attitudinali specifici sono elementi da doverosamente tenere in considerazione e adeguatamente e motivatamente valutare: ma questi non possono arrivare a semplicemente sopravanzare gli elementi esperienziali connessi al merito professionale generale (nella prospettiva formale del Testo Unico – che, si ribadisce, non ha valore normativo – rilevanti soprattutto mediante gli indicatori generali). D’altra parte, lo stesso Testo Unico, con previsione evidentemente di chiusura in tema di valutazione comparativa delle attitudini (art. 26, comma 2), afferma “Il giudizio attitudinale è formulato in maniera complessiva e unitaria, frutto della valutazione integrata e non meramente cumulativa degli indicatori”.

41.2. Presidente di Tar monosezionale con incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense.

Con sentenza 6 aprile 2021, n. 2759 è stato giudicato legittimo il diniego di nomina di Presidente di un Tar monosezionale, opposto dal Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa al magistrato la cui figlia ha esercitato la professione di avvocato presso lo stesso Tar, con contenzioso ancora pendente, a nulla rilevando che la stessa abbia assunto l’impegno a non esercitare più presso detto Tribunale, essendo configurabile una presunzione assoluta di incompatibilità di sede per i presidenti di uffici giudiziari

monosezionali, che non consente di pervenire alla soluzione per cui l'impegno personale dell'avvocato-congiunto di astenersi da ogni attività, anche stragiudiziale, nel campo del diritto amministrativo, dismettendo altresì gli incarichi già affidatigli, sia idonea a rimuovere lo stato di incompatibilità voluto dalla legge a tutela non solo della sostanza, ma anche della semplice apparenza dell'imparzialità e della terzietà del giudice, non meno importanti per la tranquilla fiducia che i cittadini debbono poter riporre nella giustizia. Ha premesso la Sezione che l'art. 18 dell'Ordinamento giudiziario, di cui al r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, in tema di "incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense", è applicabile ai magistrati amministrativi in forza di quanto disposto dall'art. 28, l. 27 aprile 1982, n. 186.

Questo art. 18 esordisce, al comma 1, con una disposizione di portata generale: "i magistrati giudicanti e requirenti delle corti di appello e dei tribunali non possono appartenere ad uffici giudiziari nelle sedi nelle quali i loro parenti fino al secondo grado, gli affini in primo grado, il coniuge o il convivente, esercitano la professione di avvocato". Il comma 2 indica tuttavia criteri di verifica della "ricorrenza in concreto dell'incompatibilità di sede". Questi criteri tengono in considerazione, tra l'altro, la rilevanza della professione forense svolta "avanti all'ufficio di appartenenza del magistrato, tenuto, altresì, conto dello svolgimento continuativo di una porzione minore della professione forense e di eventuali forme di esercizio non individuale dell'attività da parte dei medesimi soggetti"; le dimensioni dell'ufficio di appartenenza del magistrato (con particolare riguardo all'organizzazione tabellare); la materia trattata dal magistrato e dal professionista; la "funzione specialistica dell'ufficio giudiziario".

Si tratta, di massima, di criteri simili a quelli poi enucleati dalla (sintetica) circolare del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa approvata il 12 ottobre 2006, che ha rimesso alla valutazione discrezionale dell'organo di autogoverno le situazioni di incompatibilità ambientale alla luce delle dimensioni dell'ufficio e del foro locale, della natura della funzione esercitata dal magistrato (in particolare se ricopra funzioni direttive o semidirettive), del periodo di permanenza in sede, nonché del settore d'esercizio professionale dell'avvocato.

Lo stesso art. 18, ai commi 3 e 4, ha tuttavia posto regole più rigorose. Il comma 3 ha disposto che "ricorre sempre una situazione di incompatibilità con riguardo ai Tribunali ordinari organizzati in un'unica sezione [...], salvo che il magistrato operi esclusivamente in sezione distaccata ed il parente o l'affine non svolga presso tale sezione alcuna attività o viceversa"; il comma 4 stabilisce poi che "i magistrati preposti alla direzione di uffici giudicanti o requirenti sono sempre in situazione di incompatibilità di sede ove un parente o affine eserciti la professione forense presso l'Ufficio dagli stessi diretto, salvo valutazione caso per caso per i Tribunali organizzati con una pluralità di sezioni per ciascun settore di attività civile e penale".

Si tratta di due disposizioni aventi un differente ambito, ma entrambe evidenzianti una riduzione del margine di valutazione discrezionale; l'una presume *iuris et de iure* l'incompatibilità nei Tribunali monosezionali (salva l'esistenza di una sezione distaccata); l'altra presume la situazione di incompatibilità per i magistrati preposti alla direzione di un

ufficio giudiziario, salva l'articolazione in più sezioni per ciascun settore di attività civile e penale.

Dal descritto quadro normativo è inferibile una presunzione assoluta di incompatibilità di sede per i presidenti di uffici giudiziari monosezionali (tale è il Tribunale amministrativo regionale per le Marche) e non consente di pervenire alla soluzione per cui l'impegno personale dell'avvocato-congiunto di astenersi da ogni attività, anche stragiudiziale, nel campo del diritto amministrativo, dismettendo altresì gli incarichi già affidatigli, sia idonea a rimuovere lo stato di incompatibilità voluto dalla legge a tutela non solo della sostanza, ma anche – come da lungo tempo indica la migliore dottrina processualistica – della semplice apparenza dell'imparzialità e della terzietà del giudice, non meno importanti per la tranquilla fiducia che i cittadini debbono poter riporre nella giustizia: caratteristiche sulle quali, per il diritto eurounitario (art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e quello convenzionale (art. 6 Cedu), riposa un elemento connotativo essenziale del c.d. diritto al giudice, spettante in pari modo a tutti. Diversamente, si determinerebbe, e in via di mera interpretazione, un'alterazione della manifesta volontà della legge e una non consentita inversione della sua disciplina, deprivata del contenuto precettivo che le è proprio: e il naturale affidamento generale dei cittadini, cui si è accennato, si troverebbe fatalmente esposto a disorientamenti e incertezze.

Si tratta, in definitiva, di una presunzione assoluta di incompatibilità che opera per categorie e che astraе dalla necessità di un concreto conflitto di interessi e perciò non prevede né ammette prove contrarie.

41.3. Illegittimo mancato conferimento di incarico direttivo ed impossibilità di ottemperare per sopravvenuto collocamento a riposo.

Con sentenza 20 luglio 2021, n. 5454 ha giudicato legittima la delibera del Consiglio superiore della magistratura che, nel dare esecuzione alla sentenza che ha riconosciuto la spettanza di un incarico direttivo ad un magistrato, preso atto del suo collocamento a riposo intervenuto medio tempore, ha affermato il diritto al risarcimento del danno, non potendo detto incarico essere riconosciuto neanche ai soli effetti della qualifica e della conseguente progressione di carriera, nonché per la ricostruzione della stessa ai fini pensionistici.

Ha chiarito la Sezione che come reiteratamente riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19787 e, con maggior pertinenza alla fattispecie in esame, id. 2 febbraio 2015, n. 1823), il giudizio di ottemperanza di cui agli artt. 112 ss. c.p.a. non si esaurisce nel mero accertamento del carattere eventualmente elusivo del provvedimento con cui l'amministrazione avrebbe dovuto dare esecuzione al giudicato (e nella conseguente dichiarazione di nullità di detto provvedimento ex art. 21 *septies*, comma 1, l. n. 241 del 1990 e, in prospettiva remediale, art. 114, comma 4, lettera b), c.p.a.), ma (palesandosi tale nullità positivamente strumentale alla riedizione conformativa dell'azione amministrativa) ha una specifica e prospettica funzione esecutiva, in ordine alla quale acquista, peraltro, rilievo, in relazione alla concreta incidenza delle sopravvenienze di fatto o di diritto *post litem judicatam*, la distinzione tra vicende da

considerarsi definitivamente “chiuso” (per le quali l'impossibilità di accedere ad una soddisfacente esecuzione del giudicato comporta – giusta le scadenze di cui alla Adunanza plenaria n. 2 del 2017 del Consiglio di Stato – il ristoro per equivalente del danno, a titolo di responsabilità obiettiva, ex art. 112, comma 3, c.p.a.) e quelle “orientate al futuro”.

Con specifico riguardo al giudicato amministrativo formatosi su un provvedimento col quale il Consiglio Superiore della Magistratura abbia proceduto al conferimento di un incarico giudiziario, lo stesso ha, di regola, l'effetto d'imporre alla medesima amministrazione di provvedere al rinnovo della relativa procedura, volta al conferimento di quell'incarico, ma ciò solo “se e fino a quando l'incarico sia ancora conferibile e la procedura sia ancora espletabile” (Cass. civ., sez. un., n. 17987 del 2015 cit.), laddove, “venuta meno tale condizione, cessa per ciò stesso non solo l'obbligo, ma la possibilità stessa per l'amministrazione di provvedere in tal senso, fermo l'eventuale diritto al risarcimento per chi abbia visto indebitamente frustrate le proprie legittime aspirazioni”.

In tale prospettiva la preclusione allo svolgimento “di un'attività meramente virtuale” (vale a dire, di una rinnovazione del procedimento preordinata al conferimento ora per allora dell'incarico) è ancorata al dato che l'amministrazione possa o meno ancora provvedere: in difetto di che, il relativo potere esulerebbe anche dai poteri giurisdizionali (benché estesi al merito: ed, anzi, proprio perché operanti in via di diretta o mediata sostituzione nel merito) del giudice dell'ottemperanza.

Orbene, nel caso di specie il Consiglio Superiore ha ritenuto che ostativo al conferimento dell'incarico (pur in presenza di tutte le relative condizioni, all'esito del rinnovato confronto comparativo) fosse non già l'avvenuto collocamento a riposo, per sopraggiunti limiti di età, del ricorrente, ma la sua stretta imminenza (con ciò, in sostanza, valorizzando, sia pure in modo implicito, l'interesse pubblico, ritenuto prevalente, a non procedere ad un conferimento destinato a perdurare per un tempo assai limitato).

Si tratta, ad avviso della Sezione, di un ragionamento corretto: come espressamente riconosce, in una vicenda contermina, Cass. civ., sez. un., n. 1823 del 2015, la valorizzata preclusione va, naturalmente, riconosciuta in caso di “già avvenuto collocamento in quiescenza” (nel qual caso neanche un mero “interesse morale [...] ad ottenere una deliberazione conforme al giudicato” potrebbe far premio sulla impossibilità di provvedere “ora per allora”), e non quando, invece, “non [fosse] ancora maturato il pensionamento dell'interessato”: nel qual caso, nondimeno, il “diritto [...] alla corretta esecuzione del giudicato favorevole” non va considerato in termini assoluti, potendo essere, in concreto, motivatamente “in considerazione di un interesse pubblico che lo sconsigli[asse]”, tanto più che “anche il dare corretta esecuzione alle sentenze passate in giudicato è un modo di assicurare il buon andamento dell'amministrazione e quindi risponde, in un'ottica generale, all'interesse pubblico”.

In siffatta prospettiva, deve essere apprezzato l'interesse – con ogni evidenza sotteso alla ritenuta insussistenza dei presupposti per una attribuzione funzionale in concreto destinata ad operare, alla luce della stretta imminenza del collocamento a riposo per raggiunti limiti di età, per un tempo assolutamente breve se non addirittura simbolico –

a che il conferimento degli incarichi direttivi (che non obbedisce esclusivamente alla logica bilaterale della progressione di carriera dell'interessato, ma è essenzialmente strumentale, sul piano organizzativo, alla corretta ed adeguata gestione del servizio e della funzione pubblica) sia destinato ad operare, *propter utilitatem*, per un tempo adeguato, ragionevolmente congruo e prospetticamente proficuo.

41.4. Porto d'armi senza licenza ai giudici onorari.

Ai giudici onorari non spetta il porto d'armi senza licenza. Lo ha affermato la sentenza 4 febbraio 2021, n. 1062 secondo cui preclusione a dare ai giudici ordinari il porto d'armi senza licenza è stata introdotta nella circolare del Ministero della giustizia che assume che l'art. 7, l. 21 febbraio 1990, n. 36 (Nuove norme sulla detenzione delle armi, delle munizioni, degli esplosivi e dei congegni assimilati), nella parte in cui consente il porto d'armi senza la licenza ai "magistrati dell'ordine giudiziario", si riferisca ai soli magistrati ordinari e non anche ai magistrati onorari.

Ha affermato la Sezione che in seguito all'entrata in vigore del d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116, di riforma organica della magistratura onoraria, è indubbia l'appartenenza "meramente funzionale" dei soggetti della magistratura onoraria all'ordine giudiziario.

Aggiungasi che l'attribuzione della facoltà di porto d'armi, siccome riconosciuta anche ai magistrati collocati temporaneamente fuori del ruolo organico, è connessa allo status del magistrato professionale piuttosto che alle funzioni in concreto esercitate.

Entrambi gli assunti postulano che tra magistrati professionali e magistrati onorari vi sia differenza di *status* prima che di funzioni. Da tale presupposto consegue che le attribuzioni inerenti allo status del magistrato professionale non necessariamente si estendono ai magistrati onorari.

Il magistrato onorario esercita funzioni giurisdizionali non a titolo di professione, perché non viene reclutato con il concorso di accesso in magistratura. In un ordinamento il cui assetto della giurisdizione si incentra sulla figura del magistrato-funziario (immanente a tutto il Titolo IV, La Magistratura, della Parte seconda della Costituzione), ha primario rilievo il principio dell'art. 106, primo comma, Cost., per il quale "le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso": dal concorso soltanto consegue la costituzione *pleno iure* di un rapporto di servizio incondizionatamente utile per la provvista di ufficio nell'organizzazione della giurisdizione; e il concorso assicura in condizioni di par condicio il vaglio tecnico della professionalità: per queste ragioni la formula è più rigida di quella dell'art. 97, quarto comma, Cost. ("agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge").

Vero è che per l'art. 106, secondo comma, Cost., "la legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli". Ma si tratta (come anche nei casi dell'art. 102, secondo e terzo comma, Cost.) di deroga all'ipotesi del primo comma, il che marca la differenza essenziale tra le due categorie.

Tutto questo vale anche dopo la formazione del c.d. statuto unico del magistrato onorario, ai sensi del d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116 (Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della l. 28 aprile 2016, n. 57). Il metodo di reclutamento “inderogabilmente temporaneo” e non esclusivo ivi configurato da quel Capo II (Del conferimento dell'incarico di magistrato onorario, del tirocinio e delle incompatibilità) e in particolare dall'art. 7 (Tirocinio e conferimento dell'incarico), per quanto presenti tratti selettivo-valutativi, non è infatti assimilabile al concorso in magistratura, oltre ad esserne patentemente distinto.

Ha ancora chiarito la Sezione che già in passato, stante l'assenza di un rapporto di un rapporto di lavoro, è stata esclusa l'applicabilità al magistrato onorario (come ad ogni altro funzionario onorario previsto dall'ordinamento) dello statuto del pubblico impiego con riguardo agli istituti della sospensione del rapporto di lavoro per infortunio, malattia, gravidanza e puerperio, come pure di previdenza alla sua cessazione.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza della sez. II, 16 luglio 2020, nella causa C-658/18, ha ritenuto che questo non fosse compatibile con il diritto eurounitario: per il quale unica è la nozione di “lavoratore” quale che sia la modalità di costituzione del rapporto con l'amministrazione, senza distinzioni dovute al tempo determinato o indeterminato di svolgimento, e non è consentito un differente trattamento con altro pubblico dipendente a parità di funzioni, salvo differenziazioni derivanti da ragioni oggettive attinenti all'impiego che deve essere ricoperto; da qui il contrasto della normativa nazionale con il diritto euro – unitario nella parte in cui non prevedeva il diritto del giudice di pace a beneficiare di ferie annuali retribuite per trenta giorni come previsto, invece, per i magistrati ordinari. Siffatte disparità sono ora superate dagli artt. 24, 25 e 26, d.lgs. n. 116 del 2017, i quali, rispettivamente in materia di ferie, di gravidanza, malattia e infortunio, e di trattamento previdenziale, configurano analoghi istituti per i magistrati onorari, seppure con le dovute specificazioni.

In definitiva, a differenza del magistrato professionale, il magistrato onorario è tale solo in quanto e nei termini in cui viene chiamato a svolgere funzioni giurisdizionali: il che avviene comunque per una durata limitata e in maniera non esclusiva, ma compatibile con altre attività lavorative e professionali e per scelta volontaria di partecipare all'amministrazione della giustizia *gratis rei publicae servire*; caratteristiche che ne qualificano in maniera distinta lo status rispetto a quella del magistrato professionale.

Posta una tale differenza essenziale di condizione giuridica, sono del tutto coerenti trattamenti, giuridici ed economici, differenziati (cfr. Corte cost. 8 novembre 2000, n. 479: “...la posizione dei magistrati che svolgono professionalmente e in via esclusiva funzioni giurisdizionali e quella dei magistrati onorari non sono fra loro raffrontabili ai fini della valutazione della lesione del principio di eguaglianza, in quanto per i secondi il compenso è previsto per un'attività che essi (come riconosce lo stesso tribunale rimettente) non esercitano professionalmente ma, di regola, in aggiunta ad altre attività, per cui non deve agli stessi essere riconosciuto il medesimo trattamento economico, sia pure

per la sola indennità giudiziaria, di cui beneficiano i primi; che ugualmente nessun raffronto, ai fini del prospettato giudizio di eguaglianza, può essere fatto tra le posizioni delle varie categorie di magistrati onorari che svolgono a diverso titolo e in diversi uffici funzioni giurisdizionali, trattandosi di una pluralità di situazioni, differenti tra loro, per le quali il legislatore nella sua discrezionalità ben può stabilire trattamenti economici differenziati”).

Tutto ciò chiarito, la Sezione ha precisato che il punto è verificare se, con gli atti impugnati, il Ministero della giustizia abbia legittimamente identificato il perimetro legale di abilitazione dei magistrati a portare armi pur senza l'ordinaria licenza. Tale, infatti, è il bene della vita di cui qui si controverte, i ricorrenti assumendo di aver titolo a portare le armi senza licenza per il fatto di svolgere funzioni di magistrato onorario (ed, evidentemente, anche al di fuori di queste).

Qui in particolare si disputa della facoltà, di cui all'art. 7, comma 1, l. n. 36 del 1990, secondo cui “Ai soli fini della difesa personale è consentito il porto d'armi senza la licenza di cui all'art. 42 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con r.d. 18 giugno 1931, n. 773, oltre che alle persone contemplate dall'art. 73, r.d. 6 maggio 1940, n. 635, recante regolamento di esecuzione del citato testo unico, ai magistrati dell'ordine giudiziario, anche se temporaneamente collocati fuori del ruolo organico, al personale dirigente e direttivo dell'Amministrazione penitenziaria”.

La norma – posta in tempi di particolare esposizione dei magistrati all'aggressione terroristica o della criminalità organizzata - estende a tutti i magistrati dell'ordine giudiziario la facoltà a suo tempo attribuita ai soli magistrati con funzioni requirenti o istruttorie (i “Pretori e i magistrati addetti al pubblico Ministero o all'ufficio di istruzione”) dal menzionato art. 73, r.d. n. 635 del 1940 (Regolamento per l'esecuzione del Tulps).

Il riferimento normativo ai “magistrati dell'ordine giudiziario” va inteso nel senso dei soli soggetti di cui al ricordato art. 4, comma 1, r.d. n. 12 del 1941. A ciò porta sia la *ratio legis* (l'attribuzione della facoltà è in ragione della potenziale esposizione a pericolo per l'esercizio delle funzioni giudiziarie: circostanza che normalmente non si realizza per gli affari minori cui sono addetti i magistrati onorari), sia la rivelatrice precisazione per la quale la facoltà permane anche nel periodo eventualmente trascorso in posizione di fuori ruolo, cioè indipendentemente dal rapporto organico in un ufficio giudiziario, dunque con radicamento piuttosto nel rapporto di servizio. Del resto, solo il magistrato professionale può essere collocato in posizione di fuori ruolo senza con questo perdere la collocazione nell'ordine giudiziario.

La norma è di stretta interpretazione perché fa eccezione al generale divieto di porto delle armi (art. 699 cod. pen. e art. 4, comma 1, l. n. 110 del 1975).

Da tutto questo consegue che, per volontà della legge, è consentito il porto d'armi senza licenza ai soli magistrati di professione (Cass. pen., sez. I, 28 maggio 2015, n. 22567, secondo cui l'esonero dall'obbligo di denuncia di detenzione e l'autorizzazione al porto d'armi non si riferisce ai magistrati onorari), a coloro cioè che stabilmente e istituzionalmente esercitano funzioni giurisdizionali.

Diversamente, sarebbe consentito il porto d'armi senza licenza a chi svolge in via principale non l'attività di magistrato (onorario) ma un'altra attività lavorativa e professionale.

In conclusione, ad avviso della Sezione, la circolare impugnata non viola un diritto quesito: non vi è una norma sopravvenuta che, limitando l'applicazione di una precedente disposizione estensiva, abbia ristretto situazioni consolidate corrispondenti a incompressibili diritti umani: vi è semmai un beneficio in passato attribuito per incongrua lettura del dato normativo (ad opera di precedenti circolari del 1994 e del 1996): al quale, l'obbligo dell'amministrazione di far costantemente corretta applicazione della legge, impone di rimediare. Anche a voler ipotizzare che un analogo esercizio di funzioni giudiziarie possa esporre i magistrati onorari ai medesimi rischi per aggressioni dei magistrati ordinari (il che nella media non è), non è ravvisabile una illogica disparità di trattamento perché il diverso statuto professionale degli uni e degli altri legittima trattamenti differenziati nei termini indicati: tanto più che, contrariamente a quanto sostenuto dagli appellanti, il porto d'armi senza licenza non è correlato in via diretta allo svolgimento in concreto della "funzione magistratuale".

L'accostamento dei magistrati onorari ai giudici popolari è effettuato al solo scopo di marcare la differenza tra i magistrati che compongono l'ordine giudiziario e quelli che vi appartengono per le funzioni temporaneamente svolte e, in questi termini, non è illogica: entrambi, pur con competenze diverse, sono in funzione della partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia (cfr. art. 102, terzo comma, Cost.).

41.5. Nomina, da parte del Consiglio superiore della magistratura, di componenti del Consiglio direttivo della Scuola Superiore della Magistratura.

La sentenza 11 gennaio 2021, n. 330 ha affermato che la nomina, da parte del Consiglio superiore della magistratura di componenti del Consiglio direttivo della Scuola Superiore della Magistratura avviene a seguito di una procedura selettiva al fine di individuare, nella pluralità di candidati, i migliori tra essi, mediante una attività tecnico-valutativa e di corrispondente giudizio, strettamente legata al "principio meritocratico", secondo quanto indicato nello stesso "bando-interpello", volta a una scelta motivata e leggibile e non già, per così dire "politica" o comunque partitamente "fiduciaria".

Ha ricordato la Sezione che l'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 26 del 2006 disciplina la "nomina" dei "componenti" del Comitato direttivo della Scuola per la Magistratura, prevedendo che essi siano "scelti" – nella misura di sette dei dodici complessivi – "fra magistrati, anche in quiescenza, che abbiano conseguito almeno la terza valutazione di professionalità", sei dei quali designati dal Consiglio Superiore della Magistratura ed uno dal Ministro della giustizia. Dei residui cinque componenti, tre sono scelti "fra professori universitari, anche in quiescenza" (uno dei quali designato dal Csm, gli altri due dal Ministro) e due "fra avvocati che abbiano esercitato la professione per almeno dieci anni" (entrambi nominati dal Ministro).

L'ordinamento parla di "nomina" per individuare due fenomeni giuridici ben distinguibili: a) il primo consiste nel potere sostanziale di scegliere i soggetti da proporre ad un

ufficio, da destinare ad una carica o cui conferire un incarico (c.d. nomina-scelta); b) il secondo si riferisce al potere formale di investitura nella titolarità di un ufficio (c.d. nomina-investitura).

Nel primo caso, si tratta di un atto sostanziale, espressione del potere discrezionale di scelta di soggetti destinati alla carica, che, come tale, si distingue (e contrappone) ad altre forme di individuazione della persona che deve ricoprire un determinato ufficio, come l'elezione, il concorso, la designazione, la cooptazione ovvero, in ipotesi residuali, l'estrazione a sorte.

Nel secondo caso, si tratta di un atto formale con cui una persona, previamente individuata mediante uno dei suddetti modi, viene preposta all'ufficio o investita dell'incarico: come tale, si contrappone a modalità alternative di preposizione, come la proclamazione, l'investitura *ope legis*, l'assunzione, l'accettazione, la presa di possesso, l'insediamento.

Con evidenza – per quanto sia possibile che i due momenti si sintetizzino in un'unica fattispecie – il primo profilo ha carattere strumentale (mira ad individuare il destinatario della scelta), il secondo ha carattere formale (viene a renderla definitiva, perfezionando il relativo procedimento).

Ciò posto, nel caso in esame viene in considerazione (come fatto palese anche dall'uso delle parole all'interno della disposizione normativa) una ipotesi di nomina-scelta. Mentre, però, relativamente alla competenza del Ministro, la discrezionalità selettiva che la connota può arrivare ad assumere, per la natura strettamente amministrativa dell'organo e la responsabilità politica del Ministro, il tratto di una individuazione *intuitu personae* (cioè di una nomina 'a scelta', dove l'apprezzamento del merito professionale e della capacità rispetto all'ufficio *ad quem* sono rimessi all'autonomo apprezzamento discrezionale ministeriale), nel caso del Consiglio superiore della magistratura (che non è organo politico ma organo di alta amministrazione di rilievo costituzionale: Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2021, n. 215), la scelta va connessa non solo all'ufficio di destinazione, ma prima ancora alla particolare natura a struttura del Csm. E proprio in ragione del suo carattere di organo di governo autonomo a base composta ed essenzialmente elettiva, la valutazione tecnico-discrezionale orientata ad una tale selezione va condotta secondo canoni di trasparenza, di verificabilità, di idoneità e di razionalità che accentuino – rapportandoli alle caratteristiche di questo particolare organo di rilievo costituzionale – i connotati già propri di ogni attività amministrativa (cfr. artt. 97 Cost. e 1, l. n. 241 del 1990), emancipandoli dai caratteri di una ripartita nomina 'a scelta'. Sicché, nel rispetto dell'alta funzione propria dell'organo di governo autonomo, costituzionalmente ben distinta da quella ministeriale, e anche ad evitare che l'occasionale formula di rappresentatività del settore prevalga sull'obiettiva valutazione comparata delle attitudini dei selezionandi, il vaglio della professionalità - in termini di merito e di attitudini - va svolto e congruamente motivato secondo rigorosi ed obiettivi parametri, strettamente professionali e non mai di altra natura o ordine.

Del resto, lo stesso Csm bene ha ritenuto di (almeno) proceduralizzare la selezione, attraverso la diramazione di un interpello fra i magistrati in possesso dei requisiti, preordinato ad acquisire le manifestazioni “disponibilità” degli “aspiranti”, accompagnate da una “autorelazione” strumentale a “fornire [...] elementi di valutazione”, in ordine alla “idoneità specifica a ricoprire l’incarico”, avuto riguardo alle “esperienze maturate nella giurisdizione sia di merito, nei differenti settori di competenza”, alle “pregresse specifiche esperienze nell’attività di formazione e in attività di rilevanza organizzativa”, alla “comprovata attitudine all’approccio multidisciplinare”, alle “attività di studio e di ricerca scientifica, connesse all’attività di formazione”; al “possesso di specifiche attitudini tecniche, culturali e organizzative”, alla “comprovata conoscenza delle problematiche della didattica e della formazione professionale”, alla “conoscenza di una o più lingue straniere, attestate da idonea documentazione o da autocertificazione”.

Si tratta, all’evidenza, già di una prefigurazione di criteri e di modalità di esercizio dell’attività selettiva che, operando nella logica dell’autovincolo, mira, in assenza di criteri normativi già fissati dal precetto primario o trasfusi in atti programmatici generali, a orientare la facoltà di scelta lungo il giusto crinale di una discrezionalità tecnica, che esclude – obbligando alla coerenza e imponendo adeguata e congrua motivazione – sia nomine arbitrarie (in quanto affidate a logiche non verificabili) sia designazioni meramente fiduciarie (che prescindono da profili meritocratici, e incardinate invece su criteri estranei alla funzione propria del governo autonomo della magistratura, come costituzionalmente configurato).

Se, allora, è vero che la procedura per cui è causa non può essere sovrapposta a quella, normativamente regolata sulla base di specifici indicatori, stabilita per la selezione di magistrati per incarichi direttivi o semidirettivi, è vero anche – se *quod differtur non aufertur* – che la stessa deve considerarsi (se non “necessariamente concorsuale”, come con impropria ma innocua terminologia ha sancito il primo giudice) comunque “selettiva”. Ne consegue, per naturale coerenza dell’ordinamento anche in rapporto all’immanente principio di legalità e a quello di razionalità amministrativa *ex art. 97 Cost.*, l’obbligo di individuare, nella pluralità di candidati, i migliori tra essi, mediante una attività tecnico-valutativa e di corrispondente giudizio, strettamente legata al “principio meritocratico”, secondo quanto indicato nello stesso “bando-interpello”, volta a una scelta motivata e leggibile e non già, per così dire “politica” o comunque partitamente “fiduciaria”.

A tal fine, gli indici predeterminati e ritenuti rilevanti (essenzialmente correlati all’esperienza maturata nell’esercizio della giurisdizione e alla attività dedicata alla formazione), dovevano ritenersi idonei a vincolare il Csm a prenderli espressamente in considerazione e a motivare sulla loro concreta utilizzazione ai fini delle valutazioni comparative. Bene, perciò, il primo giudice ha stigmatizzato la circostanza che nella delibera impugnata si rinvenga solo un breve cenno alle figure e alle esperienze professionali dei magistrati pretermessi, a fronte di un approfondito excursus su quelle dei sei prescelti: difetta una valutazione comparativa, sia pure sintetica, tale da consentire di riscontrare che le scelte effettuate siano rispondenti alla logica seguita; dal che una decisiva (e ben ritenuta dal primo giudice) carenza di motivazione.

41.6. Tetto retributivo esteso ai compensi dei giudici tributari.

L'ordinanza 5 maggio 2021, n. 3503 ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, d.l. n. 66 del 2014 e dell'art. 23-ter, d.l. n. 201 del 2011, per contrasto con agli artt. 3, 23, 36, 53 e 97 Cost., nella parte in cui estendono l'istituto del "tetto retributivo" anche ai compensi dei giudici tributari che ordinariamente svolgono attività lavorativa subordinata presso una pubblica amministrazione, finendo in tal modo per tradursi nell'imposizione unilaterale, da parte dell'amministrazione beneficiaria dei relativi servizi, della progressiva gratuità delle relative prestazioni, man mano che la qualità e quantità delle stesse vada aumentando.

Ha ricordato la Sezione che la disciplina del limite massimo alle retribuzioni pubbliche costituisce il paradigma generale cui ricondurre la materia delle attribuzioni economiche della pubblica amministrazione per remunerare i propri dipendenti, e ad essa si deve fare riferimento anche per le previsioni in tema di cumulo tra pensioni e retribuzioni a carico delle finanze pubbliche.

Una tale disciplina, in sostanza, viene fatta iscriverne in un contesto generale di risorse finanziarie pubbliche limitate messo in relazione all'obiettivo politico-economico del contenimento della spesa pubblica. Queste andrebbero ripartite in maniera congrua, il che avverrebbe sganciandole del tutto, raggiunto un certo livello, dall'effettività del sinallagma contrattuale lavorativo del pubblico (ma non: del privato) dipendente: dunque gravando *ex lege*, e al di fuori di quanto responsabilmente accettato e previsto dal lavoratore all'atto di costituzione del rapporto lavorativo, di gratuità delle prestazioni il lavoratore pubblico che abbia, nel complesso dell'attività lavorativa pubblica – non importa di quale quantità o qualità – raggiunto complessivamente l'imprevisto "tetto" lordo (e sempre che non rientri tra le poche eccezioni nominatamente stabilite dalla legge).

La disciplina del limite alle retribuzioni pubbliche si presenta, invero, come una misura di contenimento della complessiva spesa pubblica, analogamente ad altri interventi introdotti in altri ambiti. Si tratta di un regime restrittivo particolare che concerne i soli lavoratori pubblici e che, pur a parità di condizioni, li distingue economicamente dai lavoratori privati: per i quali non si impone altrettanto sacrificio remunerativo da "taglio lineare", per il fatto soggettivo che i loro rapporti di lavoro principali sono estranei alla spesa pubblica; e dunque muove dalla giurisprudenza che si è formata, ma considera anche difficile sostenibilità a lungo termine di un siffatto, comunque oggettivamente discriminatorio tra pari lavoratori, taglio lineare.

Tuttavia, questa disparità qui assume tratti nuovi e affatto particolari rispetto a quanto vagliato in passato.

Qui, invero, non si tratta solo di comparare genericamente diverse o simili prestazioni lavorative, e dunque di svolgere una comparazione per categorie soggettive generali: ma di comparare specificamente, in concreto, la medesima, oggettiva, prestazione lavorativa (quella di giudice tributario): la quale, malgrado siffatta identità oggettiva della prestazione, viene diversamente remunerata dallo Stato secondo un criterio discrezionale meramente soggettivo; cioè a seconda che sia prestata da un lavoratore privato ovvero da un

lavoratore pubblico (che ha una retribuzione principale pari o prossima al “tetto” indicato): il quale perciò, a differenza di quell’altro che pur svolge la medesima prestazione, nulla in pratica viene ad essere retribuito per quanto supera il “tetto”, mentre l’altro lo continua in pieno e senza diminuzioni di sorta.

Infatti riguardo a quello stesso lavoro effettivamente svolto di giudice tributario, simile ablazione non è dalla legge praticata (anzi: è *a contrariis* esclusa) a carico quegli altri soggetti che traggono i primi redditi lavorativi dal lavoro privato o comunque autonomo e però svolgono anch’essi quel medesimo lavoro di giudice tributario, in ipotesi finanche presso la stessa concreta unità organizzativa (ufficio, sezione) dove la svolge il magistrato o pubblico dipendente, pur onerato della medesima quantità e qualità di lavoro. Si tratta dunque di un’evidente disparità di trattamento: non di situazioni simili, ma della medesima situazione; e questo vale per tutti i giudici tributari che sono pubblici dipendenti (e che, beninteso, sono toccati dal “tetto”) rispetto a tutti i giudici tributari che non sono pubblici dipendenti (anche se, beninteso, sarebbero altrimenti toccati dal “tetto”). La disparità non potrebbe essere più chiara e maggiore.

Tale è qui il tema primario – e non il solo – della questione di legittimità costituzionale che qui si solleva rispetto a più norme della Costituzione.

È lesa innanzitutto il principio di eguaglianza dell’art. 3 Cost., atteso che la norma in questione fa riferimento non a una prestazione lavorativa secondaria a remunerazione “fissa”, ma ad una prestazione la cui remunerazione è dalla legge prevista come variabile in relazione alla misura della quantità e al livello del lavoro effettuato (art. 13, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 545).

Ne viene che in termini di risultato pratico – profilo il cui rilievo è essenziale, perché si versa in un tema economico – ciò determina in sé una tendenziale, progressiva imposizione della gratuità della prestazione lavorativa effettuata in capo a chi è prossimo, o addirittura ha già raggiunto, il “tetto” retributivo suddetto.

Questa situazione genera poi un’ulteriore disparità di trattamento, interna alla categoria dei dipendenti pubblici che svolgono un siffatto servizio ulteriore: a seconda che siano o non siano prossimi al (o abbiano raggiunto il) “tetto”.

La questione dunque non si esaurisce nella gratuità tendenziale della prestazione lavorativa di giudice tributario, la quale già ripropone – come meglio si vedrà - la capitale questione del contrasto dell’art. 36 Cost. in termini di proporzionalità. Essa infatti appare rilevare di suo, e in modo accentuato, in termini di progressività e di irragionevolezza di questa gratuità tendenziale.

È dato invero ravvisare, alla base di tutto, un nuovo e manifesto contrasto con il principio di ragionevolezza ed eguaglianza, dunque con l’art. 3 Cost.: perché dalle indicate comparazioni risulta una gratuità tendenziale paradossalmente tanto maggiore quanto maggiore è l’impegno lavorativo, complessivo e settoriale, realmente profuso ed esplicato dal lavoratore a beneficio dell’amministrazione pubblica.

Tutto ciò appare dunque di suo andare in contrasto sia con il principio di ragionevolezza, sia con il principio di eguaglianza, dunque appunto con l’art. 3 Cost. Ma anche –

in nuove forme e assai più incisive rispetto a quelle di cui alla ricordata sentenza costituzionale - in contrasto con il principio generale della giusta e – a parità (anzi: identità) di condizioni - pari retribuzione del lavoro (art. 36 Cost.): la quale deriva da regole etiche e sociali oggi stimate universali nei rapporti economico-lavorativi e collegate alla dignità stessa dell'uomo, che massimamente si concretizza ed esprime proprio attraverso il lavoro, il suo significativo valore morale e il suo riconoscimento economico: che, essendo produttivo di ricchezza a favore altrui, oltre a conferire dignità a chi lo svolge è fatto economico generativo e traslativo di valore; e che per questa medesima ragione – etica, giuridica ed economica – impone l'obbligo del compenso a chi ne riceve l'utilità e il corrispondente diritto a chi lo offre. Reciprocamente, vale a dire dal lato della remunerazione, il guadagno da lavoro è considerato di prima dignità rispetto al profitto d'impresa, al frutto del risparmio, alla rendita.

Si tratta di principi oggi immanenti a ogni ordinamento civile, tanto da concretizzare – e già a livello internazionale – un riconosciuto diritto fondamentale dell'uomo: “il diritto ad eguale retribuzione per eguale lavoro” è espressamente considerato un diritto dell'uomo (cfr. art. 23, comma 2, della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani dell'Assemblea generale dell'ONU, Parigi, 10 dicembre 1948). E qui non è dubbio che, per le ragioni dette, ricorrano per l'esattamente “eguale lavoro” (di più: come detto, si tratta di identico lavoro). Il che comporta, come immediata e naturale conseguenza, che debba davvero sussistere “il diritto ad eguale retribuzione”. Si verte perciò della violazione non solo dell'art. 36 Cost., ma anche – e prima – del diritto dell'uomo a tale parità di retribuzione, riconosciuto al massimo livello internazionale: del che occorre tener conto alla luce dell'art. 10, primo comma, da solo e in combinato disposto con l'art. 2 Cost..

Appare dunque già in questi primi sensi non manifestamente infondato il sospetto di un contrasto delle dette norme primarie con gli artt. 2, 3, 10, 36, 97 Cost..

Ha aggiunto la Sezione che anche indipendentemente da questa comparazione e dalla disparità di trattamento che ne deriva (e che vale a distinguere questo caso dai restanti), va comunque considerato che non rispetterebbe la comune logica l'assumere che la percezione del “tetto massimo” varrebbe ad assicurare l'adeguata retribuzione di tutte le attività lavorative effettivamente svolte, per quanto considerate e confuse in un coacervo contabile. Invero, ciò equivarrebbe a non dare rilievo alcuno al pur esistente dispendio aggiuntivo di energie per il lavoro aggiuntivo: e assumere – per poco ragionevole *fictione iuris* – che l'attività di giudice tributario non direttamente retribuita verrebbe di fatto a non comportare questo dispendio di energie e generare il diritto alla retribuzione; ovvero, a essere in parte “compensata” da una quota della retribuzione percepita dal pubblico dipendente quale corrispettivo dell'attività lavorativa subordinata ordinariamente svolta, con corrispondente restrizione di quella spettante per il lavoro principale, in disparità, a quel punto, con gli altri esercenti lo stesso lavoro principale: ulteriore profilo di violazione dell'art. 3 Cost..

Una tale raffigurazione, comunque, urterebbe con la natura reciprocamente diversa e certo non omogenea dei due rapporti di servizio, solo il primo dei quali è *optimo iure* di

lavoro dipendente (ai sensi dell'art. 11, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 545, "La nomina a una delle funzioni dei componenti delle commissioni tributarie provinciali e regionali non costituisce in nessun caso rapporto di pubblico impiego").

Anche da quest'angolazione appare emergere un ulteriore contrasto delle dette norme primarie con l'art. 3 Cost., in punto di disparità di trattamento e di violazione del canone generale di ragionevolezza che deve caratterizzare le leggi.

Aspetto decisivo della sospetta incostituzionalità è pertanto la circostanza che – lungi dal prevedere un limite massimo di retribuzione per l'attività lavorativa svolta nell'interesse dell'amministrazione, qual è l'intento dichiarato del legislatore – l'applicazione dell'istituto del "tetto retributivo" anche ai compensi dei giudici tributari che ordinariamente svolgono attività lavorativa subordinata presso una pubblica amministrazione in realtà finisce per tradursi nell'imposizione unilaterale, da parte dell'amministrazione beneficiaria dei relativi servizi, della progressiva gratuità delle relative prestazioni, man mano che la qualità e quantità delle stesse vada aumentando.

Invero, se il giudice tributario svolge presso l'amministrazione di originaria appartenenza funzioni di particolare complessità e rilievo (ed è questo il caso), tanto più se con elevata anzianità di servizio, fatalmente non vedrà retribuita, in tutto o in parte, l'attività giudicante – pur se connotata da profonda complessità tecnica – svolta presso le Commissioni tributarie e nell'esclusivo interesse dell'amministrazione dell'economia e finanze e della sua giustizia.

41.7. Trasferimento presso il Consiglio di Stato di un componente laico del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana.

La sez. V, con sentenza 14 settembre 2021, n. 6282 ha giudicato legittimo il diniego di trasferimento presso una delle Sezioni del Consiglio di Stato e dello status di consigliere di Stato a tempo indeterminato di un componente laico del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana.

Ha chiarito la Sezione che la previsione di componenti laici si correla all'istanza di decentramento degli organi giurisdizionali nazionali espressa nello statuto speciale della Regione siciliana, cui è stata poi data concreta attuazione con il decreto legislativo n. 373 del 2003. Come al riguardo affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 4 novembre 2004, n. 316, e di recente ribadito da questo Consiglio di Stato in sede consultiva (Cons. Stato, sez. I, 11 febbraio 2021, n. 186), il decreto attuativo ha concretizzato il principio di specialità espresso nel più volte citato art. 23 dello statuto della Regione siciliana, il cui primo comma è così formulato "Gli organi giurisdizionali centrali avranno in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione". Nella sentenza poc'anzi richiamata la Corte costituzionale ha precisato che il principio statutario di specialità risponde ad "un'aspirazione viva, e comunque saldamente radicata nella storia della Sicilia, ad ottenere forme di decentramento territoriale degli organi giurisdizionali centrali", e di esso è espressione la peculiare struttura e composizione del Consiglio di giustizia amministrativa, secondo un modello di giudice speciale rispondente alle istanze autonomistiche regionali recepite nello statuto speciale siciliano. In questa

prospettiva si colloca il potere di designazione dei componenti laici spettante ai sensi dell'art. 6, d.lgs. n. 373 del 2003 al presidente della Regione siciliana, quale rappresentante delle ora menzionate istanze autonomistiche regionali, il quale in ragione di ciò partecipa anche alla fase deliberativa presso il Consiglio dei ministri.

In pedissequa applicazione del fondamento istitutivo del Consiglio di giustizia amministrativa finora esposte, ed a prescindere dal fatto che, come statuito dalla sentenza di primo grado, esse non sarebbero state specificamente censurate dall'avvocato Zappalà, il diniego di trasferimento ad esso opposto ha legittimamente fatto riferimento alle norme di attuazione dello statuto regionale, di cui al d.lgs. n. 373 del 2003 sulla composizione e le funzioni del Consiglio di presidenza. Diversamente da quanto sostiene al riguardo l'appellante non è invece rilevante in contrario il fatto che il medesimo decreto legislativo non rechi alcun divieto in questo senso. Una simile previsione non avrebbe in realtà ragione di porsi, dal momento che il vincolo di permanenza del componente laico presso il Consiglio di giustizia amministrativa è innanzitutto insito nella dimensione esclusivamente regionale delle funzioni di consulenza giuridico-amministrativa e di giurisdizione attribuite all'organo, in base ai sopra citati artt. 4, comma 3, e 9, comma 1, d.lgs. n. 373 del 2003; oltre che nella speciale composizione mista delle sue due Sezioni, consultiva e giurisdizionale, contraddistinta da distinti contingenti di consiglieri di Stato e componenti laici, e dalla partecipazione necessaria di questi ultimi ai relativi organi, secondo le disposizioni dei parimenti sopra richiamati artt. 3 e 4, d.lgs. n. 373 del 2003.

L'opposta tesi della libera mobilità dei componenti laici verso il Consiglio di Stato porta invece alle seguenti aporie: da un lato componenti espressione delle istanze autonomistiche della Regione siciliana andrebbero a svolgere le loro funzioni al di fuori del territorio regionale, con relativo svuotamento del principio di specialità che è alla base dell'istituzione del Consiglio di giustizia amministrativa da parte dello statuto speciale, avente rango costituzionale; dall'altro lato per ovviare alle scoperture di organico così venutesi a creare e per ripristinare i contingenti numerici previsti dagli artt. 3 e 4, d.lgs. n. 373 del 2003 si renderebbe necessaria la nomina di altri componenti laici, e dunque, considerato anche il possibile flusso inverso, per un verso si altererebbe il rapporto laici - togati presso il Consiglio di giustizia amministrativa previsto dalla legislazione attuativa dello statuto regionale; e per altro verso si introdurrebbe un fonte di provvista dei consiglieri di Stato ulteriore rispetto a quelle previste dall'art. 19, l. n. 186 del 1982.

Con l'accoglimento della tesi sulla libera alla mobilità verso le sezioni del Consiglio di Stato si verrebbe quindi a spezzare il "legame funzionale esclusivamente con l'attività giurisdizionale e consultiva relativa agli affari di interesse regionale" che contraddistingue il rapporto organico dei componenti laici del Consiglio di giustizia amministrativa, ed in base al quale questi ultimi sono investiti di «una funzione legata all'amministrazione della giustizia esclusivamente nel territorio regionale e alle controversie in cui è interessata la regione stessa» (così il sopra citato parere della I Sezione di questo Consiglio di Stato del 11 febbraio 2021, n. 186). Si attribuirebbe inoltre prevalenza al distinto

rapporto che viene ad instaurarsi tra il componente laico e la giustizia amministrativa, ovvero al “rapporto di servizio”.

A quest’ultimo riguardo deve peraltro darsi atto che ai sensi del già richiamato art. 7, d.lgs. n. 373 del 2003 “vi è, per il periodo del mandato, l’equiparazione ai magistrati del Consiglio di Stato” dei componenti laici, i quali godono del “medesimo stato giuridico dei consiglieri di Stato” (così ancora il parere ora richiamato). Su tale previsione si imperniano gli assunti dell’avvocato Zappalà.

Nondimeno, la relazione tra i due distinti rapporti deve trovare la giusta collocazione nel senso che va tenuto fermo il rapporto organico su cui si fonda l’esercizio delle funzioni consultive e giurisdizionali del componente laico del Consiglio di giustizia amministrativa, a sua volta indissolubilmente legato all’organo investito delle “funzioni consultive e giurisdizionali nella Regione siciliana, ai sensi dall’art. 23 dello Statuto speciale” ai sensi dell’art. 1, comma 1, d.lgs. n. 373 del 2003).

Rispetto al rapporto organico il rapporto di servizio si pone invece in posizione accessoria. Ciò si desume dall’art. 7, comma 1, d.lgs. n. 373 del 2003, il quale dispone che al medesimo componente si applicano “durante il periodo di durata in carica” le norme concernenti lo status giuridico ed economico del consigliere di Stato. Le norme sullo stato giuridico ed economico vanno quindi a disciplinare i contenuti del rapporto di servizio del componente laico per tutta la durata della carica, la quale deve comunque svolgersi presso il Consiglio di giustizia amministrativa e, per rispondere alle ulteriori pretese inerenti all’accertamento dello status di consigliere di Stato a tempo indeterminato avanzate dall’avvocato Zappalà, per il periodo di sei anni, senza possibilità di conferma, secondo quanto previsto dall’art. 6, comma 4, d.lgs. n. 373 del 2003.

Se dunque il componente laico del Consiglio di giustizia amministrativa è equiparato al consigliere di Stato, egli intanto lo è nella misura in cui sia investito delle funzioni spettanti dell’organo previsto dallo statuto speciale della Regione siciliana ed espressione del principio di specialità che ne costituisce la ragione fondante. Come sopra esposto, l’attuazione di questo principio ad opera del medesimo d.lgs. n. 373 del 2003 si è tradotta nella composizione mista del Consiglio di giustizia amministrativa, con la previsione di consiglieri di Stato da un lato e dall’altro lato di componenti designati dalla Regione siciliana e nominati secondo modalità analoghe ai consiglieri di Cassazione per meriti insigni e ai consiglieri di Stato di nomina governativa. Tuttavia, mentre per i primi l’assegnazione al Consiglio di giustizia amministrativa costituisce una vicenda modificativa inerente al rapporto di organico e di servizio (con il collocamento fuori ruolo e il mutamento della sede, ai sensi dell’art. 2, comma 3, d.lgs. n. 373 del 2003), per i secondi l’interesse regionale a base della loro nomina e della costituzione del rapporto organico con il Consiglio importa un vincolo di sede presso lo stesso organo di giustizia amministrativa, poiché solo nell’incardinamento in quest’ultimo si giustifica a termini di statuto speciale della Regione siciliana la figura del componente laico. Di riflesso, pur in presenza dell’equiparazione del trattamento giuridico ed economico al consigliere di Stato il rapporto di servizio del componente laico soffre di questa limitazione alla mobilità, giustificata sul piano statutario nella composizione mista del Consiglio di giustizia

amministrativa e che va quindi ricondotta alle ragioni fondanti l'istituzione in questo settore dell'attività giurisdizionale di un organo speciale a competenza regionale.

L'equiparazione non può quindi essere intesa in senso assoluto.

Essa deve infatti tenere conto del diverso ed antitetico sistema di provvista dei componenti del Consiglio di presidenza, riferito a due distinte disposizioni dell'art. 106 della Costituzione: l'uno, in conformità al comma 1 della disposizione costituzionale ora richiamata, mediante il collocamento fuori ruolo di magistrati di carriera, reclutati mediante concorso pubblico, salva la peculiare figura del consigliere di Stato di nomina governativa, che si giustifica in ragione dell'origine storica dell'Istituto; l'altro, in attuazione del comma 3 del medesimo art. 106 Cost., relativo alla nomina di consiglieri di cassazione "laici", ovvero nominati per meriti insigni, e dunque attraverso il ricorso a figure tratte dalla società civile – "professori ordinari di università nelle materie giuridiche e (...) avvocati che abbiano almeno quindici anni di effettivo esercizio e (...) iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori" (art. 1, comma 1, l. n. 303 del 1998) - in possesso di meriti professionali adeguati all'ufficio da assumere.

In assenza di vincoli a livello costituzionale o di statuto speciale della Regione siciliana, per il Consiglio di giustizia amministrativa la carica del componente laico la legislazione attuativa ne ha previsto la temporanea. Si tratta di una scelta di politica legislativa riconducibile alle ragioni di specialità che connotano l'organo giurisdizionale istituito nel territorio regionale e che è volta ad accentuare il carattere onorario dell'incarico, nel senso di renderlo rispondente a logiche di più ampia partecipazione all'ufficio degli esponenti della società civile siciliana. La scelta così descritta impedisce di configurare nel rapporto di servizio le caratteristiche del lavoro subordinato invece propria dei magistrati di carriera, reclutati mediante pubblico concorso. Le ora esposte considerazioni di politica legislativa a base della durata temporalmente definita dell'incarico prevista dal d.lgs. n. 373 del 2003 non consentono invece di richiamare a sostegno dell'opposta tesi della stabilità sostenuta dall'appellante, in analogia con quanto previsto per i consiglieri di Stato di nomina governativa, oltre che per i consiglieri di cassazione nominati per meriti insigni *ex lege* n. 303 del 1998. Ognuna di queste figure ha infatti ragioni fondanti e caratteristiche proprie, che impediscono di individuare un archetipo valevole per tutte queste e dunque una disciplina giuridica unitaria.

42. Professioni e mestieri.

42.1. Avvocati.

Con sentenza 29 marzo 2021, n. 2600 la sez. IV ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per preteso contrasto con gli artt. 3 e 41, Cost., dell'art. 22, l. 31 dicembre 2012, n. 247, laddove, pur dopo la modifica dell'art. 9, comma 2, d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, ad opera dell'art. 1, l. 20 novembre 2017, n. 167 (legge europea 2017), che ha eliminato la disparità di trattamento precedentemente sussistente fra avvocati formati in Italia e avvocati stabiliti in ordine all'accesso all'Albo dei patrocinanti davanti alle giurisdizioni superiori, conserverebbe un effetto discriminatorio in danno degli avvocati italiani a causa della perdurante vigenza dell'art. 8, l. 9 febbraio

1982, n. 31, che regola le prestazioni occasionali rese in Italia da professionisti stabiliti in altri Stati membri.

Ha chiarito la Sezione che l'art. 8, l. 9 febbraio 1982, n. 31 non rappresenta, infatti, un idoneo *tertium comparationis* ai fini del test di ragionevolezza delle disposizioni sospette di incostituzionalità, poiché queste ultime regolano un requisito (l'iscrizione all'Albo speciale) che è specificamente richiesto all'avvocato c.d. stabilito, ma che non è necessario ai fini della libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione garantita dal Trattato, purché svolta in modo occasionale e senza il requisito della continuità; in particolare, alla stregua della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, la temporaneità o (non) occasionalità dell'attività forense svolta in altro Stato membro si deve valutare tenendo conto della durata, della frequenza, della periodicità e della continuità della prestazione stessa, sussistendo una rilevante differenza di disciplina fra professionisti che possono esercitare stabilmente in un dato Paese dell'Unione e professionisti che possono farlo solo occasionalmente, in quanto un cittadino di uno Stato membro che, in maniera stabile e continua, esercita un'attività professionale in un altro Stato membro in cui, da un domicilio professionale, offre i propri servizi, tra l'altro, ai cittadini di questo Stato, è soggetto alle disposizioni del capo del Trattato relativo al diritto di stabilimento e non a quelle del capo relativo ai servizi.

Inoltre, allorché l'accesso a un'attività specifica, o il suo esercizio, è subordinato, nello Stato membro ospitante, a determinate condizioni, il cittadino di un altro Stato membro che intenda esercitare tale attività deve, di regola, soddisfarle.

Ha aggiunto la Sezione che i concetti di temporaneità e occasionalità dell'attività professionale trovano poi una precisa definizione normativa alla stregua dei criteri enunciati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza 30 novembre 1995, in causa C-55/94.

Secondo la Corte di Giustizia, la temporaneità (o non) dell'attività forense svolta in altro Stato membro si deve valutare tenendo conto della durata, della frequenza, della periodicità e della continuità della prestazione stessa.

Anche per il giudice comunitario sussiste pertanto una rilevante differenza di disciplina fra professionisti che possono esercitare stabilmente in un dato Paese dell'Unione e professionisti che possono farlo solo occasionalmente, in quanto secondo la Corte, un cittadino di uno Stato membro che, in maniera stabile e continua, esercita un'attività professionale in un altro Stato membro in cui, da un domicilio professionale, offre i propri servizi, tra l'altro, ai cittadini di questo Stato, è soggetto alle disposizioni del capo del Trattato relativo al diritto di stabilimento e non a quelle del capo relativo ai servizi. Inoltre, allorché l'accesso a un'attività specifica, o il suo esercizio, è subordinato, nello Stato membro ospitante, a determinate condizioni, il cittadino di un altro Stato membro che intenda esercitare tale attività deve, di regola, soddisfarle.

Va ricordato, altresì, che le statuizioni della Corte di Giustizia assumono portata precettiva nel nostro ordinamento, ricevendo puntuale declinazione negli obblighi di comunicazione e nei controlli disciplinati dalla stessa legge n. 31 del 1982, la cui violazione può

assumere anche rilevanza penale (Cass. pen., sez. VI, 16 dicembre 1999, n. 715, in ordine alla configurabilità del delitto di cui all'art. 348 cod. pen.).

La disomogeneità delle situazioni poste a raffronto – per le quali vige una disciplina differente, a seconda della occasionalità o stabilità dell'attività – consente, in definitiva, di ritenere manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale riproposta in sede di appello.

42.2. Consulente del lavoro.

La sez. III, con sentenza 19 luglio 2021, n. 5441 ha affermato che dal combinato disposto del d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, convertito in l. n. 148 del 14 settembre 2011, e dal suo regolamento attuativo, emanato con d.P.R. n. 137 il 7 agosto 2012 si evince che l'aspirante Consulente del Lavoro deve svolgere la pratica professionale presso un professionista iscritto all'Albo dei Consulenti del Lavoro.

Ha chiarito la Sezione che la disciplina richiamata ha previsto un sistema di norme diretto a garantire il proficuo svolgimento del periodo di tirocinio professionale, responsabilizzando, anche sul piano disciplinare, sia il professionista affidatario che il praticante, ed affidando specifici poteri di vigilanza e disciplinari agli organismi territoriali degli ordini professionali.

Dal combinato disposto delle norme sopra richiamate si evince, quindi, che “l'effettivo svolgimento dell'attività formativa” del tirocinio professionale, nelle modalità concrete declinate nel regolamento professionale relativo alla professione che il tirocinante intende svolgere, costituisce dovere deontologico sia del tirocinante, sia del professionista affidatario, entrambi soggetti al medesimo potere disciplinare degli organi territoriali e nazionali competenti.

Tale sistema, per la sua applicazione in concreto, presuppone l'appartenenza del professionista “dante pratica” al medesimo Ordine professionale al quale l'aspirante consulente del lavoro intende iscriversi (dopo il superamento dell'esame).

L'art. 6, d.P.R. n. 137 del 2012, prevede, infatti, talune regole per il professionista incaricato per lo svolgimento della pratica: il comma 3, ad esempio, dispone che il professionista non possa assumere più di tre praticanti contemporaneamente, “salva la motivata autorizzazione rilasciata dal competente consiglio territoriale sulla base di criteri concernenti l'attività professionale del richiedente e l'organizzazione della stessa, stabilito con regolamento del consiglio nazionale dell'ordine o del collegio, previo parere vincolante del ministro vigilante”.

In tale disposizione non si specifica quale sia l'ordine professionale.

Se si esaminano il comma 2 ed il comma 3 dello stesso art. 6 secondo cui “presso il consiglio dell'ordine o del collegio territoriale è tenuto il registro dei praticanti” (comma 2) e “il professionista affidatario deve avere almeno cinque anni di anzianità di iscrizione all'albo” (comma 3) risulta evidente che la mancata precisazione dello specifico “ordine professionale” e dello specifico “albo” è dovuta alla circostanza che è assolutamente chiaro, tanto da essere implicitamente ricavabile dal sistema di norme, che il consiglio

competente a tenere il registro dei praticanti e l'albo di iscrizione del professionista affidatario non possano che essere gli stessi della professione relativa alla quale viene svolto il tirocinio.

42.3. Consulente chimico di porto.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con sentenza 2 luglio 2021, n. 639 ha dichiarato legittimo che le Autorità marittime e portuali si avvalgano della consulenza del chimico nell'espletamento delle funzioni relative alla sicurezza dei porti e delle rade connesse alle operazioni di carico, scarico dalle navi con merci pericolose ed al relativo trasbordo, deposito e movimentazione; l'attività dei detti chimici implica la necessità di un rapporto fiduciario con la Pubblica amministrazione di riferimento.

Ha chiarito il C.g.a. che non esiste, a livello primario, una definizione normativa del “consulente chimico di porto”.

L'art. 68 del Codice della navigazione (“vigilanza sull'esercizio di attività nei porti”) si limita a precisare che “coloro che esercitano un'attività nell'interno dei porti ed in genere nell'ambito del demanio marittimo sono soggetti, nell'esplicazione di tale attività, alla vigilanza del comandante del porto”; e che “il capo del compartimento, sentite le associazioni sindacali interessate può sottoporre all'iscrizione in appositi registri, eventualmente a numero chiuso, e ad altre speciali limitazioni coloro che esercitano le attività predette”.

Nella prassi si è parlato di consulenti chimici o di periti chimici di porto, ma senza che tali definizioni siano state mai ancorate a professioni specifiche o al possesso dell'iscrizione a specifici albi professionali.

Solo a partire del 1991 (d.m. 22 luglio 1991 – “norme di sicurezza per il trasporto marittimo alla rinfusa di carichi solidi”) è stato fatto formale riferimento alla figura del “consulente chimico di porto”, ma fornendone la semplice, generica definizione che segue: “1.25 Consulente chimico di porto: il consulente iscritto nel registro di cui all'art. 68 del codice della navigazione”.

Anche nel d.lgs. n. 272 del 27 luglio 1999 (“adeguamento della normativa sulla sicurezza e salute dei lavoratori nell'espletamento di operazioni e servizi portuali, nonché di operazioni di manutenzione, riparazione e trasformazione delle navi in ambito portuale, a norma della l. 31 dicembre 1998, n. 485”) si fa riferimento – per la prima volta, a livello primario - al “consulente chimico di porto”, ma senza alcuna indicazione in ordine agli specifici requisiti professionali che il medesimo deve possedere (non diversamente, nel d.m. 31 ottobre 2007 viene utilizzata, nella Sezione 1, n. 1.25, la stessa definizione contenuta nel d.m. 22 luglio 1991: “Consulente chimico di porto - il consulente iscritto nel registro di cui all'articolo 68 del codice della navigazione”).

In tale contesto, caratterizzato dal fatto che viene individuata un'attività professionale da svolgersi in seno ai porti senza alcuna precisazione in merito ai titoli che, a tal fine, devono essere posseduti, il Ministero dei trasporti e della navigazione ha emanato la circolare relativa alla “disciplina dell'attività dei consulenti chimici di porto” (diretta alle

Capitanerie di porto ed alla Autorità portuali) n. 1160 del 10 dicembre 1999, nella quale è stato precisato che “i consulenti chimici per operare in ambito portuale devono essere iscritti nel registro istituito ai sensi dell’art. 68 cod. nav. del capo del circondario marittimo o dall’autorità portuale dove istituita”

Quanto alle attività del consulente chimico di porto, esse sono, dalla detta circolare, descritte come segue: “accertano le condizioni di pericolosità delle navi relativamente alla presenza di vapori gas pericolosi (infiammabili, tossico nocivi ecc.); accertano le condizioni di pericolosità per l’ingresso degli uomini nelle cisterne, nei serbatoi.....; accertano le condizioni di pericolosità per lavori meccanici a freddo e/o con fonti termiche e/o per l’immissione delle navi in bacino; accertano che i residui solidi o liquidi della bonifica o degassificazione non presentino pericolosità agli effetti di incendi, esplosioni, corrosività o tossicità; rilasciano, determinandone la durata di validità, i relativi certificati attestanti i risultati degli accertamenti effettuati; esprimono pareri su richiesta dell’autorità competente per quanto concerne la sicurezza in ambito portuale, in merito alle merci pericolose e in tutti i casi previsti dalla normativa.....in materia di sicurezza della nave e del porto; compiono gli accertamenti per il rilascio dei certificati attestanti lo stato di sicurezza richiesto per effettuare il lavaggio delle cisterne.....”.

In assenza di una certa definizione giuridica della figura professionale del consulente chimico di porto, diviene indispensabile analizzare l’attività dagli stessi effettivamente svolta nell’ambito del demanio portuale per rilevarne la valenza pubblica o meno.

A tal fine occorre esaminare il d.lgs. 27 luglio 1999, n. 272 concernente l’adeguamento della normativa sulla sicurezza e salute dei lavoratori ed i compiti che vengono affidati all’Autorità portuale. L’art. 22 dello stesso decreto dispone che: “L’Autorità, sentita l’azienda unità sanitaria locale competente, stabilisce i tempi, i limiti e le modalità relativi al deposito temporaneo delle merci pericolose nelle aree portuali in attesa di imbarco o di deflusso”.

È demandato all’Autorità Portuale, ovviamente tramite i c.c.p., il compito di disciplinare le procedure di deposito delle merci pericolose nelle aree ricadenti nell’ambito Portuale sotto la giurisdizione dell’Autorità Portuale.

Ulteriori compiti vengono affidati con il d.lgs. 27 luglio 1999, n. 271 concernente l’adeguamento della normativa sulla sicurezza e salute dei lavoratori marittimi a bordo delle navi mercantili e da pesca nazionali, a norma della l. 31 dicembre 1998, n. 485.

L’attività svolta dai consulenti chimici di porto, anche a seguito dell’emanazione dei suddetti decreti, ha assunto una crescente rilevanza in considerazione della vigente normativa in materia di merci pericolose, finalizzata alla sicurezza della nave, delle operazioni portuali, e di chi nel porto lavora o vi transita.

È, pertanto, legittimo che le Autorità marittime e portuali si avvalgano della consulenza del chimico nell’espletamento delle funzioni relative alla sicurezza dei porti e delle rade connesse alle operazioni di carico, scarico dalle navi con merci pericolose ed al relativo trasbordo, deposito e movimentazione. L’attività dei detti chimici implica la necessità di un rapporto fiduciario con la Pubblica amministrazione di riferimento.

43. Forze armate.

43.1. Limite di età nella partecipazione alla selezione per posti di commissario tecnico psicologo della carriera dei funzionari della Polizia di Stato.

Con ordinanza 30 giugno 2021, n. 4961 la sez. IV ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 31, comma 1, d.lgs. 5 ottobre 2000, n. 334, nella parte in cui fissa l'età massima di trenta anni per la partecipazione al concorso per l'accesso al ruolo dei funzionari tecnici psicologi della Polizia di Stato, in luogo di un più elevato limite da individuarsi nell'età di trentacinque anni, ovvero comunque di trentatré anni, e ciò in relazione all'art. 3, primo comma, Cost., nonché ai connessi principi di uguaglianza e ragionevolezza, di parità di trattamento delle situazioni uguali e di trattamento adeguatamente differenziato delle situazioni diverse, nei sensi e per le ragioni di cui in motivazione.

Ha ricordato la Sezione che un orientamento pur relativamente recente (Cons. Stato, sez. IV, n. 2989 del 2012), collocandosi nel solco della tradizione, “rammenta, conclusivamente, che la Corte Costituzionale ha costantemente affermato, in passato, che “rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire i requisiti d'età per l'accesso ai pubblici impieghi, purché essi non siano determinati in modo arbitrario o irragionevole” ribadendo che “dal riconoscimento dell'importanza costituzionale del lavoro non deriva l'impossibilità di prevedere condizioni e limiti per l'esercizio del relativo diritto, anche attraverso la fissazione di un limite massimo di età posto a tutela di altri valori costituzionalmente garantiti, purché sempre nel rispetto della ragionevolezza dei requisiti soggettivi di partecipazione ai concorsi pubblici” (Corte cost. 22 luglio 1999, n. 357).

Né che la stessa Corte costituzionale, ancora con la sentenza n. 275 del 2020, ribadisca come “già in epoca risalente questa Corte ha affermato, sia pure con riferimento al diverso requisito di accesso rappresentato dall'età, che rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire criteri per l'accesso ai pubblici impieghi, purché i «requisiti non siano determinati in modo arbitrario o irragionevole» (sentenza n. 466 del 1997, punto 3 del Considerato in diritto) e costituiscano “opzione non obbligata sul piano costituzionale”, ben potendo essere perseguite altre soluzioni, in vista di un trattamento uniforme tra i concorrenti (sentenza n. 466 del 1997, punto 4 del Considerato in diritto)”.

Né (con la sentenza n. 466 del 1997) che “nella specie (concorso per l'accesso a posto di ruolo di insegnante statale) il legislatore ha stabilito con una scelta, immune da irragionevolezza e non arbitraria, di estendere i requisiti minimi di età fissati in via generale per gli impiegati civili dello Stato (con rinvio ricettizio mobile) alle relative norme che tradizionalmente richiedono il diciottesimo anno di età”, ponendo sempre in evidenza che (Corte cost., ordinanza, 22 luglio 1999, n. 357)“, inoltre, rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire i requisiti d'età per l'accesso ai pubblici impieghi purché i detti requisiti non siano determinati in modo arbitrario o irragionevole (v., per tutte, le sentenze n. 466 del 1997, n. 412 del 1988)”.

Nondimeno la Sezione, a meglio scansionare la peculiarità della presente vicenda, ritiene sembrino sussistere ulteriori ragioni che, con esclusivo riferimento alla normativa primaria che tale limite di età applica ai funzionari del ruolo tecnico degli psicologi, inducono a ritenere non manifestamente infondata, oltre che con piena evidenza rilevante, la questione di legittimità costituzionale della prefata disposizione legislativa.

Ha rilevato la Sezione che – proprio in ragione della specificità delle funzioni cui sono chiamati (epperò concretamente ed effettivamente; non solo astrattamente e nominalmente) non solo gli agenti e gli assistenti, ma anche gli ispettori e pure i funzionari del ruolo “normale” della Polizia di Stato – rispetto a tutto il personale cui si è testé fatto cenno siano ravvisabili esigenze specifiche, peculiari ed effettive che rendano del tutto giustificabile (e, per vero, pure rispetto al diritto europeo) la previsione, a livello di legislazione statale primaria, di limitazioni anche stringenti in punto di età massima richiesta per l’accesso dall’esterno ai ruoli della Polizia di Stato: non oltre trenta anni, o anche meno.

Ha aggiunto la Sezione che, diversamente dai funzionari di Polizia del ruolo che potremmo definire “normale”, ossia quelli che istituzionalmente e principalmente “espletano funzioni di polizia” – sia ben difficile sostenere la tesi che, quantomeno ordinariamente, le funzioni svolte dai funzionari del ruolo tecnico degli psicologi della Polizia di Stato (in disparte la formale attribuzione delle qualifiche di ufficiale di polizia giudiziaria o di pubblica sicurezza) consistano effettivamente e concretamente, di norma, nello “svolgimento di attività operative ed esecutive”, ovvero di “funzioni operative o esecutive peculiari”.

La Sezione ritiene invece che, all’evidenza, sia esattamente il contrario: ossia che le funzioni ordinariamente richieste al funzionario psicologo non sono tali da giustificare quella deroga di cui si è detto al principio della generale non ragionevolezza di stringenti limitazioni all’accesso in funzione dell’età.

Se, dunque, per l’accesso tramite concorso dall’esterno agli equivalenti ruoli dei funzionari della Polizia di Stato che espletano funzioni di polizia del tutto correttamente e legittimamente (almeno ad avviso di questo Collegio) l’art. 3, comma 1, d.lgs. 5 ottobre 2000, n. 334, nel testo vigente alla data del bando di concorso (e anche nel testo vigente tuttora, introdotto dall’art. 7, comma 1, lett. c), n. 1), d.lgs. 27 dicembre 2019, n. 172) prevede il limite di età di 30 anni, non sembra viceversa corretto, ragionevole, proporzionato e – in ultima istanza – manifestamente conforme a Costituzione (oltre che al diritto europeo, nei sensi già espressi, pur se forse in termini troppo generali, dalla prefata ordinanza n. 3272 del 2021) che identico limite di età sia esteso anche ai funzionari tecnici del ruolo degli psicologi dal qui controverso art. 31, comma 1, d.lgs. n. 334 del 2000.

La Sezione ha evidenziato che, sebbene successivamente la norma sia stata modificata dall’art. 7, comma 1, lett. c), n. 1), d.lgs. 27 dicembre 2019, n. 172, anche nel testo attualmente vigente detto limiti di età è rimasto tuttavia immutato.

La Sezione ha ritenuto debba ulteriormente rappresentarsi che siffatto limite di 30 anni per l'accesso dall'esterno non sussiste quanto agli omologhi ruoli degli ufficiali psicologi, né per l'Arma dei carabinieri, né per la Guardia di finanza.

Con successiva ordinanza 2 settembre 2021, n. 6206 la sez. IV ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la questione se la direttiva 2000/78/Ce del Consiglio del 27 novembre 2000, l'art. 3 del TUE, l'art. 10, Tfu e l'art. 21 della Carte dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea vadano interpretati nel senso di ostare alla normativa nazionale contenuta nell'art. 31, d.lgs. 5 ottobre 2000, n. 334 e nelle fonti di rango secondario adottate dal Ministero dell'interno, la quale prevede un limite di età pari a trent'anni nella partecipazione ad una selezione per posti di commissario tecnico psicologo della carriera dei funzionari della Polizia di Stato.

La Sezione ha ritenuto di sollevare anzitutto la questione di compatibilità con il diritto dell'Unione, in quanto la relativa soluzione, in prospettiva, ha portata più generale.

Vi sono dubbi sulla compatibilità della sopra citata normativa nazionale con il diritto dell'Unione. In particolare, la Sezione ha ritenuto che il possibile contrasto non sia tale da potere essere superato con la disapplicazione diretta della norma nazionale in favore della norma europea, e richieda quindi la pronuncia del giudice europeo.

In primo luogo, le circostanze di cui a questo procedimento rientrano all'evidenza nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78, trattandosi di questione relativa all'accesso al lavoro nel settore pubblico, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lettera a), della direttiva.

La Sezione ha poi ritenuto che si tratti di una discriminazione in base all'età ai sensi dell'art. 2 della direttiva, non giustificata ai sensi dei successivi artt. 4 e 6 di essa.

A semplice lettura del citato art. 30, d.lgs. n. 334 del 2000, del decreto 18 luglio 1985 e dell'art. 1, l. n. 56 del 1989, è evidente che le funzioni del commissario tecnico psicologo sono essenzialmente di carattere tecnico scientifico. Non sono previste come essenziali a questa figura professionale funzioni operative di tipo esecutivo che come tali richiedano capacità fisiche particolarmente significative, paragonabili a quelle richieste al semplice agente di un corpo di polizia nazionale come delineate dalla sentenza Sorondo di codesta Corte, comunque ritenute compatibili con un limite di età superiore di cinque anni a quello qui contestato. Ad avviso di questo Giudice, è significativo anche il confronto con il caso deciso dalla sentenza Perez, che ha considerato come si è visto sproporzionato lo stesso limite di 30 anni per l'accesso alla qualifica di agente semplice, in un caso in cui le relative funzioni erano prevalentemente amministrative, ma non escludevano comunque in assoluto interventi basati sulla forza fisica.

A più forte ragione quindi il limite si dovrebbe ritenere incongruo in questo caso, in cui gli interventi di questo tipo del tutto estranei sono estranei alle mansioni tipiche della qualifica. Va infatti considerato che l'art. 43 del citato d.P.R. n. 337 del 1982, in questa parte ancora vigente, prevede che "Il personale dei ruoli tecnici può essere impiegato, in relazione alle esigenze di servizio e limitatamente alle proprie mansioni tecniche, in

operazioni di polizia ed in operazioni di soccorso in caso di pubbliche calamità ed infortuni”, e quindi configura questo impiego come eccezionale, e comunque sempre da disporre nell’ambito delle mansioni tecniche caratteristiche dei vari ruoli.

Sempre nel senso del carattere sproporzionato del limite depongono anche la previsione ulteriori del d.lgs. n. 334 del 2000 che si è illustrata, secondo la quale per l’accesso è richiesta una sana costituzione psicofisica, ma non una particolare efficienza atletica, il che è del tutto compatibile con un’età superiore ai trent’anni considerati.

Inoltre, la previsione del comma 4 dell’art. 3 del decreto, ovvero la riserva al personale già in servizio di età però superiore, consente di affermare che un’età iniziale di 40 anni non è in assoluto incompatibile con le funzioni del commissario tecnico.

Infine, l’età pensionabile fissata come si è visto a 61 anni assicura comunque un congruo periodo di servizio prima del collocamento a riposo anche a chi incominciasse la propria carriera dopo i 30 anni.

Ancora prima la sez. IV, con ordinanza 23 aprile 2021, n. 3272 ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione relativamente ai limiti di età per la partecipazione ad una selezione per posti di commissario della carriera dei funzionari della Polizia di Stato.

Ha ricordato la Sezione che la direttiva 2000/78 CE è stata attuata nell’ordinamento nazionale dal d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, che ne riproduce quasi alla lettera gli articoli.

In particolare, l’art. 2 prevede le nozioni di “discriminazione” e di “discriminazione diretta” negli stessi termini dell’art. 2 della direttiva sopra riportato. L’art. 3, comma 1, d.lgs. n. 216 del 2003 prevede poi il campo di applicazione del decreto, e in particolare, così come l’art. 3 della direttiva, che “il principio di parità di trattamento senza distinzione ... di età ... si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato ... con specifico riferimento” fra l’altro ad “accesso all’occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione”.

La disciplina degli artt. 4 e 6 della direttiva è infine riprodotta nello stesso art. 3 del decreto. In dettaglio, il comma 3 prevede che: “Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e purché la finalità sia legittima, nell’ambito del rapporto di lavoro ... non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell’articolo 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse ... all’età ..., qualora, per la natura dell’attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell’attività medesima.” Il comma 4 *bis*, lettera c), fa salva “la fissazione di un’età massima per l’assunzione, basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro in questione o sulla necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento”. Infine, il comma 6 prima parte prevede che “Non costituiscono, comunque, atti di discriminazione ai sensi dell’articolo 2 quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari”.

Ciò posto, la disciplina generale dell’età di accesso ai concorsi pubblici è stabilita dall’art. 3, comma 6, l. 15 maggio 1997, n. 127, secondo il quale “La partecipazione ai concorsi indetti da pubbliche amministrazioni non è soggetta a limiti di età, salvo deroghe dettate

da regolamenti delle singole amministrazioni connesse alla natura del servizio o ad oggettive necessità dell'amministrazione”.

Nello specifico, la figura professionale del commissario di polizia è disciplinata dal d.lgs. 5 ottobre 2000, n. 334.

Il limite di età per partecipare al relativo concorso è previsto dall'art. 3, comma 1, dello stesso decreto, secondo cui “Il limite di età per la partecipazione al concorso, non superiore a trenta anni, è stabilito dal regolamento adottato ai sensi dell'art. 3, comma 6, l. 15 maggio 1997, n. 127, fatte salve le deroghe di cui al predetto regolamento”. A sua volta il regolamento d.m. 13 luglio 2018, n. 103 all'art. 3, comma 1, prevede appunto un limite di 30 anni.

Si deve segnalare anche l'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 334 del 2000, che prevede comunque nell'ambito del concorso una prova di efficienza fisica, il cui esito negativo può da solo determinare il non superamento della selezione. Infine, l'art. 3, comma 4, sempre del decreto n. 334 del 2000 ha previsto che “il venti per cento dei posti disponibili per l'accesso alla qualifica di commissario è riservato al personale della Polizia di Stato in possesso del prescritto diploma di laurea a contenuto giuridico e con un'età non superiore a quaranta anni”, quindi di dieci anni superiore al limite generale. Infine, per il personale della Polizia di Stato, l'età limite oltre la quale il personale è collocato a riposo per raggiunti limiti di età è di 61 anni, ai sensi degli artt. 1 e 2, d.lgs. 30 aprile 1997, n. 165.

La Sezione ha sollevato dubbi sulla compatibilità della sopra citata normativa nazionale con il diritto dell'Unione, sul rilievo che il possibile contrasto non sia tale da potere essere superato con la disapplicazione diretta della norma nazionale in favore della norma europea, e richieda quindi la pronuncia di codesta Corte.

In primo luogo, le circostanze di cui a questo procedimento rientrano all'evidenza nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78, trattandosi di questione relativa all'accesso al lavoro nel settore pubblico, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a, della direttiva.

Si tratta, inoltre, di una discriminazione in base all'età ai sensi dell'art. 2 della direttiva, non giustificata ai sensi dei successivi artt. 4 e 6 di essa.

A semplice lettura del citato art. 2, comma 2, del decreto n. 334 del 2000, è evidente che le funzioni del commissario di Polizia sono essenzialmente direttive e di carattere amministrativo. Non sono previste come essenziali a questa figura professionale funzioni operative di tipo esecutivo che, come tali, richiedano capacità fisiche particolarmente significative, paragonabili a quelle richieste al semplice agente di un corpo di polizia nazionale.

Infine, l'età pensionabile fissata come si è visto a 61 anni assicura comunque un congruo periodo di servizio prima del collocamento a riposo anche a chi incominciasse la propria carriera dopo i 30 anni.

43.2. Accertamenti psico-attitudinali per l'accesso ai ruoli della Polizia di Stato.

La sez. IV, con sentenza 8 aprile 2021, n. 2826 ha affermato che l'art. 24, l. n. 53 del 1989, laddove esige che l'esonero dagli accertamenti psico-attitudinali riguardi la parte degli stessi effettuata al momento dell'ingresso nella carriera, rappresenta norma eccezionale che, in quanto tale, è suscettibile di stretta interpretazione.

La Sezione, quanto alla reiterazione degli accertamenti attitudinali, ha evidenziato che la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. IV, n. 3622 del 2020) ha chiarito che: a) l'art. 2, d.m. n. 198 del 2003 consente la reiterazione anche in corso di rapporto, purché dietro "adeguata motivazione" e "in relazione a specifiche circostanze rilevate d'ufficio"; b) più in generale, l'art. 25, comma 2, l. n. 121 del 1981 stabilisce che "i requisiti psico-fisici e attitudinali, di cui debbono essere in possesso gli appartenenti ai ruoli della Polizia di Stato, che esplicano funzioni di polizia, sono stabiliti con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'interno", in tal modo, evidentemente, postulandone la necessaria e continuativa permanenza in capo al personale in servizio; c) la verifica circa il perdurante possesso dei requisiti richiesti *ex lege* prescinde sia dal pregresso percorso di carriera del dipendente, sia da eventuali profili di colpa in capo a questo e costituisce, di contro, una generale facoltà dell'Amministrazione, quale precipitato tecnico-organizzativo del principio di buon andamento Cons. Stato, sez. III, 11 settembre 2014, n. 4651, secondo cui l'Amministrazione è tenuta, al fine di ben adempiere alle funzioni istituzionali, all'accertamento dell'attuale, piena ed effettiva idoneità del personale allo svolgimento dei delicati compiti di istituto, ogniquale volta ve ne sia il caso); d) è immune da censure la motivata decisione amministrativa di disporre un apposito accertamento in merito, proprio al fine di vagliare il concreto ed attuale profilo psico-fisico ed attitudinale del soggetto riammesso, dopo lungo tempo, in servizio (Cons. Stato, sez. IV, ordinanza, 31 gennaio 2020, n. 396; id., sez. III, 20 febbraio 2013, n. 1051; id. 19 aprile 2012, n. 2306; id., sez. VI, 30 luglio 2009, n. 4794; vedasi pure il parere n. 4787 in data 29 ottobre 2010 della commissione speciale del Consiglio di Stato del 4 ottobre 2010, costituita ai sensi dell'art. 22, r.d. n. 1054 del 1924).

La sez. IV, con sentenza 8 aprile 2021, n. 2833 ha escluso che sia ripetibile il giudizio di inidoneità psico-fisica e attitudinale espresso in occasione dei reclutamenti nelle Forze armate e di polizia, e come tale sindacabile esclusivamente ove il candidato escluso provi, in primo grado, la specifica violazione di particolari disposizioni che disciplinano la fase degli accertamenti ovvero il mal funzionamento della apparecchiatura tecnica impiegata per gli accertamenti.

La Sezione ha richiamato i consolidati principi espressi in materia (n. 7325 del 2020; n. 5221 del 2020; n. 5168 del 2020), secondo cui: a) nell'ambito delle procedure concorsuali, i requisiti di idoneità devono essere posseduti entro la data di scadenza del termine per la partecipazione e devono essere verificabili nei tempi della selezione concorsuale, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti; tale impostazione è stata integralmente recepita dall'art. 7 *bis*, d.lgs. n. 95 del 2017 (novellato dal d.lgs. n. 172 del 2019), da una norma dunque ricognitiva di un assetto di interessi e principi ben delineati dalla

giurisprudenza del Consiglio di Stato; b) il riscontro della legittimità del giudizio medico legale, graduato in funzione delle peculiarità dei diversi status di impiego, deve essere effettuato avuto riguardo alle circostanze di fatto e di diritto vigenti al momento della sua emanazione (che coincide con il momento della sottoposizione dell'interessato agli accertamenti sanitari e attitudinali), essendo irrilevante la prospettiva di un eventuale miglioramento delle condizioni di salute, dovuto a successivi trattamenti terapeutici o al semplice decorso del tempo. Ciò, sia nell'interesse pubblico generale sotteso alla programmazione e all'organizzazione dell'Amministrazione, sia a garanzia della par condicio fra i candidati, al momento del reclutamento; se infatti si fondasse l'ammissione alla procedura sugli accertamenti successivi si metterebbe in crisi l'intero sistema di reclutamento - fondato sul criterio "della infungibilità", anche sotto il profilo temporale, degli accertamenti eseguiti - che sarebbe permanentemente "esposto" ad esiti di segno contrario, accertati a distanza di tempo e sulla scorta di dati che possono essere stati modificati dalla condotta del soggetto interessato; ciò in contrasto con il principio per cui i requisiti, anche fisici, vanno posseduti al momento della scadenza del termine del bando, e comprovati allorché l'Amministrazione ne promuove l'accertamento (Cons. Stato, sez. IV, 1 luglio 2020, n. 4228); c) sono irrilevanti le valutazioni medico-legali espresse da organismi sanitari anche pubblici (o da pareri *pro veritate* di medici di fiducia) diversi da quelli istituzionalmente competenti, salvo che i giudizi delle speciali commissioni non siano affetti da abnormità (cfr. relativamente a reclutamenti nella Polizia di Stato, Cons. Stato, sez. IV, 29 maggio 2020 n. 3015; sez. IV, n. 117 del 2020 propriamente relativo ad una fattispecie di esclusione per inidoneità derivante dalla carenza dei requisiti fisici per indice di massa grassa superiore rispetto al valore massimo consentito; n. 1640 del 2016; con riferimento ai reclutamenti nelle Forze armate e nelle Forze di polizia ad ordinamento militare, cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 1720 del 2020; n. 5843 del 2018; n. 5615 del 2017; n. 4038 del 2016; n. 2870 del 2016), circostanza questa che non ricorre nel caso di specie; d) la Commissione che si adegua alla valutazione medico-legale non è soggetta ad un obbligo rafforzato di motivazione tenuto anche conto della precettività della disciplina tecnica di settore e del valore fidefacente del verbale (cfr. al riguardo, Cons. Stato, sez. IV, n. 3601 del 2013; n. 5308 del 2012); e) l'idoneità psico-fisica al servizio incondizionato e quella richiesta per l'arruolamento, non consiste nella mera assenza di patologie implicanti disturbi funzionali, ma richiede una particolare prestanza fisica e psicologica che ben può essere impedita anche da alterazioni organiche non patologiche accertate; f) sono irrilevanti gli esiti positivi di pregressi arruolamenti (perché sono diverse le norme di riferimento, le condizioni di stato, e tenuto conto dell'evoluzione delle condizioni psico-fisiche); g) i giudizi attitudinali e psico-fisici negativi sono irripetibili salvo che non risultino abnormi perché effettuati con il dimostrato mal funzionamento o alterazione degli strumenti usati per la diagnostica oppure quando siano alterati in modo sostanziale i protocolli per la raccolta di campioni e simili.

43.3. Esclusione da un concorso per finanziari della candidata in stato di gravidanza.

Con sentenza 24 dicembre 2021, n. 8578 la sez. II ha giudicato illegittima l'esclusione di una candidata dal concorso per allievi finanziari perché in stato di gravidanza, contrastando tale esclusione sia con il quadro normativo di riferimento che con i principi elaborati sul punto dalla giurisprudenza, entrambi volti ad evitare ogni forma di discriminazione fondata sul sesso e a garantire la parità di trattamento tra uomo e donna anche con riferimento all'accesso al lavoro.

Ha chiarito la Sezione che l'impianto normativo, sia nazionale che sovranazionale, è univoco nell'escludere che lo stato di gravidanza possa rappresentare un ostacolo nell'accesso al lavoro o fonte di discriminazione nell'ambito del rapporto lavorativo.

L'uguaglianza sostanziale tra i candidati, senza distinzione di genere, sarebbe frustrata in via definitiva se lo stato di gravidanza si trasformasse da impedimento temporaneo all'accertamento a causa definitiva di esclusione. Giova, sotto tale profilo, richiamare i principi espressi dalla Corte di Giustizia, secondo cui il rifiuto d'assunzione per motivo di gravidanza può opporsi solo alle donne e rappresenta, quindi, una discriminazione diretta a motivo del sesso (sentenza 8 novembre 1990, Dekker, C-177/88, punto 12).

Per tale ragione, l'art. 3, d.m. 17 maggio 2000, n. 155 (Regolamento recante norme per l'accertamento dell'idoneità al servizio nella Guardia di finanza) - secondo cui l'accertamento nei riguardi dei candidati che partecipano ai concorsi per il reclutamento nella Guardia di finanza è effettuato entro il termine stabilito dal bando di concorso in relazione ai tempi necessari per la definizione della graduatoria - non può che essere letto nel senso di essere volto a garantire l'uguaglianza sostanziale dei candidati che aspirano all'arruolamento in Guardia di Finanza e ad evitare che la gravidanza, di per sé, possa costituire una causa di esclusione dal concorso, e, quindi, fonte di una discriminazione diretta fondata sul sesso, la cui eliminazione si impone come un obiettivo multilivello.

Il comma 3 del citato decreto non può essere letto in stretta correlazione con il comma 2, nel senso che l'accertamento nei confronti della candidata in gravidanza è precluso definitivamente oltre il termine stabilito dal bando. Osta a siffatta interpretazione la duplice considerazione per cui, sul piano logico, la durata dell'impedimento in questione non può che essere condizionata dallo sviluppo fisiologico della gravidanza e, sul piano giuridico, la lettura congiunta dei due commi suggerita dalla difesa erariale trasformerebbe l'impedimento da temporaneo in definitivo, configurando una clausola di esclusione non prevista espressamente dal bando e riferita esclusivamente alle candidate di sesso femminile.

Dalla qualificazione della gravidanza come temporaneo impedimento all'accertamento discende, in via consequenziale, una ammissione con riserva della candidata, come correttamente ritenuto dal Tar.

Sotto tale profilo, l'art. 2139, comma 1 *bis*, del Codice militare, nel prevedere che l'accertamento di idoneità al servizio venga rinviato, per le candidate in stato di gravidanza, e svolto nel primo concorso utile successivo, si limita unicamente a disciplinare e chiarire, sul piano pratico-operativo, la fase posteriore alla cessazione dell'impedimento e le

conseguenze dell'esito positivo dell'accertamento successivamente svolto, con riferimento alla frequenza del corso di formazione, agli effetti giuridici ed economici. La citata novella, tuttavia, nulla ha innovato in punto di temporaneità dell'impedimento che, già sulla base del d.m. n. 155 del 2000, non poteva che tradursi in una sospensione dell'accertamento dell'idoneità fino alla cessazione della causa impeditiva.

La situazione della candidata in gravidanza al momento dell'accertamento è, del pari, non assimilabile a quella di chi versa nel medesimo momento in condizioni di infermità, per la già ricordata considerazione che la gravidanza è una situazione peculiare del sesso femminile, ad evoluzione fisiologica predeterminata e, in linea di massima, prevedibile, mentre l'infermità è una condizione comune a entrambi i sessi, la cui durata è, sul piano prognostico, non predeterminabile. Da ciò discende che l'applicazione del limite temporale previsto dall'art. 3, comma 3, d.m. n. 155 del 2000 esclusivamente a chi versi in stato di infermità non evidenzia alcuna irragionevolezza della disciplina, non determinando alcuna discriminazione nell'accesso all'impiego fondata sul sesso che il comma 2 del medesimo art. 3 mira ad evitare.

43.4. Esclusione da un concorso pubblico per l'assunzione di allievi- agenti della Polizia di Stato per la presenza di un tatuaggio sul polso sinistro di un candidato.

La sez. IV, con sentenza 8 aprile 2021, n. 2825 ha giudicato legittimo il provvedimento di esclusione dal concorso pubblico per l'assunzione di allievi agenti della Polizia di Stato, motivato per l'esistenza sul polso sinistro del candidato di un tatuaggio visibile con l'uniforme in via di rimozione, in quanto da essa non coperto, rappresentativo di pulsanti di un apparecchio riproduttore di suoni, senza che possa rilevare la circostanza che il candidato abbia iniziato la procedura per rimuoverlo.

43.5. Consumo di cannabis light da parte dell'appartenente all'Arma dei Carabinieri.

Con ordinanza 19 marzo 2021, n. 195 il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana ha affermato che il consumo di cannabis light da parte dell'appartenente all'Arma dei Carabinieri, anche laddove eventualmente documentato e provato, integra grave illecito disciplinare.

Ha ricordato il C.g.a. che nel caso di un appartenente all'Arma dei Carabinieri, anche un solo episodio di consumo di sostanze stupefacenti legittima la sanzione di grado massimo applicata nel caso di specie, atteso che la condotta, non conforme a criteri di correttezza ed esemplarità anche per un comune cittadino, si rivela particolarmente grave per chi appartiene ad una struttura, come l'Arma dei Carabinieri, che ha come scopo istituzionale quello della lotta al traffico di stupefacenti.

43.6. Attività extraistituzionali non autorizzate.

Con sentenza 27 maggio 2021, n. 4091 la sez. II ha affermato che lo svolgimento di incarichi extraistituzionali in assenza di autorizzazione implica conseguenze per tutti i

soggetti coinvolti nella vicenda. Il versamento dei compensi all'Amministrazione di appartenenza avviene da parte del dipendente ove li abbia già percepiti, ovvero di chi ha conferito l'incarico, non potendo il beneficio della previa escussione dello stesso risolversi in un'indebita *locupletatio* del primo, ove abbia già introitato le relative somme. La controversa natura della misura in questione, che comunque sottintende una componente sanzionatoria del dovere di esclusività del rapporto di pubblico impiego, prescinde sia dalla verifica della sussistenza di un danno effettivo per la p.a. di appartenenza, sia da valutazioni di colpevolezza, che attengono alle eventuali diverse fattispecie di danno erariale con cui può concorrere. La disposizione trova applicazione anche nei confronti del personale militare e delle forze di polizia di Stato, non essendo necessario un ulteriore rinvio alla disciplina generale contenuta nel d.lgs. n. 165 del 2001 (T.u.p.i.) una volta che ciò sia stato espressamente previsto all'interno dello stesso per tutto il personale non contrattualizzato (art. 53, comma 6).

Ha chiarito la Sezione che il regime giuridico ordinario per poter legittimamente svolgere un'attività extraistituzionale è il conseguimento di un'autorizzazione preventiva da parte della propria Amministrazione, la mancanza della quale determina una serie di conseguenze nei confronti di tutti i soggetti interessati alla vicenda. Se l'incarico retribuito è conferito da una pubblica amministrazione, ad esempio, ovviamente diversa da quella di appartenenza dell'interessato, il provvedimento di conferimento, ai sensi dell'art. 53, comma 8, d.lgs. n. 165 del 2001 costituisce infrazione disciplinare ed è nullo di diritto. Una lettura delle norme nel loro complesso ne evidenzia la finalità di dissuasione, in generale, del fenomeno dell'assunzione di incarichi extraistituzionali retribuiti, in quanto contrario al dovere di esclusività del rapporto del pubblico dipendente con l'amministrazione, discendente dall'art. 98, comma 1, Cost., nonché alla necessità di evitare situazioni di conflitto di interessi o di assoluta incompatibilità con l'attività principale svolta presso l'amministrazione di appartenenza. Il comma 7 dell'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001 impone al dipendente pubblico di restituire automaticamente all'Amministrazione di appartenenza i compensi percepiti per incarichi extraistituzionali privi della prescritta autorizzazione, prescindendo dalla tipologia di attività svolta e dunque in maniera pressoché meccanicistica rispetto al dato oggettivo di ridetta mancanza. Essa non è, dunque, norma che prevede una sanzione disciplinare, ma una misura reale di natura compensativa della condotta irregolare del dipendente, che ne destina preventivamente i compensi percepiti in assenza di una preventiva autorizzazione, funzionalizzandone anche l'utilizzo ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti. La tutela risarcitoria dell'Amministrazione resta invece affidata alle previsioni del successivo comma 7-*bis* dell'art. 53, il quale prevede che la percezione irregolare di compensi per attività extraprofessionali costituisce danno erariale soggetto alla giurisdizione della Corte dei conti. La norma si applica anche al personale militare, giusta l'esplicita previsione in tal senso contenuta nel comma 6 dell'art. 53, che estende la relativa disciplina "ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, compresi quelli di cui all'art. 3". Mentre, dunque, in linea generale il personale in regime di diritto pubblico elencato all'art. 3, nell'ambito del quale rientra anche quello militare e delle forze

di polizia di Stato, resta assoggettato alle norme rivenienti dai rispettivi ordinamenti, ciò non vale per la disciplina delle conseguenze delle violazioni in materia di incompatibilità degli incarichi, espressamente estesa anche allo stesso. Né a tale ricostruzione osta la sopravvenuta formulazione dell'art. 896, d.lgs. n. 66 del 2010, che con riferimento alle attività extraistituzionali da svolgere previa autorizzazione da parte dei militari richiama espressamente i (soli) commi da 8 a 16-*bis* dell'art. 53 del T.u.p.i., omettendo di menzionare anche il comma 7. L'apparente difetto di coordinamento tra le due norme non può certo risolversi, infatti, in un'abrogazione del richiamo, interno alla norma, ai commi da 7 a 13, che si giustifica in ragione del diverso ambito di riferimento, ovvero tutto il pubblico impiego non contrattualizzato, non soltanto il personale delle forze armate. Una diversa interpretazione determinerebbe una inspiegabile e irragionevole disparità di trattamento a favore di quest'ultimo nei confronti di tutti gli altri dipendenti pubblici, anche non contrattualizzati, solo per i quali, non operando ridetta abrogazione, resterebbe fermo l'obbligo restitutorio.

Ha aggiunto la Sezione che la configurazione come illecito erariale del mancato versamento dei compensi derivanti da attività extraistituzionale da parte del dipendente pubblico, inserita nel d.lgs. n. 165 del 2001 con la l. n. 190 del 2012, costituisce un'ipotesi di "continuità regolativa" tra giurisprudenza e legislatore (Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25769). Essa si riferisce tuttavia all'obbligo di versamento del *tantundem* indebitamente percepito dal dipendente, ovvero versato dall'ente conferente, di natura sanzionatoria della violazione della normativa regolante l'autorizzazione degli incarichi extraistituzionali, distinto dall'illecito erariale che consegue alla sua violazione, in quanto la relativa condotta omissiva provoca un depauperamento delle casse pubbliche rispetto a somme che il legislatore assegna loro con totale automatismo (Corte dei conti, sez. riun. giur., 31 luglio 2019, n. 26). Il mutamento del quadro legislativo non impatta pertanto sulle rivendicate pregresse incertezze in punto di giurisdizione, giustificando il mutato orientamento personale rispetto all'originario incardinamento della causa presso il giudice amministrativo, anziché quello contabile.

Le originarie oscillazioni in ordine alla competenza a giudicare dell'omesso riversamento delle somme indebitamente introitate per attività extraistituzionali sono state definitivamente superate dalla richiamata novella del 2012 che nell'inserire nell'art. 53 del T.u.p.i. il comma 7-*bis*, ha esplicitamente qualificato come illecito erariale la relativa condotta. Al contrario, la responsabilità di che trattasi, se limitata all'inadempimento dell'obbligo di denuncia preventiva dell'incarico, senza che sia dedotta l'esistenza di conseguenze dannose per l'amministrazione di appartenenza, non possa sottrarsi alle ordinarie regole di riparto di giurisdizione e quindi, trattandosi qui di rapporto di pubblico impiego non contrattualizzato, alla giurisdizione del giudice amministrativo. Solo la violazione dell'obbligo restitutorio, in quanto strumentale al corretto esercizio delle mansioni del dipendente, "può essere pertanto addotta come fonte di responsabilità amministrativa", come tale capace di radicare la giurisdizione della Corte dei conti (Cass. civ., sez. un., n. 12579 del 2015). Il sistema delinea dunque un intreccio inscindibile tra le conseguenze dello svolgimento di attività extraistituzionale da parte dei pubblici dipendenti in difetto

di autorizzazione datoriale. Esso crea, cioè, una fattispecie a formazione progressiva nella quale la prima condotta rileva obiettivamente, salvo se ne vogliano contestare i presupposti disconoscendo il diritto dell'Amministrazione alle reversali economiche imposte. Il primo segmento, attiene alle scelte poste in essere dall'Amministrazione per evitare il danno erariale da mancato introito dei compensi illecitamente percepiti dal dipendente; il secondo le ragioni dell'omesso versamento, che implicano necessariamente la valutazione della liceità della condotta, sotto il profilo oggettivo (supposta non necessità dell'autorizzazione) o soggettivo (mancanza dell'elemento psicologico richiesto). L'elemento di criticità del sistema risiede caso mai nelle modalità di coinvolgimento della magistratura contabile, cui il privato dovrebbe rivolgersi autodenunciandosi ovvero diffidando l'amministrazione dal procedere coattivamente, in assenza di specifiche norme di settore, e così ponendosi nella condizione omissiva che il legislatore ha espressamente connotato come illecito erariale. La violazione del primo obbligo di per sé non provoca tuttavia alcun danno, potendo al più quest'ultimo conseguire a caratterizzazioni o esiti antigiusdici ulteriori delle condotte del pubblico dipendente, per le quali sono enucleabili altre e svariate ipotesi di danno erariale, "quali quello legato, ad esempio, all'indebita percezione, totale o parziale, di indennità incentivanti previste nel caso di svolgimento 'a tempo pieno' per il datore di lavoro (indennità di svolgimento 'a tempo pieno' per il datore di lavoro (indennità di esclusività, per esempio, prevista per i medici dipendenti dal Servizio sanitario nazionale o maggiore misura della retribuzione di posizione, differenziale retributivo per i professori universitari a tempo pieno rispetto a quelli a tempo definito), il danno da disservizio ovvero il danno all'immagine, ipotizzabile nel caso di incarichi in conflitto di interesse con l'amministrazione di appartenenza e non autorizzabili" (Corte dei conti, sez. riun. giur., 31 luglio 2019, n. 26).

43.7. Applicabilità degli Engel *criteria* alle sanzioni disciplinari inflitte ai militari.

La sez. IV, con sentenza 26 febbraio 2021, n. 1663 ha affermato che i c.d. Engel *criteria* non si applicano alle sanzioni disciplinari inflitte ai militari.

Ha ricordato la Sezione che alla luce della giurisprudenza eurounitaria, nel valutare la "natura penale di procedimenti e di sanzioni (...)" sono rilevanti tre criteri. Il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale (occorre accertare se le norme che definiscono l'illecito in questione appartengono, secondo il sistema legale del singolo Stato, al campo penale, fiscale, disciplinare o amministrativo); il secondo nella natura dell'illecito; il terzo nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere.

Ha aggiunto che in base alla consolidata giurisprudenza costituzionale (cfr. da ultimo Corte cost. n. 240 del 2018), europea (cfr. da ultimo Corte di giustizia europea, sez. II, 8 maggio 2019, C-53718, Mastromartino; Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 marzo 2014, Grande Stevens) e di legittimità (cfr. Cass. pen., sez. V, 5 febbraio 2019, n. 5679, Erbetta; sez. V, 10 ottobre 2018, n. 45829, Franconi): a) la principale funzione cui tali principi assolvono – in quanto espressione del divieto di *ne bis in idem* sostanziale – è quella di impedire che alla medesima persona, in relazione a identica fattispecie, siano

inflitte due uguali sanzioni di natura ontologicamente penale; b) la materia di elezione è quella degli illeciti bancari, assicurativi, finanziari, tributari, previdenziali, societari; c) l'identità della fattispecie non si configura, già sul piano astratto, in relazione agli illeciti disciplinari che rilevano solo all'interno dei rispettivi ordinamenti di settore (Cass. civ., sez. II, 3 febbraio 2017, n. 2927, concernente sanzioni disciplinari inflitte a carico di notaio; Cass. pen., sez. III, 23 marzo 2015, n. 36350, B., relativa a sanzione disciplinare sportiva, qui la Corte ha anche ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione agli artt. 4 del protocollo n. 7 della Convenzione Edu, 117 e 24 Cost.).

Ha aggiunto la Sezione che nella vicenda in esame si controverte esclusivamente della applicazione di una sanzione disciplinare interna all'ordinamento della Polizia di Stato e non si è in presenza della inflizione di due sanzioni per il medesimo fatto. L'impostazione esegetica in commento ha ricevuto un ulteriore recente avallo dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande camera, 22 dicembre 2020, Gestur Jónsson And Ragnar Halldór Hall c. Islanda, che ha virato verso una interpretazione restrittiva delle condizioni richieste per configurare una controversia penale cui applicare i c.d. Engel *criteria*.

43.8. Decorrenza del termine per l'inizio dell'azione disciplinare nel caso di sentenza della Corte di Cassazione dichiarativa della inammissibilità del ricorso.

Con sentenza 16 agosto 2021, n. 5893 la sez. II ha affermato che il termine previsto dall'art. 1392, comma 3, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 per l'inizio dell'azione disciplinare a carico di un militare, conseguente ad un fatto di rilevanza penale, ha natura perentoria e, nel caso di sentenza della Corte di cassazione dichiarativa della inammissibilità, decorre nel momento in cui l'Amministrazione ha avuto cognizione del dispositivo della sentenza, senza che possa, in alcun modo, assumere rilevanza la successiva acquisizione cognitiva della motivazione della pronuncia di inammissibilità di che trattasi.

Ha ricordato la Sezione che consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato – in piena conformità, del resto, al chiaro disposto del comma 3 dell'art. 1392, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 – ha specificato (6 novembre 2020, n. 6828 e 13 ottobre 2020, n. 6153), che il termine di 270 giorni di che trattasi decorre dalla conoscenza integrale della sentenza irrevocabile di condanna.

In fatti l'art. 1392, comma 3, d.lgs. n. 66 del 2010, laddove indica – quale *dies a quo* del termine per il radicamento e la definizione del procedimento disciplinare di stato – “la data in cui l'amministrazione ha avuto conoscenza integrale della sentenza o del decreto penale irrevocabili, che lo concludono”, fa evidentemente riferimento a una conoscenza giuridicamente certa, che può derivare solo dall'acquisizione di copia conforme della sentenza, completa dell'attestazione di irrevocabilità; mentre la norma stessa non individua un termine entro il quale l'Amministrazione debba provvedere all'acquisizione documentale, oltretutto dipendente dai tempi necessari alle cancellerie degli uffici giudiziari per evadere le richieste (Cons. Stato, sez. IV, 1° ottobre 2019, n. 6562 e 17 luglio 2018, n. 4349).

Dal tenore della disposizione, deve quindi ritenersi che il termine d'inizio dell'azione disciplinare coincida con il momento in cui l'Amministrazione ha avuto a disposizione il testo integrale della sentenza penale, completa della parte motiva (cfr., ulteriormente, Cons. Stato, sez. IV, 1° ottobre 2019, n. 6562; 26 febbraio 2019, n. 1344; 4 ottobre 2018, n. 5700; 17 luglio 2018, n. 4349).

La condivisione di tale orientamento, impone tuttavia di indagarne la ratio ispirativa.

La formulazione della disposizione, vigente *ratione temporis*, che “congelava” il procedimento disciplinare fino alla definizione di quello penale (art. 1393, comma 1, d.lgs. n. 66 del 2010, nel testo antecedente alle modifiche apportate dalla legge n. 124 del 2015 e dal d.lgs. n. 91 del 2016) non è esattamente coincidente con quella relativa alla disciplina dei termini di avvio e conclusione del procedimento disciplinare di stato a seguito di giudizio penale (art. 1392, comma 1, del medesimo Codice militare).

La conoscenza integrale della sentenza, da parte dell'Amministrazione, segna l'inizio della decorrenza del termine, di natura perentoria, per la promozione o il promovimento dell'azione disciplinare; ed è stabilito: da un lato, per consentire all'Amministrazione di avere un'esatta cognizione dei fatti accertati in sede penale; dall'altro, per garantire all'incolpato che la contestazione avvenga senza ritardo rispetto a tale conoscenza.

Se è, quindi, vero che, ai fini della contestazione degli addebiti, il termine non inizia a decorrere prima che siano esauriti tutti gli incombeni della fase o del grado del procedimento penale (che si realizza con il deposito della sentenza completa di motivazione), l'eventuale “contestazione” all'atto della conoscenza del solo dispositivo della sentenza irrevocabile non incorre in alcuna preclusione, poiché il principio di pregiudizialità presuppone soltanto l'esistenza di un procedimento penale non ancora definito (Cons. Stato, sez. IV, 20 febbraio 2020, n. 1273).

Deve, conseguentemente, ritenersi che l'avvio del procedimento disciplinare non soltanto possa, ma debba avvenire nel momento in cui l'Amministrazione abbia acquisito la certezza della definitività della condanna: la finalità della disposizione anzidetta, con ogni evidenza risiedendo nell'esigenza che l'esercizio del potere disciplinare, fin dalla sua fase genetica, sia assistito dalla piena cognizione (della consistenza e qualità) dei fatti in sede penale ascritti al dipendente, nonché del complesso di circostanze acquisite al giudizio, conclusosi con sentenza di condanna (ossia, dal momento in cui l'Amministrazione ha avuto esatta cognizione dei fatti accertati in quella sede, al fine di poter essere in grado di valutare, in maniera adeguata, tutti gli elementi utili per condurre la successiva azione amministrativa: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11 giugno 2015, n. 2853).

Ha peraltro chiarito la Sezione che laddove il giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione si concluda non già con una sentenza di reiezione del gravame, bensì con una sentenza dichiarativa dell'inammissibilità (per qualunque ragione) del ricorso, con accessiva statuizione del già avvenuto passaggio in giudicato, *in toto*, della pronuncia resa dalla Corte di Appello l'esigenza conoscitiva di che trattasi va ricondotta necessariamente, per una suprema e inderogabile esigenza di intrinseca coerenza dell'ordinamento giuridico, alla pronuncia di secondo grado: rispetto alla quale la sentenza in rito della Cassazione, per sua stessa definizione, non può introdurre alcun profilo modificativo, con riferimento

agli elementi suscettibili di valutazione in sede disciplinare (ovvero: la sussistenza del fatto, l'illiceità penale e l'affermazione che l'imputato lo ha commesso; ma neppure alcuna ulteriore qualificazione o contestualizzazione del fatto medesimo).

Se, dunque, l'Amministrazione è tenuta ad avviare il procedimento disciplinare dal momento in cui la commissione del fatto e la sua qualificazione come reato siano divenuti incontrovertibili per effetto del formarsi del giudicato, ne deriva che, a fronte della comunicazione del dispositivo della sentenza della Cassazione, il termine per l'avvio del procedimento andava, nella fattispecie all'esame, a coincidere con tale data; senza che potesse, in alcun modo, assumere rilevanza la successiva acquisizione cognitiva della motivazione della pronuncia di inammissibilità di che trattasi.

La ritenuta non ammissibilità del ricorso in Cassazione esclude, infatti, che la conseguente pronuncia in rito – lungi dal limitarsi ad esaminare, esclusivamente, il contenuto del proposto ricorso – altrimenti attinga al contenuto della sentenza di appello (la quale, infatti e conseguentemente, viene ad essere integralmente coperta dal giudicato per effetto della suindicata definizione, dichiaratamente in rito, del ricorso per Cassazione).

Con il corollario che, in tali casi, ove per avventura la successiva motivazione della sentenza di inammissibilità – quand'anche per argomentare sulla qualificazione (invero concettualmente spuria, ma ormai del tutto consolidata nel c.d. diritto vivente, della Cassazione penale) del ricorso in termini di “manifesta infondatezza”, onde fondarvi la prefata declaratoria in rito invece che un (dogmaticamente forse più corretto) rigetto nel merito – dovesse indulgere a qualsivoglia considerazione circa i fatti oggetto della (già definitiva) condanna penale, ciò non potrebbe che considerarsi in termini di *obiter dicta*, ossia di valutazione di natura non giudiziaria, proprio perché successiva alla già verificatasi formazione del giudicato (riferito alla sentenza d'appello) e come tale non passibile di considerazione alcuna (giuridicamente rilevante) nel successivo procedimento disciplinare.

43.9. Disciplina del *whistleblower* nelle Forze armate.

La sentenza 6 dicembre 2021, n. 8150 della sez. II ha affermato che il trasferimento di un militare intervenuto in conseguenza di segnalazioni non viola la disciplina in materia di c.d. *whistleblowing* nel caso in cui le appaiono motivate non tanto dall'esigenza di una mera e lata volontà di concorrere a perseguire l'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione, quanto, piuttosto, da un interesse personale e, comunque, strettamente connesso a rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro nei confronti di superiori. Ha ricordato la Sezione che in occasione del parere reso dal Consiglio di Stato in occasione dell'esame di un atto generale connesso all'introduzione nell'ordinamento della disciplina sopra citata (v. parere n. 615/2020 del 24 marzo 2020, adottato dalla sez. I nell'adunanza del 4 marzo 2020, avente ad oggetto la “Richiesta di parere in ordine al documento “Linee Guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-*bis*, d.lgs. n. 165 del 2001 (c.d. *whistleblowing*)””), è stato affermato che occorresse “una puntuale perimetrazione dell'ambito applicativo in modo da evitare che la

nuova disciplina possa essere strumentalmente utilizzata per scopi essenzialmente di carattere personale o per contestazioni o rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro nei confronti di superiori. Di questo aspetto si è occupato lo stesso Consiglio di Stato (sez. VI, n. 28 del 2020) quando ha annotato che la disciplina di cui all'art. 54-*bis*, d.lgs. n. 165 del 2001 si pone “in rapporto di eccezione rispetto al principio generale di accessibilità nei casi in cui sussista un interesse giuridicamente rilevante. Tale eccezionalità è suffragata anche dalla lettura della disposizione stessa, che collega la sua applicabilità a una serie di presupposti molto stringenti (in particolare, l'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione e i soggetti tassativamente indicati come destinatari della segnalazione). Ne deriva che l'istituto, secondo le regole delle norme eccezionali, non possa essere applicato ‘oltre i casi e i tempi in esse considerati’, secondo la regola di cui all'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale.”

Ed invero in occasione di Cons. Stato, sez. VI, n. 28 del 2020, è stato sostenuto che “Se quindi le ragioni pubbliche devono necessariamente sussistere, la lettera della legge (che riporta, tra i presupposti di applicabilità dell'istituto stesso, che la segnalazione sia fatta “nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione” (...) deve essere letta in senso opposto nel senso che “l'istituto del *whistleblowing* non è utilizzabile per scopi essenzialmente di carattere personale o per contestazioni o rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro nei confronti di superiori. Questo tipo di conflitti infatti sono disciplinati da altre normative e da altre procedure.”

E tale lettura va confermata, evidenziando come, in tema di applicazione dell'istituto del c.d. *Whistleblowing* (...), ogni qualvolta si sia in presenza di una segnalazione (...) non motivata “nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione” (come avviene quando vi confluiscono anche scopi essenzialmente di carattere personale o per contestazioni o rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro), la segnalazione stessa non è sottratta all'accesso (...).”

43.10. Trasferimento temporaneo per ricongiungimento al figlio infratrenne dei volontari in ferma prefissata.

La sez. II, con sentenza 3 dicembre 2021, n. 8051 ha affermato che l'art. 42 *bis*, d.lgs. n. 151 del 2001, in mancanza di una espressa previsione preclusiva, è astrattamente suscettibile di applicazione anche nei riguardi dei volontari in ferma prefissata in considerazione dei dettami della disciplina comunitaria (clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999, allegato alla direttiva 1999/70/CE), che depongono nel senso della almeno tendenziale estensione ai lavoratori a tempo determinato delle prerogative di tutela contemplate in favore dei lavoratori a tempo indeterminato.

Ha ricordato la Sezione che la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, in data 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, intitolata “Principio di non discriminazione”, che al punto 1 così dispone: “Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non

possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive”. Tale disposizione è stata peraltro valorizzata dalla Corte di Giustizia, anche in una recente pronuncia (Corte giust.comm.ue, sez. VI, 3 giugno 2021) cosicché può ritenersi ormai ben consolidato un preciso orientamento, a livello comunitario, suscettibile di applicazione nei Paesi membri, che tende ad estendere la tutela del lavoratore a tempo indeterminato in maniera da abbracciare anche i lavoratori a tempo determinato. Tale “principio di non discriminazione”, come coniato dalla rubrica dell’articolo, ha trovato peraltro applicazione anche ai fini della necessaria conservazione, in favore dei dipendenti pubblici passati in ruolo, dell’anzianità e quindi del trattamento economico e dei livelli incrementali maturati durante il servizio a tempo determinato, in modo da escludere qualsivoglia *reformatio in pejus* nel passaggio al regime a tempo indeterminato (Corte giust.comm.ue, sez. IV, 18 ottobre 2012).

Infra si verificherà se emergono quelle “ragioni oggettive” che possono ostacolare, secondo gli stessi dettami comunitari, la ravvisata carica espansiva delle prerogative contemplate per i lavoratori a tempo indeterminato, ma va da subito rilevato, per completare il quadro giurisprudenziale, che, secondo recente orientamento di questo Consiglio, l’ammissione alla ferma prefissata quadriennale ovvero alla rafferma biennale rientra nel concetto di “reclutamento”, con conseguente applicazione dell’art. 635, d.lgs. n. 66 del 2010, con gli stringenti requisiti di carattere morale e di condotta da esso previsti (Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2020, n. 8076). Con tale pronuncia questo Consiglio ha ritenuto, quindi, che “gli artt. 704 e 635 d.lgs. n. 66 del 2010 non possano ritenersi sospetti di illegittimità costituzionale, in quanto è ragionevole che, nella fase del “reclutamento”, le disposizioni riguardanti le Forze Armate richiedano stringenti requisiti di carattere morale e di condotta, classificando gli stessi in ipotesi oggettive che vincolano l’operato dell’Amministrazione precedente (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2020, n. 1357; id. 14 febbraio 2017, n. 629)”.

Tale orientamento sottende la presa d’atto relativa al fatto che il volontario in forma prefissata, sebbene non sia titolare di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, non può essere considerato un soggetto estraneo alla compagine amministrativa quanto piuttosto un militare già integrato nei ranghi dell’Amministrazione al pari, *mutatis mutandis*, dei militari inseriti stabilmente in ruolo. Ne deriva che anche il volontario in ferma prefissata appartiene all’apparato organizzativo dell’Amministrazione militare cosicché se è lecito da lui attendersi il pieno possesso dei requisiti soggettivi anzidetti ai fini della sua presa di servizio, in uno all’esatto espletamento dei compiti impartiti, non può non assicurarsi in suo favore anche il rispetto delle prerogative previste dall’ordinamento per coloro che appartengono alla medesima compagine organizzativa sia pure in forma stabile. Il regime di continuità che intercorre tra servizio in ferma prefissata e servizio permanente a seguito dell’immissione in ruolo trova ulteriore conferma in una recente riflessione giurisprudenziale, relativa ad un provvedimento di esclusione da una procedura di immissione nel ruolo del servizio permanente dell’Esercito Italiano per il 2016

nei riguardi di una volontaria in ferma prefissata quadriennale perché “imputata in un procedimento penale per delitto non colposo e, pertanto, non in possesso del requisito previsto al paragrafo 3, sottoparagrafo a, 7° alinea” della circolare del 14 agosto 2017”. In particolare, il giudice di appello ha ritenuto che “sarebbe in altri termini irragionevole, per i militari che - come l’odierna appellante - aspirano al passaggio in ruolo, precludere definitivamente la prosecuzione del rapporto di servizio e lavorativo già avviato, per la semplice pendenza di un procedimento penale, senza esaminare in concreto le situazioni relative alla gravità dei fatti e alla definitività dell’accertamento penale” (Cons. Stato, sez. IV, 17 luglio 2020, n. 4595). Ciò che rileva in questa sede è quanto osservato dal Collegio a proposito del fatto che anche nei riguardi di un volontario in ferma prefissata si assiste all’attivazione di un “rapporto di servizio e lavorativo” di guisa che non emerge alcun impedimento all’applicabilità della disciplina in materia di trasferimento temporaneo *ex art. 42 bis* solo perché si tratta di servizio volontario in ferma breve.

44. Giurisdizione.

44.1. Impugnazione di una legge-provvedimento.

La sez. IV, con sentenza 22 marzo 2021, n. 2409 ha dichiarato inammissibile, per difetto assoluto di giurisdizione, il ricorso con il quale si impugna in via diretta dinanzi al giudice amministrativo un atto avente forza di legge, chiedendone l’annullamento previa rimessione alla Corte costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale, sul presupposto che nella specie si tratti di una legge-provvedimento.

Ha chiarito la Sezione, con riferimento alle “leggi-provvedimento”, che se è vero che la Corte, al fine di assicurare piena tutela alle situazioni soggettive degli amministrati che si assumano lese da una norma di legge a contenuto sostanzialmente provvedimentale, assume un approccio ampio sulla rilevanza delle questioni di costituzionalità (e, quindi, come sottolineato anche dal Comune odierno appellante, anche sui rapporti tra giudizio di costituzionalità e giudizio a quo), ciò nondimeno deve escludersi l’impugnabilità diretta della legge-provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, dovendo il giudizio di costituzionalità conservare il proprio carattere incidentale, e quindi muovere pur sempre dall’impugnazione di un atto amministrativo (sulla cui qualificazione in termini di lesività e impugnabilità, a sua volta la giurisprudenza amministrativa adotta un approccio peculiare rispetto ai comuni principi proprio in quanto trattasi di atti direttamente applicativi di una legge- provvedimento, v. Cons. Stato, sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 4933).

44.2. Autodichia della Camera dei deputati.

Con sentenza 31 maggio 2021, n. 4150 la sez. V ha affermato che, considerato che la materia dell’affidamento a terzi dei contratti di lavori, servizi e forniture – pur involgendo l’acquisizione, da parte dell’amministrazione della Camera, di beni e servizi per lo svolgimento delle sue funzioni – non rientra nella sfera di autonomia normativa costituzionalmente riconosciuta, le relative controversie sono sottratte alla giurisdizione domestica; da ciò discende che le norme del Regolamento di Amministrazione e conta-

bilità della Camera dei Deputati (artt. 39 e ss.), dettate in materia di contratti, non essendo espressione della ridetta autonomia normativa costituzionalmente fondata, non giustificano l'attrazione della controversia nell'ambito della cognizione dell'organo di autodichia (il Consiglio di giurisdizione della Camera, al quale il regolamento per la tutela giurisdizionale attribuisce il compito di decidere in primo grado sui "ricorsi e qualsiasi impugnativa, anche presentata da soggetti estranei alla Camera, avverso gli atti di amministrazione della Camera medesima").

Ha chiarito la Sezione che la Corte costituzionale in numerose pronunce (cfr. in particolare sentenza n. 262 del 2017) che il principio dell'autodichia invocato dalla Camera dei deputati, che si traduce nella possibilità degli organi costituzionali di decidere attraverso propri organi interni le controversie che concernono l'applicazione della disciplina normativa che gli stessi organi costituzionali si sono dati in una determinata materia, trova il suo fondamento nell'autonomia normativa che la Costituzione riconosce agli organi costituzionali (alla Camera dei deputati, nel caso di specie). In particolare, la Corte - rammentato come solo nell'art. 64 ("Ciascuna Camera adotta il proprio regolamento a maggioranza assoluta dei suoi componenti"), e solo con riferimento alle Camere, la Costituzione ha previsto una specifica attribuzione di autonomia normativa (mentre i regolamenti approvati dal Presidente della Repubblica debbono considerarsi sorretti "da un implicito fondamento costituzionale": punto 7.2. del "considerato in diritto", primo periodo, della sentenza n. 262 del 2017), ricollega, in maniera diretta, l'estensione dell'autodichia alla sfera di autonomia normativa costituzionalmente delineata, attraverso la quale "gli organi costituzionali in questione sono messi nella condizione di provvedere alla 'produzione di apposite norme giuridiche, disciplinanti l'assetto ed il funzionamento dei loro apparati serventi' (sentenza n. 129 del 1981)" (sentenza n. 262 del 2017). Peraltro, soggiunge la Corte, "se è consentito agli organi costituzionali disciplinare il rapporto di lavoro con i propri dipendenti, non spetta invece loro, in via di principio, ricorrere alla propria potestà normativa, né per disciplinare rapporti giuridici con soggetti terzi, né per riservare agli organi di autodichia la decisione di eventuali controversie che ne coinvolgano le situazioni soggettive (si pensi, ad esempio, alle controversie relative ad appalti e forniture di servizi prestati a favore delle amministrazioni degli organi costituzionali). Del resto, queste ultime controversie, pur potendo avere ad oggetto rapporti non estranei all'esercizio delle funzioni dell'organo costituzionale, non riguardano in principio questioni puramente interne ad esso e non potrebbero perciò essere sottratte alla giurisdizione comune" (punto 7.2. cit.). Per ciò che esula "dalla capacità classificatoria del regolamento parlamentare e non sia per intero sussumibile sotto la disciplina di questo (perché coinvolga beni personali di altri membri delle Camere o beni che comunque appartengano a terzi), deve prevalere la "grande regola" dello Stato di diritto ed il conseguente regime giurisdizionale al quale sono normalmente sottoposti, nel nostro sistema costituzionale, tutti i beni giuridici e tutti i diritti (artt. 24, 112 e 113 Cost.: sentenza n. 379 del 1996)".

Da tali principi deriva la necessità di una rigorosa interpretazione letterale e funzionale (ossia, tenendo conto delle finalità costituzionali assegnate al riconoscimento del principio di autodichia, che ne costituiscono anche i limiti entro i quali esso può espandersi) delle norme regolamentari approvate dalla Camera dei deputati.

44.3. Giurisdizione sulla domanda di risarcimento per i danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 29 novembre 2021, n. 20 ha affermato che sussiste la giurisdizione amministrativa tanto sulle domande aventi ad oggetto le conseguenze risarcitorie dell'annullamento di un atto amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, quanto nel caso in cui la domanda risarcitoria sia proposta dal controinteressato soccombente in un giudizio di annullamento di provvedimenti della pubblica amministrazione nella materia "urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio", devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a..

Ha chiarito l'Alto Consesso che nella dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi si colloca anche l'affidamento.

Esso non è infatti una posizione giudica soggettiva autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi. Più precisamente, l'affidamento è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata. Dell'affidamento sono applicazioni concrete, tra le altre, la "regola possesso vale titolo" *ex art. 1153 cod. civ.*, l'acquisto dall'erede apparente di cui all'art. 534 cod. civ., il pagamento al creditore apparente *ex art. 1189 cod. civ.* e l'acquisto di diritto di diritti dal titolare apparente *ex artt. 1415 e 1416 cod. civ.*, il cui denominatore comune consiste nell'attribuire effetti all'atto compiuto dalla parte che in buona fede abbia pagato o contrattato con chi ha invece ricevuto il pagamento o alienato senza averne titolo.

Sorto in questo ambito, l'affidamento ha ad oggi assunto il ruolo di principio regolatore di ogni rapporto giuridico, anche quelli di diritto amministrativo.

E' in questo senso la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che, con affermazione di carattere generale, ha statuito che l'affidamento "è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività" (Cons. Stato, sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011). Nella pronuncia ora richiamata non si è condiviso l'orientamento assolutamente prevalente nella giurisprudenza della Corte regolatrice secondo cui l'affidamento costituisce un diritto autonomo, con conseguente devoluzione al giudice ordinario delle controversie risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione per lesione da affidamento sulla stabilità del provvedimento favorevole poi annullato. Nella pronuncia in esame si è invece posto in rilievo che, in conformità alla sua origine quale istituto giuridico espressione di un principio più che di una situazione soggettiva, l'affidamento "contribuisce a

fondare la costituzione di particolari rapporti giuridici e situazioni soggettive” e che nei rapporti con l’amministrazione essa si traduce nell’“aspettativa del privato alla legittimità del provvedimento amministrativo rilasciato”, che se frustrata può essere fonte di responsabilità della prima.

Deve quindi essere affermata la giurisdizione amministrativa, poiché anche quando il comportamento non si sia manifestato in atti amministrativi, nondimeno l’operato dell’amministrazione costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura. Tale operato è riferibile dunque all’amministrazione che “agisce in veste di autorità” e si iscrive pertanto nella dinamica potere autoritativo - interesse legittimo, il cui giudice naturale è per Costituzione il giudice amministrativo (art. 103, comma 1). E ciò sia che si verta dell’interesse del soggetto leso dal provvedimento amministrativo, e come tale titolato a domandare il risarcimento del danno alternativamente o (come più spesso accade) cumulativamente all’annullamento del provvedimento lesivo, sia che si abbia riguardo all’interesse del soggetto invece beneficiario dal medesimo provvedimento. Anche quest’ultimo, infatti, vanta nei confronti dell’amministrazione un legittimo interesse alla sua conservazione, non solo rispetto all’azione giurisdizionale del ricorrente, ma anche rispetto al potere di autotutela dell’amministrazione stessa.

Non può dunque essere seguita l’impostazione secondo cui quando il potere amministrativo non si è manifestato in un provvedimento tipico ma è rimasto a livello di comportamento la giurisdizione sarebbe devoluta al giudice ordinario; questa è per contro ipotizzabile solo a fronte di comportamenti “meri”, non riconducibili al pubblico potere, a fronte dei quali le contrapposte situazioni giuridiche dei privati hanno consistenza di diritto soggettivo. In tale contesto, non sembra possa sostenersi, in assenza di base testuale, che l’ambito di applicazione dell’art. 7, comma 1, c.p.a. sia circoscritto al solo risarcimento del danno da provvedimento sfavorevole, azionabile dal ricorrente con l’azione di annullamento, mentre nella situazione assolutamente simmetrica alla precedente e del pari inserita nella vicenda relazionale governata dal diritto amministrativo, sussisterebbe la giurisdizione ordinaria per i danni conseguenti all’annullamento del provvedimento favorevole, “degradato” a mero fatto.

Ha aggiunto l’Alto Consenso che devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in cui si faccia questione di danni da lesione dell’affidamento sul provvedimento favorevole, posto che in base al richiamato art. 7, comma 1, c.p.a. la giurisdizione generale amministrativa di legittimità include i “comportamenti riconducibili anche mediatamente all’esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”; ed inoltre che “nelle particolari materie indicate dalla legge” di giurisdizione esclusiva - quale quella sugli “atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia” di cui all’art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a. - essa si manifesta “attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela”, anche dei diritti soggettivi, oltre che dell’affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall’Amministrazione.

Ha chiarito l'Adunanza plenaria che l'affidamento tutelabile in via risarcitoria deve essere ragionevole, *id est* incolpevole. Esso deve quindi fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento, o con il suo comportamento correlato al pubblico potere, e in cui il privato abbia senza colpa confidato. Nel caso di provvedimento poi annullato, il soggetto beneficiario deve dunque vantare una fondata aspettativa alla conservazione del bene della vita ottenuto con il provvedimento stesso, la frustrazione della quale può quindi essere considerata meritevole di tutela per equivalente in base all'ordinamento giuridico. La tutela risarcitoria non interviene quindi a compensare il bene della vita perso a causa dell'annullamento del provvedimento favorevole, che comunque si è accertato non spettante nel giudizio di annullamento, ma a ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse.

Nella descritta prospettiva, il grado della colpa dell'amministrazione, e dunque la misura in cui l'operato di questa è rimproverabile, rileva sotto il profilo della riconoscibilità dei vizi di legittimità da cui potrebbe essere affetto il provvedimento. Al riguardo va ricordato che nel giudizio di annullamento la colpa dell'amministrazione è elemento costitutivo della responsabilità dell'amministrazione nei confronti del ricorrente che agisce contro il provvedimento a sé sfavorevole, sebbene essa sia presuntivamente correlata all'illegittimità del provvedimento, per cui spetta all'amministrazione dare la prova contraria dell'errore scusabile. Sulla base di questa presunzione, per il danno da lesione dell'affidamento da provvedimento favorevole, poi annullato, la colpa dell'amministrazione è invece un elemento che ha rilievo nella misura in cui rende manifesta l'illegittimità del provvedimento favorevole al suo destinatario, e consenta di ritenere che egli ne potesse pertanto essere consapevole.

L'atteggiamento psicologico del privato può dunque essere considerato come fattore escludente del risarcimento solo in queste ipotesi e non già ogniqualvolta vi sia un contributo del privato nell'emanazione dell'atto, come suppone l'ordinanza di rimessione. Non ogni apporto del privato all'emanazione dell'atto può infatti condurre a configurare in via di automatismo una colpa in grado di escludere un affidamento tutelabile sulla sua legittimità. Si giungerebbe altrimenti a negare sempre la tutela risarcitoria, tenuto conto che i provvedimenti amministrativi favorevoli, ampliativi della sfera giuridica del destinatario, sono sempre emessi ad iniziativa di quest'ultimo.

Va infatti considerato al riguardo che, sebbene al privato sia riconosciuto il potere di attivare il procedimento amministrativo e di fornire in esso ogni apporto utile per la sua conclusione in senso per sé favorevole, egli lo fa all'esclusivo fine di realizzare il proprio utile. E' invece sempre l'amministrazione che rimane titolare della cura dell'interesse pubblico e che dunque è tenuta a darvi piena attuazione, se del caso sacrificando l'interesse privato; pertanto, se quest'ultimo trova soddisfazione è perché esso è ritenuto conforme alla norma e all'interesse pubblico primario dalla stessa tutelato. Malgrado gli istituti partecipativi introdotti con la l. 7 agosto 1990, n. 241, e la recente positivizzazione dei doveri di collaborazione e buona fede, il potere amministrativo mantiene infatti la

sua tipica connotazione di unilateralità, che si correla alle sovraordinate esigenze di attuazione dei fini di interesse pubblico stabiliti dalla legge, di cui l'amministrazione è responsabile.

Nondimeno, con riguardo a gradi della colpa inferiore a quello "grave", non possono nemmeno essere trascurati i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio. Con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui, ai sensi dell'art. 29 c.p.a., l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. La situazione che viene così a crearsi induce, per un verso, ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da lui avvertita allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso, porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

44.4. Controversia proposta dal magistrato in pensione avverso l'esclusione della sua permanenza al Consiglio superiore della Magistratura.

Con sentenza 7 gennaio 2021, n. 215 la sez. V ha affermato che rientra nella giurisprudenza del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la delibera con la quale il Consiglio superiore della Magistratura ha dichiarato la decadenza di un componente togato dopo il suo collocamento a riposo per raggiunti limiti di età.

Ha chiarito la Sezione che il perimetro della giurisdizione del giudice amministrativo (fuori dalle ipotesi in cui, per espressa indicazione di legge, gli è attribuita, in via esclusiva, anche la tutela *ratione materiae* di posizioni di diritto soggettivo: caso che qui non ricorre perché si è al di fuori dell'ipotesi dell'art. 133, comma 1, lett. i), c.p.a., cioè delle "controversie relative ai rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico", non essendo fatta questione del rapporto di lavoro dell'interessato) è individuato dall'art. 7 c.p.a. con il richiamo alle "controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi", tali essendo quelle "concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo".

Dando positiva attuazione all'art. 103 Cost. e recependo i più maturi esiti della elaborazione giurisprudenziale e dottrinarie, la regola (che figura e scolpisce un criterio discrezionale della giurisdizione direttamente affidato alla *causa petendi*, cioè, appunto, alla intrinseca natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio) individua il nesso tra potere amministrativo ed interesse legittimo, orientando all'esatto intendimento di quest'ultimo in termini di situazione soggettiva dinamica, attivamente orientata alla conservazione o alla acquisizione di beni della vita, in contesti relazionali non paritari, a connotazione per l'appunto "potestativa".

La stessa disposizione chiarisce peraltro (a superamento della tradizionale struttura meramente impugnatoria del giudizio amministrativo) che non è essenziale al radicamento della giurisdizione amministrativa che l'oggetto immediato della controversia concerna atti (e, più specificamente, provvedimenti: cfr. ancora l'art. 113 Cost.), essendone piuttosto condizione necessaria (ma anche sufficiente) la manifestazione di un potere amministrativo.

Il nesso tra potere amministrativo e interesse legittimo va precisato alla luce della asimmetria di posizioni sussistente, in base alla norma attributiva del potere, tra il decisore pubblico e i destinatari dell'attività amministrativa.

Nel caso di specie, la questione si risolve nel quesito se la determinazione assunta dal Consiglio Superiore della Magistratura, che ha inteso dichiarare la "cessazione dalla carica" dell'appellante, consista in un (vero e proprio) "provvedimento amministrativo" (motivato ed elaborato frutto di una determinazione volitiva intesa a privilegiare, in chiave autoritativa, un determinato assetto dei confliggenti interessi, in concreto sfavorevoli all'appellante) ovvero un "mero atto" paritetico (con funzione di vincolato "accertamento" di un effetto decadenziale, discendente dal paradigma normativo, così come concretamente interpretato).

Ha aggiunto la Sezione che in quanto frutto di mera attività ricognitiva della volontà di legge e puramente intesa all'automatica applicazione della stessa, la decisione (che si muove, allora, secondo lo schema dinamico norma-fatto-dichiarazione-effetto) non rappresenta l'esercizio di un potere (e, tanto meno, di un potere pretesamente "discrezionale": essendovi, con ogni evidenza, estraneo l'apprezzamento comparativo di "interessi" in conflitto) e non concreta manifestazione di autoritatività, rientrando nella attività (vincolata) di "verifica" della sussistenza dei requisiti legalmente necessari per il mantenimento della carica, ivi compresi quelli costituenti un *pruis* logico del diritto di elettorato passivo.

Non si tratta, perciò, di un provvedimento amministrativo, ma di mero atto ricognitivo: il quale, incidendo sulla pretesa alla continuazione nel *munus* elettivo ed alla permanenza del relativo incarico, non ne comprime (di là dalla sua legittimità contenutistica, che è questione di merito che non è concesso vagliare nella presente sede), la consistenza di diritto soggettivo.

Non cambia dunque le cose, e la natura giuridica, il dato che l'atto contestato segua un'ampia discussione consiliare e recepisca una motivazione: il pur ricco apparato argomentativo rappresenta un mero supporto "giustificativo" della ricognizione di legge effettuata, a fronte della pluralità di opinamenti emersi in sede di dibattito.

Le riassunte conclusioni trovano conforto nell'orientamento del giudice della giurisdizione, che ha costantemente affermato che il diritto all'elettorato passivo (che rileva nella sua duplice portata genetica e funzionale: di diritto alla acquisizione, non meno che alla conservazione dello status elettivo) costituisce un diritto soggettivo perfetto, che non è sottratto alla giurisdizione ordinaria per il solo fatto che sia stato dedotto in giudizio mercé l'impugnazione di un apparente provvedimento amministrativo (si tratta, in realtà, come chiarito, di mero atto: non sussiste la giurisdizione del giudice ordinario

benché sia stato adottato un provvedimento, ma proprio perché un provvedimento in realtà non c'è): cfr. *ex permultis*, la giurisprudenza, costante per gli organi amministrativi, che vale anche per un organo di alta amministrazione, seppure di rilievo costituzionale, come il Consiglio superiore della Magistratura: Cass. civ., sez. un., 28 maggio 2015, n. 11131; id. 26 maggio 2017, n. 13403; id. 27 luglio 2015, n. 15691; id. 6 aprile 2012, n. 5574, nonché Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 2836.

44.5. Decadenza c.d. sanzionatoria da componente dell'Organo di autogoverno della magistratura tributaria.

Con sentenza 31 maggio 2021, n. 4189 la sez. V ha affermato che rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la decadenza dall'incarico di consigliere del Consiglio di Presidenza della Giustizia tributaria, non essendo la decadenza legata ad una incompatibilità genetica o sopravvenuta con la carica, ma alla valutazione discrezionale di una condotta in contrasto con il regolamento etico del Consiglio di Presidenza, con la conseguenza che si verte al cospetto di una decadenza sanzionatoria, espressione dell'esercizio del potere discrezionale. Ha ricordato la Sezione che la decadenza impugnata non prefigura una controversia in cui si fa questione del diritto soggettivo all'elettorato passivo (ineleggibilità, decadenza ed incompatibilità), che rientrerebbe effettivamente, per costante giurisprudenza, nella cognizione del giudice ordinario (Cass. civ., sez. un., 6 aprile 2012, n. 5574). Al contrario, la natura giuridica del provvedimento è di sanzione decadenziale, con la quale l'ordinamento reagisce, nel modo compatibile con il contesto di riferimento, a sanzionare una condotta integrante non solo la violazione di legge, ma anche un grave *vulnus* al prestigio ed all'autorevolezza dell'organo di autogoverno di cui era membro. Per usare i termini generali del criterio di riparto della giurisdizione, quali seguiti anche da una recente pronuncia della Sezione, si controverte della legittimità di un provvedimento amministrativo, e non già di un mero atto ricognitivo, configurandosi in capo all'appellante una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo che “dialoga” con il potere amministrativo (Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2021, n. 215).

44.6. Graduatorie scolastiche di istituto nelle quali si attinge per le supplenze.

Con sentenza 9 marzo 2021, n. 2007 la sez. VI ha affermato che rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia proposta avverso le graduatorie scolastiche di istituto per le supplenze di cui all'art. 4, commi 6-*bis* e 6-*ter*, l. 3 maggio 1999, n. 124 nel caso in cui non venga in considerazione il diritto a permanere nelle graduatorie permanenti ad esaurimento del personale docente (Gae), bensì la diversa ipotesi che ha quale presupposto le graduatorie d'istituto, a cui il Dirigente scolastico attinge per supplenze annuali o temporanee, e la domanda giudiziale riguarda direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo di formazioni di tali graduatorie a cui corrisponde una posizione soggettiva di interesse legittimo.

Ha ricordato la Sezione che le procedure relative alla formazione e all'aggiornamento delle graduatorie permanenti del personale docente non sono procedure concorsuali,

onde non può ritenersi la giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Si tratta, infatti, di atti che non possono che restare ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità ed i poteri del datore di lavoro privato *ex art. 5, comma 2, del richiamato decreto legislativo*, a fronte dei quali sussistono solo posizioni di diritto soggettivo, poiché la pretesa consiste solo nella conformità o difformità a legge degli atti inerenti al rapporto già instaurato e, dunque, di gestione della graduatoria (Cass. civ., sez. un., 16 dicembre 2013, n. 27991; Cons. Stato, Ad. plen., 12 luglio 2011, n. 11).

Diversa la conclusione nel caso in cui non venga in considerazione il diritto a permanere nelle citate graduatorie permanenti, bensì la ben diversa ipotesi, già presa in considerazione dalla giurisprudenza (Cass.civ., sez. un., n. 21198 del 2017), che ha quale presupposto le graduatorie d'istituto, a cui il Dirigente scolastico attinge per supplenze annuali o temporanee, e la domanda giudiziale riguarda direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo di formazioni di tali graduatorie a cui corrisponde una posizione soggettiva di interesse legittimo.

La giurisprudenza citata (Cass.civ., sez. un., n. 21198 del 2017), infatti, pur affermando la generale sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario per le controversie relative al collocamento nelle graduatorie permanenti del personale docente – e pur non escludendo, anche in questo ambito, la possibile permanenza di una residuale giurisdizione del giudice amministrativo (Cass.civ., sez. un., n. 27991 e n. 27992 del 2013) – è pervenuta ad una diversa conclusione nelle controversie riguardanti le graduatorie d'istituto, poiché in tale caso, per consolidata giurisprudenza amministrativa, ricorrono tutti gli elementi caratteristici della procedura concorsuale pubblica: il bando iniziale, la fissazione dei criteri valutativi dei titoli, la presenza di una Commissione incaricata della valutazione dei titoli dei candidati, la formazione di una graduatoria finale (Cons. Stato, sez. VI, n. 7773 del 2012; n. 5795 del 2014; id. n. 953 del 2016).

Pertanto, non si applicano in questo caso i principi affermati dalla giurisprudenza in materia di collocamento dei docenti nelle graduatorie permanenti ad esaurimento, per le quali normalmente è esclusa ogni tipologia di attività autoritativa sulla base di valutazioni discrezionali della PA, venendo in rilievo atti che non possono che restare ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità ed i poteri del datore di lavoro privato *ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001*.

44.7. Depennamento dalle graduatorie di istituto.

Con sentenza 7 settembre 2021, n. 6230 la sez. VI ha riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario nella controversia avente ad oggetto il collocamento nelle graduatorie del comparto scolastico sono attribuite al giudice ordinario se il ricorso è diretto all'accertamento del diritto del singolo docente all'inserimento nella graduatoria e non all'annullamento dell'atto amministrativo generale o normativo che disciplina la materia; la formazione e la gestione delle graduatorie non darebbe luogo infatti ad una procedura concorsuale, ma al mero accertamento della sussistenza dei requisiti richiesti e gli atti adottati sarebbero privi di contenuto discrezionale.

Ricorda la Sezione che la Corte di Cassazione ha chiarito (cfr. sentenza delle Sezioni Unite n. 21198 del 2017) che ai fini della individuazione di quale sia il giudice munito di giurisdizione in relazione alle controversie concernenti il diritto dei docenti della scuola all'inserimento in una graduatoria ad esaurimento occorre avere riguardo al *petitum* sostanziale dedotto in giudizio. Di conseguenza, se oggetto della domanda è la richiesta di annullamento dell'atto amministrativo e solo quale effetto della rimozione di tale atto l'accertamento del diritto del ricorrente all'inserimento nella graduatoria, la giurisdizione non potrà che essere devoluta al giudice amministrativo; se viceversa la domanda è volta specificamente all'accertamento del diritto del singolo docente all'inserimento nella graduatoria, ritenendo che tale diritto scaturisca direttamente dalla normazione primaria, la giurisprudenza va attribuita al giudice ordinario.

La Corte di Cassazione ha ulteriormente precisato che nelle ipotesi delle graduatorie di istituto laddove "il ricorrente abbia chiesto l'annullamento del decreto di pubblicazione delle graduatorie medesime di seconda e di terza fascia... la giurisdizione non può che essere del giudice amministrativo, in quanto la domanda giudiziale riguarda direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo e quindi presuppone una posizione di interesse legittimo". Diversamente dalla situazione riscontrata per le graduatorie ad esaurimento - per le quali si esclude sia lo svolgimento di attività autoritativa della pubblica amministrazione sia di procedure concorsuali che, ai sensi dell'art. 63, comma 4, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, "restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo" - in questo caso ricorrerebbero tutti gli elementi caratteristici della procedura concorsuale pubblica vale a dire il bando iniziale, la fissazione dei criteri valutativi dei titoli, la presenza di una commissione incaricata della valutazione dei titoli dei candidati e la formazione di una graduatoria finale.

In definitiva, la giurisdizione dipende quindi dal *petitum* sostanziale e dalle caratteristiche della procedura adottata (concorsuale o non).

44.8. Fondo Unico Nazionale dei Dirigenti scolastici.

La sez. VI, con sentenza 9 marzo 2021, n. 2008 ha affermato che rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia proposta avverso il decreto che calcola il Fondo unico nazionale dei Dirigenti senza tenere conto della retribuzione individuale di anzianità del personale dirigenziale, venendo in considerazione l'esercizio del potere amministrativo volto a contemperare l'interesse dei dirigenti, beneficiari del fondo, con l'interesse pubblico alla corretta determinazione del fondo in base alla disciplina contabile e finanziaria che regola la materia.

Ha ricordato la Sezione che la normativa demanda alla contrattazione collettiva solo la fissazione dei criteri di utilizzo del Fondo Unico Nazionale dei Dirigenti e non la quantificazione dello stesso, che viene invece effettuata unilateralmente ed autoritativamente dal Ministero dell'istruzione e dell'Università, con proprio decreto, sottoposto solo al visto del Ministero dell'economia e delle finanze. Ha quindi affermato la Sezione che il decreto impugnato deve essere qualificato alla stregua di un atto amministrativo, trattandosi di un provvedimento avente efficacia generale, con cui l'Amministrazione ha

unilateralmente ed autoritativamente determinato il Fondo Unico Nazionale per le retribuzione di posizione e di risultato dei dirigenti; contrariamente alla prospettazione del giudice di primo grado non viene in considerazione l'esercizio di facoltà spettanti al datore di lavoro secondo una logica prettamente privatistica, bensì l'esercizio di un potere volto a contemperare l'interesse dei ricorrenti, beneficiari del fondo, con l'interesse pubblico alla corretta determinazione del fondo in base alla disciplina contabile e finanziaria che regola la materia. Venendo in considerazione l'esercizio del potere amministrativo, la posizione soggettiva dei ricorrenti è di interesse legittimo, da cui la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2020, n. 7505, secondo cui "sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie concernenti gli atti amministrativi adottati dalle pubbliche amministrazioni nell'esercizio del potere loro conferito dell'art. 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, aventi ad oggetto la fissazione delle linee e dei principi fondamentali dell'organizzazione degli uffici – nel cui quadro i rapporti di lavoro si costituiscono e si svolgono – caratterizzati da uno scopo esclusivamente pubblicistico, sul quale non incide la circostanza che gli stessi, eventualmente, influiscono sullo status di una categoria di dipendenti, costituendo quest'ultimo un effetto riflesso, inidoneo ed insufficiente a connotarli delle caratteristiche degli atti adottati "*iure privatorum*" (sez. un., n. 8363 del 2007); nell'emanazione di tali atti organizzativi, la pubblica amministrazione datrice di lavoro esercita un potere autoritativo in deroga alla generale previsione del successivo art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001 secondo cui la gestione del rapporto avviene con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro"). Tale soluzione accolta risulta coerente anche con i principi espressi dalla Corte di Cassazione in casi analoghi, in cui si è affermato che "in tema di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a rapporti di lavoro pubblico privatizzato, rilevano la titolarità dell'interesse fatto valere e il grado di protezione accordato dall'ordinamento in relazione ai poteri attribuiti al giudice adito (vedi anche Cass. civ., sez. un., 8 novembre 2005, n. 21592). Nel caso in esame, i dirigenti hanno chiesto la reintegrazione dell'entità dei fondi destinati ad alimentare la loro retribuzione di posizione e di risultato e, per conseguenza, la condanna della Pubblica amministrazione a pagare loro pro quota gli importi spettanti a tale titolo. La contestazione, dunque, investe il corretto esercizio del potere amministrativo. Le situazioni giuridiche dedotte in lite, in definitiva, sono correlate esclusivamente all'illegittimo esercizio d'un potere autoritativo organizzativo" (Cass. civ., sez. un., ordinanza, 17 novembre 2017, n. 27285).

44.9. Informativa antimafia.

Con sentenza 2 febbraio 2021, n. 957 la sez. III ha premesso che la pronuncia del giudice della prevenzione penale non produca un accertamento vincolante, con efficacia di giudicato, sul rischio di infiltrazione dell'impresa da parte della criminalità organizzata. Ha chiarito la Sezione che la giurisdizione sulla controversia avente ad oggetto l'informativa antimafia è del giudice amministrativo a nulla rilevando che lo stesso determina

uno stato d'incapacità dell'impresa non limitato ai rapporti con la pubblica amministrazione ma piuttosto generale.

L'art. 8 c.p.a. stabilisce che “Il giudice amministrativo nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale. Restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso”.

Sfugge che le questioni di capacità menzionate dal secondo comma del citato art. 8 sono quelle “pregiudiziali”, id est logicamente condizionanti lo scrutinio dell'esercizio del potere, laddove le penetranti limitazioni all'esercizio dell'attività d'impresa costituiscono un effetto degradatorio dell'esercizio del potere autoritativo posto a presidio di un rilevante interesse pubblico.

Tale ricostruzione del rapporto causa-effetto non consegue unicamente ad una precisa scelta del legislatore in tal senso, ma rappresenta il portato dell'ordinario schema che, anche sul piano della teoria generale, lega l'esercizio dei diritti individuali alla verifica della compatibilità di tale esercizio con gli interessi superindividuali della cui tutela è titolare l'amministrazione.

Siffatta tutela si esprime attraverso un potere autoritativo, peraltro connotato da un ampio spettro valutativo, sicché lo scrutinio in sede giurisdizionale della legittimità degli atti nei quali si traduce non può che svolgersi nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, secondo il criterio di riparto ancorato al c.d. *petitum* sostanziale.

I diritti individuali che si assumono lesi da tali provvedimenti degradano infatti ad interessi legittimi, secondo la nota teoria elaborata per garantire il controllo naturale del giudice amministrativo sui rapporti di diritto pubblico.

Ha aggiunto la Sezione che non è configurabile l'illegittimità costituzionale della norma attributiva del potere supera la soglia della manifesta infondatezza mediante rinvio alla pendenza di analoga questione, che sollecita in sostanza una sentenza additiva volta ad estendere alla materia in esame la garanzia prevista dalla disciplina delle misure di prevenzione per con riguardo al limite dei mezzi di sostentamento dell'interessato.

Tale, ulteriore dubbio di costituzionalità, in disparte ogni altra considerazione, è stato già parzialmente esaminato dalla sentenza della sez. III, n. 57 del 2020, secondo cui “L'altro rilievo attiene alla impossibilità di esercitare in sede amministrativa i poteri previsti nel caso di adozione delle misure di prevenzione dall'art. 67, comma 5, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, e cioè l'esclusione da parte del giudice delle decadenze e dei divieti previsti, nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia. La differenza, che in parte trova una compensazione nella temporaneità dell'informazione antimafia (ciò che valorizza ulteriormente l'importanza del riesame periodico cui sono chiamate le autorità prefettizie), merita indubbiamente una rimediazione da parte del legislatore, ma non può essere oggetto di una pronuncia specifica poiché non è dedotta in modo autonomo (non vi è

infatti alcun riferimento al caso concreto), e come argomento integrativo e secondario dell'illegittimità dell'informazione interdittiva non ha una incidenza determinante".

Ha ancora chiarito la Sezione che l'argomento dell'ordinanza di rimessione prova troppo: "Osserva il Collegio come il diritto al lavoro costituisca diritto fondamentale di tutti i cittadini, e se tale deve ritenersi anche per il detenuto, per il quale il lavoro costituisce altresì componente essenziale del trattamento rieducativo (Corte cost. n. 532 del 2002), a maggior ragione lo si deve ritenere tale per soggetti colpiti da un provvedimento di natura cautelare e preventiva, finalizzato, appunto, a prevenire un evento che, per scelta del legislatore, non necessariamente è attuale, o invero, ma anche solo potenziale, emesso da un'autorità amministrativa sulla base della regola causale del "più probabile che non", alla cui discrezionalità è rimessa l'attivazione del contraddittorio procedimentale e che, in ogni caso, nell'adozione del provvedimento in questione, non può tenere conto dell'eventualità che esso depauperi i mezzi di sostentamento che chi ne è colpito trae dal proprio lavoro".

Sfugge infatti a tale prospettazione, oltre alla disomogeneità strutturale del *tertium comparationis*, proprio la logica del bilanciamento fra interessi antagonisti: atteso che il lavoro svolto dal detenuto non entra in conflitto con finalità preventive in quanto è ontologicamente privo del rischio di interferenze della criminalità organizzata, proprio perché inserito in un contesto custodiale gestito o comunque controllato dallo Stato; laddove, in mancanza dell'effetto interdittivo dell'informativa, l'auspicato svolgimento di attività lavorativa nell'ambito di un'impresa a rischio di infiltrazione rende viceversa probabile l'agevolazione degli interessi dell'organizzazione criminale per il tramite di tale attività.

44.10. Rapporti di dare-avere in caso di risoluzione anticipata di una concessione di pubblico servizio.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 19 aprile 2021, n. 328 ha affermato che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto i rapporti di dare-avere tra una società e un Comune a seguito della risoluzione anticipata della concessione di pubblico servizio relativa all'espletamento di un servizio idrico, nel caso in cui occorra valutare il valore patrimoniale di quanto richiesto dall'appellante come rimborso per gli investimenti posti in essere.

Ha chiarito il C.g.a. che ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. la giurisdizione esclusiva comprende le controversie in materia di pubblici servizi (nella quale è compreso il servizio idrico), escluse quelle concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore.

La disposizione è stata interpretata, anche per differenza con la previsione di giurisdizione esclusiva in materia di affidamenti di lavori, servizi e forniture di cui alla successiva lett. e), n. 1, il cui oggetto è espressamente limitato alla procedura di affidamento, come comprensiva delle controversie insorte anche in fase esecutiva. La giurisprudenza tradizionale formatasi sull'art. 5, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, in tema di concessioni di beni o di servizi, riproposta, quanto ai servizi pubblici, con l'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a.

è nel senso che la giurisdizione amministrativa riguarda tendenzialmente tutta la fase esecutiva del rapporto, a eccezione soltanto delle controversie di contenuto meramente patrimoniale, senza alcuna implicazione sul contenuto della concessione (Cass. civ., sez. un., 4 agosto 2018, n. 20682 e 26 settembre 2017, n. 22357).

Nel caso all'esame del C.g.a. l'appellante ha chiesto il pagamento in proprio favore di una somma a saldo degli investimenti non ammortizzati per impianti, macchinari e manutenzione straordinaria, per effetto dell'anticipato scioglimento della concessione per la gestione del servizio idrico comunale alla stessa affidato con convenzione.

La controversia attiene all'applicabilità dell'art. 14 della convenzione del 1992, in base al quale "quando, per qualsivoglia ragione, avverrà la risoluzione del presente contratto, il Comune o l'eventuale ditta subentrante – rileverà dalla Società tutte le attrezzature, i materiali, gli apparecchi e gli impianti di proprietà della società stessa, il corrispettivo di quanto sopra sarà determinato con stima da farsi in contraddittorio in base al suo valore industriale al momento del trapasso della gestione. Il Comune – o l'eventuale Ditta subentrante – si farà carico degli oneri connessi ad eventuali finanziamenti ancora in essere per i beni ad esso trasferiti".

La pretesa sostanziale non implica lo scrutinio dell'esercizio del potere pubblico, essendo limitata a stabilire la debenza, anche in punto di *quantum*, della somma azionata. La circostanza è resa evidente dalla formulazione della clausola convenzionale, che rimanda a una stima da effettuarsi sulla base del valore industriale dell'intervento effettuato. Si tratta quindi di valutare il valore patrimoniale di quanto richiesto dall'appellante come rimborso per gli investimenti posti in essere, così rientrando nelle controversie concernenti "indennità, canoni e altri corrispettivi" devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, non venendo in rilievo quel potere pubblico che è sotteso alla scelta legislativa sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si legittima infatti, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, in riferimento alle materie nelle quali vi è esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, di un potere pubblico (Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191), così escludendo i "meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio" (Corte cost. 15 luglio 2016, n. 179).

Anche considerando che il Comune ha contestato la debenza delle somme in ragione della mancanza di autorizzazione preventiva rispetto agli investimenti di cui alla pretesa della curatela fallimentare, la circostanza rileva al più in punto di qualificazione dell'azione in termini di arricchimento senza causa, non essendo quindi determinante al fine di radicare la giurisdizione presso questo Giudice.

44.11. Attività di certificazione dei crediti e relativa autotutela.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 13 settembre 2021, n. 802 ha affermato che rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia proposta da una Banca avente ad oggetto il ritiro in autotutela della certificazione del credito rilasciata ai sensi degli artt. 9, commi 3-bis e 3-ter, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, 7, d.l. 8 aprile 2013, n. 35 e 37, d.l. 24 aprile 2014, n. 66, e ciò in quanto

la finalizzazione al soddisfacimento di un interesse pubblico e la procedimentalizzazione dell'attività certificatoria, per come delineata da una disciplina di carattere pubblicistico posta a suo fondamento, caratterizza in chiave autoritativo-provvedimentale l'attività amministrativa in questione.

Ha chiarito il C.g.a. che si deve escludere che il carattere vincolato dell'attività svolta denoti ipso facto l'assenza, in capo alla Pubblica amministrazione, di una posizione di supremazia, nonché la conseguente natura paritetica degli atti adottati dalla stessa Amministrazione nel rapporto con l'amministrato.

La circostanza che il potere amministrativo sia vincolato - e cioè che il suo esercizio sia predeterminato dalla legge nell'*an* e nel *quomodo* - non trasforma il potere medesimo in una categoria civilistica, assimilabile ad un diritto potestativo, ove l'Amministrazione eserciti una funzione di verifica, controllo, accertamento tecnico dei presupposti previsti dalla legge, quale soggetto incaricato della cura di interessi pubblici generali, esulanti dalla propria sfera patrimoniale: il potere vincolato, dunque, resta comunque espressione di "supremazia" o di "funzione", con il corollario che dalla sua natura vincolata derivano conseguenze non sul piano della giurisdizione, ma su quello delle tecniche di tutela (si pensi al potere del giudice in sede di giudizio sul silenzio di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 31, comma 3, c.p.a., sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio).

Del resto, che l'attività della Pubblica amministrazione, per il solo fatto di essere vincolata, non cessi di essere attività autoritativa e di tradursi in atti aventi natura non già paritetica, bensì provvedimentale, sottoposti alla giurisdizione del giudice amministrativo, emerge con chiarezza da molteplici istituti del diritto amministrativo. Data la premessa, il C.g.a. conclude nel senso che l'individuazione del giudice munito di giurisdizione sia, anche nel caso in questione, ancorata all'ordinario criterio della *causa petendi*, ovvero sia della posizione giuridica soggettiva per la quale viene attivata la tutela giurisdizionale, il che impone la determinazione della natura dell'atto adottato dall'amministrazione, sussistendo la giurisdizione del giudice amministrativo laddove si tratti di un atto di esercizio di poteri autoritativi funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico.

Ebbene, il potere certificativo in questione ha natura pubblicistica essendo espletato dall'amministrazione in virtù della posizione di "supremazia" che la stessa riveste nell'ordinamento quale soggetto istituzionalmente preposto alla tutela di interessi pubblicistici.

L'attribuzione alla cognizione del giudice amministrativo della legittimità del rilascio della certificazione in questione, e dello speculare provvedimento di ritiro in autotutela, deriva dalla natura di atto soggettivamente ed oggettivamente amministrativo, emesso nell'esercizio di poteri autoritativi e che non si esaurisce in una mera operazione contabile che culmina nella certificazione del credito, essendo, invece, dal punto di vista logico e semantico, espressione di un motivato giudizio critico.

Non si tratta di attività meramente ricognitiva di documentazione, di una manifestazione di scienza e conoscenza i cui presupposti, contenuti ed effetti siano integralmente predeterminati dalla legge, poiché sottesi all'emissione del provvedimento in questione

sono i poteri di verifica dell'esistenza e regolarità dell'obbligazione, del mancato intervento di cause di estinzione del debito, di modo che la corrispondente posizione dei privati interessati non risulta essere di diritto, in quanto nell'esercizio di tale potestà amministrativa di carattere autoritativo l'amministrazione non agisce *iure privatorum*, e correlativamente, il privato non è titolare di un diritto soggettivo.

44.12. Risarcimento del danno per omessa adozione di un provvedimento di rimozione di rifiuti abbandonati sua area di proprietà comunale.

La sez. VI, con sentenza 13 dicembre 2021, n. 8300 ha affermato che è devoluta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo la controversia introdotta dal privato al fine di ottenere il risarcimento del danno causato dall'omessa adozione da parte del Comune di un provvedimento di rimozione di rifiuti abbandonati sua area di proprietà comunale, sulla quale il ricorrente debba procedere a interventi di riparazione di una condotta idrica dallo stesso gestita, trattandosi di responsabilità conseguente all'omesso esercizio, da parte della pubblica amministrazione, di un potere autoritativo discrezionale (nella specie quello di cui all'art. 192, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), ai sensi dell'art. 7 c.p.a., rispetto al quale la posizione soggettiva vantata dal privato non assume la natura di diritto soggettivo, ma quella di interesse legittimo pretensivo.

Ha chiarito la Sezione che non sussiste nell'ordinamento giuridico un'obbligazione a carico di un soggetto che nasca dall'iniziativa autonoma di altro soggetto, come se l'unilaterale scelta di svolgere un lavoro ne faccia automaticamente ricadere il peso economico su altri.

Conseguentemente, l'azione risarcitoria esperita in prime cure attiene chiaramente non già a un rapporto obbligatorio tra ricorrente e Comune, bensì ad una asserita responsabilità extracontrattuale *ex* art. 2043 cod. civ., riconducibile al mancato esercizio di un doveroso potere amministrativo.

44.13. Traffico transfrontaliero di rifiuti e giurisdizione dell'autorità che ha ordinato il rimpatrio.

La sez. IV, con sentenza 26 luglio 2021, n. 5543 ha dichiarato inammissibile per difetto assoluto di giurisdizione la controversia proposta avverso l'ordine di rimpatrio di rifiuti adottato dalle competenti autorità tunisine, dovendo il ricorso essere proposto nello Stato di appartenenza delle suddette autorità.

Ha chiarito la Sezione che la Convenzione di Basilea disegna un sistema di relazioni e rapporti imperniati sulle figure degli Stati contraenti, ai quali è demandato il compito di gestire gli affari fra di essi correnti e riguardanti il traffico transfrontaliero di rifiuti.

Fra le dinamiche che possono scaturirne, si è disciplinata la fattispecie concernente la possibilità che lo Stato di importazione dei rifiuti ritenga "illecito" l'avvenuto trasferimento di un certo quantitativo di rifiuti e imponga allo Stato di esportazione di riprenderseli.

Unica autorità competente ad assumere la determinazione relativa alle sorti dell'avvenuto trasferimento lo Stato di destinazione della spedizione, il quale, nell'esercizio della sua sovranità territoriale, ha libertà di decidere di non accettare il carico.

La possibilità di esperire un arbitrato internazionale, previsto dall'art. 20 della Convenzione, si profila come una soluzione rimessa alla scelta politica di ciascuno Stato, rispetto alla quale l'interessato non vanta alcun interesse giuridicamente qualificato.

Si tratta infatti di attività chiaramente di natura politica, che involge delicati profili correlati ai rapporti internazionali fra gli Stati, di per sé espressione di una funzione sovrana apicale, libera nel fine e perciò sottratta al sindacato giurisdizionale.

Segnatamente, l'art. 20, paragrafo 2, prevede che "Se le Parti in causa non riescono a risolvere la loro controversia con i mezzi indicati nel paragrafo precedente, il caso, se le Parti ne convengono, è sottoposto alla Corte Internazionale di Giustizia o a una procedura arbitrale nelle condizioni definite nell'allegato VI relativo all'arbitrato. Tuttavia, se le Parti non pervengono ad un accordo per sottoporre il caso alla Corte Internazionale di Giustizia o a una procedura arbitrale, ciò non le esime dalla responsabilità di continuare a tentare di risolvere la controversia con i mezzi indicati nel paragrafo 1."

Anche in questo caso, la relativa disposizione della Convenzione di Basilea, con il suo inequivoco tenore testuale non lascia margine a particolari dubbi. Difatti, l'iniziativa non soltanto è rimessa alla discrezionalità di ciascuna "Parte", ma ancorata ad un accordo fra le stesse, poiché l'arbitrato è esperibile soltanto se le Parti "ne convengono".

Ha aggiunto la Sezione che è rilevante stabilire se viene in rilievo un insieme di procedimenti, ciascuno affidato ad un'autorità che esprime - attraverso i previ atti endoprocedimentali ed il conclusivo provvedimento finale - un'autonoma determinazione, oppure se si tratta di un procedimento unico, nel quale gli atti preparatori e strumentali possono appartenere anche ad autorità diverse, ma la determinazione conclusiva o comunque costitutiva dell'effetto giuridico lesivo è di competenza di una sola autorità.

Soltanto in tale ultimo caso, non ricorrente nella specie, saranno le autorità giudiziarie dello Stato di appartenenza della suddetta autorità a doversi pronunciare sulla legittimità degli atti del procedimento e sull'atto finale, senza che si radichi una competenza giurisdizionale dei relativi organi di altri Stati, le cui autorità amministrative hanno partecipato al procedimento con funzione meramente preparatoria, strumentale o famulativa.

Tali principi si possono ricavare, *mutatis mutandis*, da una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Grande sez., 19 dicembre 2018, C-219/17, §§ 45, 46, 48 e 49), la quale sia pure in tutt'altro contesto normativo e con riferimento a tutt'altra fattispecie concreta, ha però tracciato importanti coordinate teoriche nelle quali inscrivere quelle attività amministrative che si esprimono attraverso procedimenti che coinvolgono le autorità amministrative e gli organi di vari Stati.

45. Risarcimento danni.

45.1. Risarcimento danni e colpa dell'Amministrazione se il provvedimento è illegittimo per difetto di motivazione.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana 7 aprile 2021, n. 295 ha affermato che dall'accertamento, con sentenza passata in giudicato, della illegittimità della revoca di un piano di lottizzazione non consegue l'automatico accertamento della colpa in capo all'amministrazione che aveva adottato il piano, ove l'annullamento sia stato disposto per difetto di motivazione e non perché sia stata valutata la legittimità della condotta che aveva portato all'adozione del piano stesso.

Ha chiarito il C.g.a. che la sentenza che aveva dichiarato l'illegittimità della revoca del piano di lottizzazione non si era spinta anche ad affermare la "colpa" dell'Amministrazione.

Il Giudice si è, infatti, limitato all'analisi del motivo di gravame volto a sindacare l'atto oggetto del suo scrutinio (*id est*, il provvedimento di revoca del piano di lottizzazione) sotto il profilo - il primo nell'ordine logico - della c.d. "violazione di legge". Avendo accertato che l'Amministrazione aveva fatto un uso errato delle norme regionali e nazionali in tema di "misure di salvaguardia" (pretendendo di applicarle anche prima della formale adozione del nuovo strumento urbanistico), ha ritenuto tale vizio "assorbente" e dunque sufficiente per pervenire all'annullamento del provvedimento.

E poiché l'annullamento "per violazione di legge" di un provvedimento amministrativo non implica - di regola - alcun esame sulla "colpa" dell'Amministrazione che lo ha posto in essere (accertamento necessario per i soli giudizi risarcitori), è evidente che la "questione della colpa" non è (né può essere ritenuta) rimasta "assorbita" nel giudicato che ha sancito la illegittimità della revoca.

Il C.g.a. ha inoltre aggiunto che affermare l'illegittimità di un 'provvedimento di revoca' di un atto amministrativo non significa in alcun modo affermare automaticamente (o implicitamente) anche - e per relativo converso - la legittimità dell'atto che era stato revocato.

È noto, infatti, che la regola - tipica dei processi ordinari - secondo cui il giudicato "assorbe il dedotto ed il deducibile" (chiudendo pertanto ogni questione, anche se non trattata), non opera in sede di giurisdizione generale di legittimità; e che comunque nel c.d. processo amministrativo di annullamento ben può accadere (ed accade sovente, fisiologicamente) che il Giudice - la cui attività giurisdizionale è fortemente condizionata dai motivi di gravame introdotti dalla parte ricorrente e comunque dalle domande delle parti - finisca per soffermarsi ad esaminare esclusivamente l'atto (e cioè la legittimità del provvedimento), senza spingere la sua conoscenza sull'intero "rapporto" (emergente dalla controversia) fra cittadino ed Amministrazione.

Da tutto quanto fin qui osservato deve concludersi che l'accoglimento della domanda giudiziale di annullamento della delibera commissariale di revoca del piano di lottizzazione dell'area di proprietà della società appellante non ha affatto sancito (e men che mai con efficacia di giudicato) la piena legittimità della delibera con cui il piano di lottizzazione era stato (*illo tempore*) approvato (prima che venisse revocato); né, dunque e

comunque, la colpevolezza della condotta del Commissario straordinario (o della Amministrazione commissariale, così può essere e sarà in seguito definita per distinguerla dalla Amministrazione comunale agente in via ordinaria) nell'aver proceduto alla revoca di tale delibera.

45.2. Responsabilità della Pubblica amministrazione per l'affidamento suscitato nel destinatario di un provvedimento ampliativo illegittimamente emanato e poi annullato.

Con sentenza 29 novembre 2021, n. 19 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sulla sua legittimità sia sorto un ragionevole convincimento, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento.

Ha chiarito l'Adunanza plenaria che l'affidamento tutelabile in via risarcitoria deve essere ragionevole, id est incolpevole. Esso deve quindi fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento, o con il suo comportamento correlato al pubblico potere, e in cui il privato abbia senza colpa confidato. Nel caso di provvedimento poi annullato, il soggetto beneficiario deve dunque vantare una fondata aspettativa alla conservazione del bene della vita ottenuto con il provvedimento stesso, la frustrazione della quale può quindi essere considerata meritevole di tutela per equivalente in base all'ordinamento giuridico. La tutela risarcitoria non interviene quindi a compensare il bene della vita perso a causa dell'annullamento del provvedimento favorevole, che comunque si è accertato non spettante nel giudizio di annullamento, ma a ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse.

Nella descritta prospettiva, il grado della colpa dell'amministrazione, e dunque la misura in cui l'operato di questa è rimproverabile, rileva sotto il profilo della riconoscibilità dei vizi di legittimità da cui potrebbe essere affetto il provvedimento. Al riguardo va ricordato che nel giudizio di annullamento la colpa dell'amministrazione è elemento costitutivo della responsabilità dell'amministrazione nei confronti del ricorrente che agisce contro il provvedimento a sé sfavorevole, sebbene essa sia presuntivamente correlata all'illegittimità del provvedimento, per cui spetta all'amministrazione dare la prova contraria dell'errore scusabile. Sulla base di questa presunzione, per il danno da lesione dell'affidamento da provvedimento favorevole, poi annullato, la colpa dell'amministrazione è invece un elemento che ha rilievo nella misura in cui rende manifesta l'illegittimità del provvedimento favorevole al suo destinatario, e consenta di ritenere che egli ne potesse pertanto essere consapevole.

L'atteggiamento psicologico del privato può dunque essere considerato come fattore escludente del risarcimento solo in queste ipotesi e non già ogniqualvolta vi sia un contributo del privato nell'emanazione dell'atto, come suppone l'ordinanza di rimessione. Non ogni apporto del privato all'emanazione dell'atto può infatti condurre a configurare in via di automatismo una colpa in grado di escludere un affidamento tutelabile sulla sua

legittimità. Si giungerebbe altrimenti a negare sempre la tutela risarcitoria, tenuto conto che i provvedimenti amministrativi favorevoli, ampliativi della sfera giuridica del destinatario, sono sempre emessi ad iniziativa di quest'ultimo.

Va infatti considerato al riguardo che, sebbene al privato sia riconosciuto il potere di attivare il procedimento amministrativo e di fornire in esso ogni apporto utile per la sua conclusione in senso per sé favorevole, egli lo fa all'esclusivo fine di realizzare il proprio utile. E' invece sempre l'amministrazione che rimane titolare della cura dell'interesse pubblico e che dunque è tenuta a darvi piena attuazione, se del caso sacrificando l'interesse privato; pertanto, se quest'ultimo trova soddisfazione è perché esso è ritenuto conforme alla norma e all'interesse pubblico primario dalla stessa tutelato. Malgrado gli istituti partecipativi introdotti con la l. 7 agosto 1990, n. 241, e la recente positivizzazione dei doveri di collaborazione e buona fede, il potere amministrativo mantiene infatti la sua tipica connotazione di unilateralità, che si correla alle sovraordinate esigenze di attuazione dei fini di interesse pubblico stabiliti dalla legge, di cui l'amministrazione è responsabile.

Nondimeno, con riguardo a gradi della colpa inferiore a quello «grave», non possono nemmeno essere trascurati i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio. Con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui, ai sensi dell'art. 29 c.p.a., l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. La situazione che viene così a crearsi induce, per un verso, ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da lui avvertita allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso, porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

45.3. Risarcimento del danno da ritardo.

La sez. II, con sentenza 17 febbraio 2021, n. 1448, ha affermato che in caso di ritardo nella definizione dei contenuti di una convenzione edilizia che abbia comportato il mancato rilascio del permesso di costruire può sussistere un danno da “mero ritardo” ovvero da “affidamento procedimentale mero”, nella particolare configurazione per la quale l'inerzia amministrativa, protrattasi oltre i tempi normativamente previsti (e nonostante un contegno complessivamente affidante in precedenza serbato dall'amministrazione), ha fatto sì che il richiedente non possa più beneficiare in concreto del bene della vita cui ambiva a causa di sopravvenienze di fatto o di diritto contrastanti con la soddisfazione in forma specifica del suo interesse. Occorre cioè valutare se sia imputabile all'amministrazione la violazione dell'affidamento riposto dal privato nella correttezza dell'azione

amministrativa avviata a seguito dell'instaurazione di un 'contatto' di carattere qualificato. In tale ottica, il contatto tra privato e Pubblica amministrazione va inteso quale fatto idoneo a produrre obbligazioni "in conformità dell'ordinamento giuridico (art. 1173 cod. civ.), con conseguente emersione di reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione" (artt. 1175, 1176 e 1337 cod. civ.). Il ritardo, cioè, non assume rilievo risarcitorio autonomo, ma in quanto elemento indicativo e – in qualche misura - costitutivo del comportamento affidante che ne è conseguito.

Ha chiarito la Sezione che contatto tra privato e Pubblica amministrazione deve essere inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni "in conformità dell'ordinamento giuridico (art. 1173 cod. civ.) dal quale derivano reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione". La teorica del danno da "contatto qualificato", ha avuto un particolare sviluppo nella giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, anche con riferimento all'ambito della contrattualistica pubblica, in ragione dell'intersecarsi al suo interno di regole pubblicistiche e regole privatistiche, non in sequenza temporale, ma in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione (Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5). La Corte di Cassazione, del resto, pronunciandosi peraltro sulla giurisdizione, ha riconosciuto la risarcibilità del danno all'affidamento che il privato abbia riposto nella condotta procedimentale dell'amministrazione, la quale si sia poi determinata in senso sfavorevole, indipendentemente da ogni connessione con l'invalidità provvedimento o, come precisato, dalla stessa esistenza di un provvedimento (Cass. civ., sez. un., ordinanza n. 8236 del 2020). Ciò giustifica l'autonomia tra diritto all'indennizzo, di cui all'art. 2 *bis*, comma 1 *bis*, l. n. 241 del 1990, e risarcimento del danno, come chiarito da subito con decreto del Ministro della Pubblica amministrazione recante "Linee di indirizzo per l'attuazione dell'art. 7, l. 18 giugno 2009, n. 69", ricordando come l'indennizzo, a differenza del danno, sia dovuto anche nell'ipotesi di comportamento scusabile e astrattamente lecito. Il richiesto accertamento, ora per allora, della spettanza del bene della vita cui il ricorrente aspirava, esula dal perimetro della decisione (se non nell'ottica di una valutazione di carattere controfattuale finalizzata a verificare il rispetto, da parte dell'amministrazione, dei necessari canoni di correttezza e buona fede nell'esame della domanda di parte).

Ai fini della quantificazione del danno, è comunque possibile utilizzare i principi rivenienti dagli arresti dei giudici di legittimità, che nell'applicare la regola della responsabilità da lesione dell'affidamento, attingono comunque ai canoni di correttezza e buona fede sanciti dall'art. 1337 cod. civ. nel pur diverso ambito della responsabilità di carattere precontrattuale. L'incolpevole affidamento nel rilascio del permesso edilizio, neppure formalmente denegato in via definitiva, ha comportato infatti un pregiudizio economico regolarmente documentato che non può non essere risarcito quale voce di danno emergente, mentre non assumere rilievo il mancato guadagno che sarebbe conseguito alla realizzazione dell'opera. E ciò in quanto non emerge in atti che l'appellante avrebbe senz'altro avuto diritto al rilascio dell'invocato titolo edilizio.

45.4. Responsabilità della Pubblica amministrazione per inerzia o ritardo in caso di sopravvenienza normativa che impedisce al privato di realizzare il progetto al quale l'istanza era preordinata.

Su questione rimessa dal Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana con sentenza non definitiva 15 dicembre 2020, n. 1136, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 23 aprile 2021, n. 7 ha affermato che la responsabilità della Pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimento sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale; è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita, mentre per la quantificazione delle conseguenze risarcibili si applicano, in virtù dell'art. 2056 cod. civ. – da ritenere espressione di un principio generale dell'ordinamento – i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 cod. civ., e non anche il criterio della prevedibilità del danno previsto dall'art. 1225 cod. civ..

45.5. Risarcimento del danno per perdita di *chance*.

La sez. VI, con sentenza 13 settembre 2021, n. 6268 ha affermato che in sede di azione di risarcimento per perdita di *chance*, poiché l'esigenza giurisdizionale è quella di riconoscere all'interessato il controvalore della mera possibilità – già presente nel suo patrimonio – di vedersi aggiudicato un determinato vantaggio, l'*an* del giudizio di responsabilità deve coerentemente consistere soltanto nell'accertamento del nesso causale tra la condotta anti-giuridica e l'evento lesivo consistente nella perdita della predetta possibilità; la tecnica probabilistica va quindi impiegata, non per accertare l'esistenza della *chance* come bene a sé stante, bensì per misurare in modo equitativo il 'valore' economico della stessa, in sede di liquidazione del 'quantum' risarcibile; con l'avvertenza che, anche se commisurato ad una frazione probabilistica del vantaggio finale, il risarcimento è pur sempre compensativo (non del risultato sperato, ma) della privazione della possibilità di conseguirlo.

La risarcibilità della perdita di *chance* è stata elaborata al fine di 'traslare' sul versante delle situazioni soggettive – e, quindi, del danno ingiusto – un problema di causalità incerta: quello cioè delle fattispecie in cui non sia affatto possibile accertare, già in astratto e in termini oggettivi, se un determinato esito vantaggioso (per chi lo invoca) si sarebbe o meno verificato senza l'ingerenza illecita del danneggiante. Per superare l'impasse dell'insuperabile deficienza cognitiva del processo eziologico, il sacrificio della 'possibilità' di conseguire il risultato finale viene fatto assurgere a bene giuridico 'autonomo'.

Va ricordato come nel campo del diritto amministrativo la lesione della '*chance*' viene invocata per riconoscere uno sbocco di tutela (sia pure per equivalente) a quelle delle aspettative andate 'irrimediabilmente' deluse a seguito dell'illegittimo espletamento (ovvero del mancato espletamento) di un procedimento amministrativo. La fattispecie presa in considerazione è quella in cui il vizio accertato dal giudice amministrativo consiste nella violazione di una norma di diritto pubblico che – non ricomprendendo nel

suo raggio di protezione l'interesse materiale – assicura all'istante soltanto la possibilità di conseguire il bene finale. L'“ingiustizia” del nocumento assume ad oggetto soltanto il ‘quid’ giuridico, minore ma autonomo, consistente nella spettanza attuale di una mera possibilità. Nella moderna economia di mercato, anche la diminuzione di probabilità di eventi patrimoniali favorevoli può rilevare come perdita patrimoniale, non solo i danni fisici intesi come distruzione di ricchezza tangibile.

Il richiamo alla ‘elevata probabilità’ di realizzazione, quale condizione affinché la ‘chance’ acquisti rilevanza giuridica, è fuorviante, in quanto così facendo si assimila il trattamento giuridico della figura in esame alla causalità civile ordinaria (ovvero alla causalità del risultato sperato). La ‘chance’ prospetta invece un'ipotesi – assai ricorrente nel diritto amministrativo – di danno solo ‘ipotetico’, in cui non si può oggettivamente sapere se un risultato vantaggioso si sarebbe o meno verificato. Pur essendo certa la contrarietà al diritto della condotta di chi ha causato la perdita della possibilità, non ne è conoscibile l'apporto causale rispetto al mancato conseguimento del risultato utile finale.

Poiché l'esigenza giurisdizionale è quella di riconoscere all'interessato il controvalore della mera possibilità – già presente nel suo patrimonio – di vedersi aggiudicato un determinato vantaggio, l'*an* del giudizio di responsabilità deve coerentemente consistere soltanto nell'accertamento del nesso causale tra la condotta antiggiuridica e l'evento lesivo consistente nella perdita della predetta possibilità. La tecnica probabilistica va quindi impiegata, non per accertare l'esistenza della chance come bene a sé stante, bensì per misurare in modo equitativo il ‘valore’ economico della stessa, in sede di liquidazione del ‘quantum’ risarcibile. Con l'avvertenza che, anche se commisurato ad una frazione probabilistica del vantaggio finale, il risarcimento è pur sempre compensativo (non del risultato sperato, ma) della privazione della possibilità di conseguirlo.

Al fine di non incorrere in una forma inammissibile di responsabilità senza danno, è necessario che, per raggiungere la soglia dell'“ingiustizia”, la ‘chance’ perduta sia ‘seria’. A tal fine: da un lato, va verificato con estremo rigore che la perdita della possibilità di risultato utile sia effettivamente imputabile alla condotta altrui contraria al diritto; sotto altro profilo, al fine di non riconoscere valore giuridico a ‘chance’ del tutto accidentali, va appurato che la possibilità di realizzazione del risultato utile rientri nel contenuto protettivo delle norme violate.

Allo scopo poi di scongiurare azioni bagatellari o emulative, il giudice dovrà disconoscere l'esistenza di un ‘danno risarcibile’ (art. 1223 cod. civ.) nel caso in cui le probabilità perdute si attestino ad un livello del tutto infimo.

A fronte del nocumento delle ‘possibilità attuative’ rimaste inesprese a causa del comportamento illegittimo della pubblica amministrazione, il sistema di giustizia amministrativa appronta in via principale la tutela specifica. La priorità del tratto conformativo del giudicato di annullamento rispetto alla tutela risarcitoria (con la conseguenza che l'interessato non può tralasciare di impugnare l'esito negativo del procedimento), consegue al fatto che la tecnica risarcitoria della chance presuppone una situazione di fatto

immodificabile, che abbia definitivamente precluso all'interessato la possibilità di conseguire il risultato favorevole cui aspirava. Solo qualora il procedimento amministrativo dichiarato illegittimo non sia in alcun modo 'ripetibile' – neppure virtualmente (stante i limiti posti alla cognizione giudiziale), come invece resta possibile in caso di attività vincolata, nel qual caso può essere richiesto soltanto il risarcimento del controvalore del risultato sperato – il giudizio di ingiustizia può assumere ad oggetto la perdita della possibilità di un vantaggio.

45.6. Responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (alla quale la questione era stata rimessa dalla sez. II, con ordinanza 6 aprile 2021, n. 2753) 29 novembre 2021, n. 2 ha affermato il principio secondo cui nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa.

Ha chiarito l'Alto consesso che con riguardo alla questione, concernente i limiti entro cui può essere riconosciuto il risarcimento per lesione dell'affidamento, con particolare riguardo all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale, deve in primo luogo essere precisato che questo settore dell'attività della pubblica amministrazione è quello in cui tradizionalmente e più volte è stata riconosciuta la responsabilità di quest'ultima. Le ragioni alla base dell'orientamento di giurisprudenza favorevole al privato venutosi a creare in questo settore si spiega sulla base del fatto che, sebbene svolta secondo i moduli autoritativi ed impersonali dell'evidenza pubblica, l'attività contrattuale dell'amministrazione è nello stesso tempo inquadrabile nello schema delle trattative prenegoziali, da cui deriva quindi l'assoggettamento al generale dovere di "comportarsi secondo buona fede" enunciato dall'art. 1337 cod. civ. (come chiarito dall'Adunanza plenaria nelle sopra citate pronunce del 5 settembre 2005, n. 6 e del 4 maggio 2018, n. 5).

La tutela risarcitoria per responsabilità precontrattuale è posta a presidio dell'interesse a non essere coinvolto in trattative inutili, e dunque del più generale interesse di ordine economico a che sia assicurata la serietà dei contraenti nelle attività preparatorie e prodromiche al perfezionamento del vincolo negoziale. La reintegrazione per equivalente è pertanto ammessa non già in relazione all'interesse positivo, corrispondente all'utile che si sarebbe ottenuto dall'esecuzione del contratto, riconosciuto invece nella responsabilità da inadempimento, ma dell'interesse negativo, con il quale sono rimate le spese sostenute per le trattative contrattuali e la perdita di occasioni contrattuali alternative, secondo la dicotomia *ex art. 1223 cod. civ.* danno emergente – lucro cessante.

Applicata all'evidenza pubblica, la responsabilità precontrattuale sottopone l'amministrazione alla duplice soggezione alla legittimità amministrativa e agli obblighi di comportamento secondo correttezza e buona fede, i quali costituiscono, come in precedenza esposto, profili tra loro autonomi, e da cui può rispettivamente derivare l'annullamento degli atti adottati nella procedura di gara e le responsabilità per la sua conduzione (Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2021, n. 5274; id. 12 aprile 2021, n. 2938; id. 2 febbraio 2018, n. 680).

In senso parzialmente diverso si è espressa la Cassazione civile. Con sentenza in data 3 luglio 2014, n. 15260 la Suprema Corte (sez. I) ha affermato che l'affidamento del concorrente ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico è tutelabile "indipendentemente da un affidamento specifico alla conclusione del contratto"; la stazione appaltante è quindi responsabile sul piano precontrattuale "a prescindere dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante".

L'apparente contrasto rispetto agli approdi della giurisprudenza amministrativa deve tuttavia essere ridimensionato, avuto riguardo al fatto che il caso deciso dalla Cassazione riguardava il concorrente primo classificato in una procedura di gara poi annullata in sede giurisdizionale amministrativa su ricorso di un altro concorrente. La stessa giurisprudenza amministrativa non si è del resto arroccata su rigidi apriorismi, ma con criterio elastico – che questa Adunanza plenaria ritiene condivisibile – ha negato rilievo dirimente all'intervenuta aggiudicazione definitiva, laddove ha in particolare affermato che la verifica di un affidamento ragionevole sulla conclusione positiva della procedura di gara va svolta in concreto, in ragione del fatto che "il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale" (Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831).

Individuato un primo requisito dell'affidamento tutelabile nella sua ragionevolezza e nel correlato carattere ingiustificato del recesso, il secondo consiste nel carattere colposo della condotta dell'amministrazione, nel senso che la violazione del dovere di correttezza e buona fede deve esserle imputabile quanto meno a colpa, secondo le regole generali valevoli in materia di responsabilità extracontrattuale *ex* art. 2043 cod. civ. (in questo senso va ancora richiamato Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).

L'elemento della colpevolezza dell'affidamento si modula diversamente nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione non sia disposto d'ufficio dall'amministrazione ma in sede giurisdizionale. In questo secondo caso emergono con tutta evidenza i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio. Con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui ai sensi dell'art. 29 c.p.a. l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. La

situazione che viene così a crearsi induce per un verso ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avvertita allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

L'Adunanza plenaria ha ritenuto che la responsabilità in cui incorre l'amministrazione per l'esercizio delle sue funzioni pubbliche sia inquadrabile nella responsabilità da fatto illecito, sia pure con gli inevitabili adattamenti richiesti dalla sua collocazione ordinamentale nei rapporti intersoggettivi, quale risultante dall'evoluzione storico-istituzionale e di diritto positivo che la ha caratterizzata.

La responsabilità da inadempimento si fonda, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., sul non esatto adempimento della "prestazione" cui il debitore è obbligato in base al contratto. Un vincolo obbligatorio di analoga portata non può essere configurato per la pubblica amministrazione che agisca nell'esercizio delle sue funzioni amministrative e quindi nel perseguimento dell'interesse pubblico definito dalla norma attributiva, che fonda la causa giuridica del potere autoritativo. Sebbene a quest'ultimo si contrapponga l'interesse legittimo del privato, la relazione giuridica che si instaura tra il privato e l'amministrazione è caratterizzata da due situazioni soggettive entrambe attive, l'interesse legittimo del privato e il potere dell'amministrazione nell'esercizio della sua funzione. In questo caso quindi è configurabile non già un obbligo giuridico in capo all'amministrazione – rapportabile a quello che caratterizza le relazioni giuridiche regolate dal diritto privato- bensì un potere attribuito dalla legge, che va esercitato in conformità alla stessa e ai canoni di corretto uso del potere individuati dalla giurisprudenza. Né la fattispecie in esame può essere ricondotta alla dibattuta, in dottrina come in giurisprudenza, nozione di "contatto sociale", in quanto, a tacer d'altro, oltre a quanto osservato sulla natura del "rapporto amministrativo", la relazione tra privato e amministrazione è comunque configurata in termini di "supremazia", cioè da un'asimmetria che mal si concilia con le teorie sul "contatto sociale" che si fondano sulla relazione paritaria.

Nel descritto paradigma dei rapporti giuridici interessati dal pubblico potere, lo strumento di tutela elettivo e di carattere generale per l'interesse legittimo è quello dell'azione costitutiva di annullamento dell'atto amministrativo.

Tra le forme di tutela ulteriori rispetto a quella di annullamento, già prima della sentenza delle Sezioni unite della Cassazione 22 luglio 1999, n. 500, ha assunto un ruolo di rilievo la tutela risarcitoria, ammessa anche nei confronti del potere pubblico, originariamente sulla base di normative di carattere settoriale - e segnatamente nelle procedure di affidamento di contratti pubblici (art. 13, l. 19 febbraio 1992, n. 142); in materia edilizia, per il danno da ritardato rilascio del titolo a costruire (art. 4, d.l. 5 ottobre 1993, n. 398, convertito in l. 4 dicembre 1993, n. 493, come successivamente modificato) - poi seguite dalle disposizioni a carattere generale contenute dapprima nel d.lgs. n. 80 del 1998 (in parte qua non dichiarate incostituzionali) e nella l. n. 205 del 2000, e poi nel codice del processo amministrativo.

E' stato dunque introdotto nel diritto pubblico un sistema in cui è devoluto al giudice amministrativo il potere di condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno da illegittimo esercizio del potere pubblico, in una logica eminentemente "rimediale", e cioè come "strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione" (Corte costituzionale, sentenza 26 luglio 2004, n. 204; § 3.4.1), in quanto tale attribuito al "giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica" (Corte cost., sentenza 11 maggio 2006, n. 191; § 4.3).

L'assetto ora descritto ha trovato una definitiva sistemazione con il codice del processo amministrativo. La "tutela piena ed effettiva" da esso delineata (art. 1, sopra citato) si attua con la concentrazione presso il giudice amministrativo di "ogni forma di tutela degli interessi legittimi" (art. 7, comma 7), e la devoluzione ad esso delle controversie "relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma" (art. 7, comma 4).

Elemento centrale nella fattispecie di responsabilità ora richiamato è quindi l'ingiustizia del danno, da dimostrare in giudizio, diversamente da quanto avviene per la responsabilità da inadempimento contrattuale, in cui, come esattamente sottolinea il giudice rimettente, la valutazione sull'ingiustizia del danno è assorbita dalla violazione della regola contrattuale.

Declinata nel settore relativo al "risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi", di cui al sopra citato art. 7, comma 4, c.p.a., il requisito dell'ingiustizia del danno implica che il risarcimento potrà essere riconosciuto se l'esercizio illegittimo del potere amministrativo abbia leso un bene della vita del privato, che quest'ultimo avrebbe avuto titolo per mantenere o ottenere, secondo la dicotomia interessi legittimi oppositivi e pretensivi. Infatti, diversamente da quanto avviene nel settore della responsabilità contrattuale, il cui aspetto programmatico è costituito dal rapporto giuridico regolato bilateralmente dalle parti mediante l'incontro delle loro volontà concretizzato con la stipula del contratto-fatto storico, il rapporto amministrativo si caratterizza per l'esercizio unilaterale del potere nell'interesse pubblico, idoneo, se difforme dal paradigma legale e in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito, a ingenerare la responsabilità aquiliana dell'amministrazione.

Depongono, infine, nel senso della riconducibilità del danno per lesione di interessi legittimi al modello della responsabilità per fatto illecito, anche indici normativi di univoca portata testuale.

In particolare, i sopra citati commi 2 e 4 dell'art. 30 c.p.a., rispettivamente fanno riferimento al "danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria", e al "danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento". Con specifico riguardo alle "(c)onsequenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento", l'art. 2-bis, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241 prevede, quindi, che i soggetti pubblici e privati tenuti ad agire secondo le regole del procedimento amministrativo "sono tenuti al risarcimento del danno

ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”.

La condotta attiva del privato può invece assumere rilievo come fattore di mitigazione o anche di esclusione del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 30, comma 3, secondo periodo, c.p.a., laddove si accerti “che le condotte attive trascurate (...) avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno” (così la sentenza dell'Adunanza plenaria 23 marzo 2011, n. 3, da ultimo richiamata: § 7.2.2). In altri termini, la mancata attivazione dei rimedi procedurali e processuali, al pari delle ragioni che sorreggano il mancato esperimento degli stessi, non è idonea in sé a precludere la pretesa risarcitoria, ma costituisce un elemento di valutazione che può concorrere, con altri, alla definizione della responsabilità.

La necessità che nell'esame della domanda di risarcimento dei danni da illegittimo o mancato esercizio della funzione pubblica sia in ogni caso valutata la condotta del privato costituisce un profilo di peculiarità della responsabilità dell'amministrazione rispetto al modello di riferimento costituito dalla fattispecie generale dell'illecito civile prevista dall'art. 2043 cod. civ., in considerazione della complessa evoluzione che nel tempo, a partire dalla teorica del procedimento amministrativo, hanno subito i rapporti tra amministrazione e privato in termini di partecipazione per quest'ultimo e di attenuazione della posizione di supremazia dell'amministrazione nell'esercizio della funzione; con conseguenti oneri.

Tuttavia l'onere di cooperazione in parola può essere ricondotto allo schema di carattere generale del “(c)oncorso del fatto colposo del creditore» previsto dall'art. 1227 cod. civ., richiamato dall'art. 2056 cod. civ. per la responsabilità da fatto illecito, e più precisamente nell'ipotesi del secondo comma (evocativo di un principio di causalità giuridica, a differenza del primo comma che disciplina il nesso di causalità materiale condotta-evento), per la quale il risarcimento «non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza”.

Ricondotta la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi al principio del *neminem laedere* positivizzato nell'art. 2043 cod. civ., deve escludersi che, nella individuazione e quantificazione del danno, possa operare il limite rappresentato dalla sua prevedibilità.

Assume invece un ruolo centrale l'art. 1223 cod. civ., anch'esso richiamato dall'art. 2056 cod. civ., secondo cui il risarcimento del danno comprende la perdita subita dal creditore (danno emergente) e il mancato guadagno (lucro cessante) “in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”.

Ha ancora affermato l'Alto Consesso che, con riferimento al periodo temporale nel quale hanno avuto vigenza disposizioni su incentivi tariffari connessi alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili che non sono stati erogati a seguito di una sopravvenienza normativa, è in astratto ravvisabile il nesso di consequenzialità immediata e diretta tra la ritardata conclusione del procedimento autorizzativo *ex art. 12, d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387* e il mancato accesso agli incentivi tariffari connessi alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili quando la mancata ammissione al regime

incentivante sia stato determinato da un divieto normativo sopravvenuto che non sarebbe stato applicabile se i termini del procedimento fossero stati rispettati; con riferimento al periodo successivo alla sopravvenienza normativa, occorre stabilire se le erogazioni sarebbero comunque cessate, per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi, nel qual caso il pregiudizio è riconducibile alla sopravvenienza legislativa e non più imputabile all'amministrazione, oppure se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo, in quanto la legge, per esempio, faccia chiaramente salvi, e sottratti quindi all'abrogazione, gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi; in ogni caso, il danno va liquidato secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di *chance*, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa, e non può equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione.

Ha chiarito l'Adunanza plenaria che la questione controversa e rimessa dal Consiglio di giustizia amministrativa in sede nomofilattica attiene invece al rapporto di causalità giuridica tra evento lesivo e danno-conseguenza. La questione si sostanzia nella possibilità di imputare alla Regione siciliana il mancato accesso al regime tariffario incentivante previsto per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, a causa del sopravvenuto divieto di cui all'art. 65, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1. Il dubbio del giudice rimettente sul punto si incentra in particolare sulla questione se la sopravvenienza normativa costituisca un fattore causale autonomo, in grado di interrompere il nesso di consequenzialità immediata e diretta *ex art. 1223 cod. civ.* tra la ritardata conclusione dei procedimenti autorizzativi *ex art. 12, d.lgs. n. 387 del 2003* e il mancato accesso al regime incentivante, o - espresso in altri termini - di configurare il ritardo dell'amministrazione come mera occasione rispetto al pregiudizio patrimoniale lamentato dalla società ricorrente, unitamente agli altri dalla stessa dedotti in giudizio.

La questione richiede di precisare innanzitutto che, nell'ambito della dicotomia danno emergente - lucro cessante posta dall'art. 1223 cod. civ., il mancato accesso al regime tariffario incentivante si colloca nel secondo concetto, come peraltro precisato dallo stesso giudice rimettente.

Ciò precisato, l'accertamento del nesso di consequenzialità immediata e diretta del danno con l'evento pone problemi di prova con riguardo al lucro cessante in misura maggiore rispetto al danno emergente. A differenza del secondo, consistente in un decremento patrimoniale avvenuto, il primo, quale possibile incremento patrimoniale, ha di per sé una natura ipotetica. La valutazione causale *ex art. 1223 cod. civ.* assume pertanto la fisionomia di un giudizio di verosimiglianza (*rectius*: di probabilità), in cui occorre stabilire se il guadagno futuro e solo prevedibile si sarebbe concretizzato con ragionevole grado di probabilità se non fosse intervenuto il fatto ingiusto altrui. Non a caso in questo ambito è sorta la tematica della risarcibilità della *chance*, considerata ormai, sia dalla giurisprudenza civile sia dalla giurisprudenza amministrativa, una posizione giuridica autonomamente tutelabile - morfologicamente intesa come evento di danno rappresentato dalla perdita della possibilità di un risultato più favorevole (e in ciò distinta

dall'elemento causale dell'illecito, da accertarsi preliminarmente e indipendentemente da essa) - purché ne sia provata una consistenza probabilistica adeguata e nella quale può quindi essere ricondotta la pretesa risarcitoria connessa al regime tariffario incentivante di cui la società ricorrente chiede il ristoro per equivalente.

Tali considerazioni appaiono particolarmente pertinenti nel presente giudizio – e in quelli similari- in cui l'utilità conseguibile con l'originaria istanza di autorizzazione deriva non soltanto dal concreto auspicato svolgimento dell'attività conseguente all'autorizzazione, ma anche e soprattutto dai benefici conseguenti a una diversa e ulteriore previsione normativa, la cui applicazione è devoluta a una diversa amministrazione, competente a verificare la spettanza dei benefici nell'ambito di un diverso procedimento.

In ragione di ciò il giudice rimettente dovrà valutare ogni elemento rilevante nella presente fattispecie, tra cui il fatto che, rispetto al procedimento di autorizzazione a costruire e gestire impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili, l'accesso alle agevolazioni tariffarie è oggetto di un procedimento amministrativo ulteriore, regolato dai vari "conti energia" in ipotesi applicabili, onde la necessità di svolgere una prognosi sul possibile esito di quest'ultimo.

Posta questa premessa, con specifico riguardo alla responsabilità aquiliana da fatto illecito, vi è una disposizione specifica in tema di danno-conseguenza che rimette all'"equo apprezzamento delle circostanze del caso" la relativa valutazione (art. 2056, comma 2, cod. civ.). La liquidazione equitativa assume una centrale rilevanza, sul piano tecnico, in tema di quantificazione di danni che si proiettano nel futuro e che non sono determinabili con la certezza propria di quelli verificabili sul piano storico, come invece nel caso del danno emergente. Il che implica, con specifico riferimento alla fattispecie in esame, che non può ritenersi che il danno da lucro cessante, sul piano giuridico, possa equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione. E ciò perché l'attività non è stata svolta, il correlato procedimento inerente alla sussistenza dei requisiti non ha avuto seguito, e, più in generale, non può darsi per verificato un evento -l'avvio e lo svolgimento per tutta la durata prevista dell'attività di impresa in regime di incentivo- che non si è verificato e che potrebbe essere stato soggetto a qualsiasi sopravvenienza anche di fatto nel corso dell'attività di impresa.

In questo ambito, fermo l'onere di allegazione e prova del danneggiato (artt. 63, comma 1, e 64, comma 1, c.p.a.), anche mediante presunzioni, e l'eventuale espletamento di una consulenza tecnica di ufficio – nel caso in esame già disposta dal giudice remittente – sulla questione propriamente giuridica del rilievo causale attribuibile alla sopravvenienza normativa deve ribadirsi che essa opera nella fattispecie controversa non già come fatto imprevedibile *ex art. 1225 cod. civ.* - rilevante se la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione da interessi legittimi fosse inquadrabile nella responsabilità contrattuale, *quod non* come in precedenza chiarito – ma, in ipotesi, come fattore causale autonomo ed in grado di escludere il nesso di consequenzialità immediata e diretta *ex art. 1223 cod. civ.* tra la ritardata conclusione dei procedimenti autorizzativi *ex art. 12, d.lgs. n. 387 del 2003* e il mancato accesso al regime tariffario incentivante.

Occorre in altri termini valutare come operi la sopravvenienza normativa nella sequenza causale produttiva del danno, sul piano – di cui si discorre – della consequenzialità “immediata e diretta”.

Sul punto l'Adunanza plenaria ha ritenuto che, con riferimento al periodo di tempo anteriore alla modifica normativa che ha soppresso gli incentivi, non sia revocabile in dubbio che sussista un rapporto di consequenzialità che consente di imputare al ritardo della Regione siciliana il pregiudizio patrimoniale subito dalla società ricorrente a causa del mancato accesso agli incentivi tariffari. La regolarità causale che lega i due eventi – ritardo dell'amministrazione nel provvedere e perdita degli incentivi – non può infatti ritenersi recisa dalla sopravvenienza normativa, per la decisiva considerazione che è stato proprio il ritardo a rendere la sopravvenienza rilevante, come fatto impeditivo per l'accesso agli incentivi tariffari altrimenti ottenibili. Lungi dal porsi come mera “occasione” del pregiudizio, il ritardo ne è stata dunque la causa. Con riferimento al periodo successivo alla sopravvenienza normativa, occorre invece stabilire se le erogazioni sarebbero comunque cessate, per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi, nel qual caso il pregiudizio sarebbe riconducibile alla sopravvenienza legislativa e non più imputabile all'amministrazione, oppure se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo, in quanto la legge, per esempio, faccia chiaramente salvi, e sottratti quindi all'abrogazione, gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi.

L'imputabilità del danno all'amministrazione regionale – nei termini enunciati al par. 24 – è coerente con le funzioni della responsabilità civile ulteriori rispetto a quella tipica di reintegrazione della sfera giuridica patrimoniale contro ingiuste lesioni causate da terzi e cioè: la funzione dissuasiva, di matrice soggettiva e di più antica concezione, che, in coerenza con il precetto fondamentale del *neminem laedere* e il fondamento etico e di convivenza civile del rimedio risarcitorio, milita nel senso di addossare all'autore di condotte colpose ingiustamente lesive di altrui interessi patrimoniali le relative conseguenze; la più moderna funzione di equa ripartizione dei rischi connessi ad attività lecite ma potenzialmente pregiudizievoli per i terzi (su cui pertinenti considerazioni sono svolte dal giudice rimettente alle teorie dell'aumento del rischio e dello scopo della norma violata), che invece giustifica sul piano oggettivo che le conseguenze economiche sfavorevoli per questi ultimi siano comunque accollate alle medesime attività, quale poste passive ad essa inerenti, secondo il principio *cuius commoda eius et incommoda*.

Nel caso di specie, l'applicazione del criterio della consequenzialità immediata e diretta enunciato dall'art. 1223 cod. civ. secondo le funzioni ora espresse risulta inoltre coerente con gli obiettivi avuti di mira dal legislatore con la previsione di termini massimi ai sensi dell'art. 2, l. n. 241 del 1990; per cui, se è vero che, nella dinamica dei rapporti giuridici, la sopravvenienza normativa è in sé un *factum principis*, in grado pertanto di escludere l'imputazione soggettiva delle relative conseguenze pregiudizievoli, nondimeno l'ingiustificato ritardo nel rilascio del provvedimento ingenera – alle condizioni sopra delineate – una responsabilità in capo all'amministrazione coerente con la funzione dei termini del procedimento, consistente nel definire un quadro certo relativo ai tempi in cui il potere

pubblico deve essere esercitato e dunque è ragionevole per il privato prevedere che sia esercitato. Nel settore della realizzazione degli impianti in questione, poi, a tali considerazioni di ordine generale si aggiunga che il regime incentivante connesso al ricorso a fonti rinnovabili di produzione energetica fa assurgere l'investimento privato a fattore chiave, destinato a ricevere tutela secondo le descritte norme di azione dei pubblici poteri principalmente attraverso la definizione di tempi certi per il rilascio dei necessari titoli autorizzativi. Il corollario processuale del quadro normativo così tracciato è che in un sistema di tutela giurisdizionale effettivo, contraddistinto dalla pluralità di rimedi a disposizione del privato contro l'inerzia dell'amministrazione, quest'ultima sottostà sul piano risarcitorio alla mancata realizzazione degli investimenti nel settore quando questi siano causati dal suo comportamento antiggiuridico. In coerenza con la funzione dissuasiva e di equa ripartizione dei rischi tipica del rimedio risarcitorio, e delle regole operative sulla delimitazione dei pregiudizi risarcibili, sopra esaminate, il mutamento normativo, espressivo di un mutato indirizzo legislativo rispetto all'intervento economico pubblico in funzione agevolativa degli investimenti privati, deve pertanto essere considerato un rischio imputabile all'amministrazione quando la sopravvenienza normativa non avrebbe avuto rilievo se i tempi del procedimento autorizzativo fossero stati rispettati.

45.7. Risarcimento danni da annullamento (reiterato) del diniego di autorizzazione unica alla realizzazione di un impianto energetico da fonti rinnovabili.

Con sentenza 8 aprile 2021, n. 2848 la sez. IV ha affermato che la realizzazione di un impianto energetico da fonti rinnovabili *ex art. 12, d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387*, per vizi formali o per difetto di motivazione o di istruttoria, in quanto non emerge la prova della concreta spettanza del bene della vita; in ogni caso, va esclusa la risarcibilità del danno emergente consistente nelle spese di progettazione rientrante nella alca propria dell'attività di impresa.

La Sezione ha, altresì, precisato che in relazione ai presupposti per la configurabilità del danno da perdita di *chance*, la valutazione relativa al "grado di consistenza" della chance rileva sotto il profilo dell'accertamento dell'ingiustizia del danno e non del nesso di causalità, e deve essere compiuta dal giudice secondo le evidenze del caso concreto, per verificare che il fatto lesivo è effettivamente illecito, perché ha inciso, in maniera ingiustificata, su una situazione giuridicamente meritevole di tutela e non rispetto ad una mera aspirazione, ad un interesse di fatto o a circostanze che non assurgono al rango di "bene della vita".

I profili di causalità, rispetto alla fattispecie di danno di cui si discorre, andranno accertati, invece, come segue: la causalità materiale dovrà intercorrere in termini di certezza, seppure accertata secondo la regola del "più probabile che non", tra la condotta illecita e asseritamente lesiva e la lesione, per l'appunto, della situazione di vantaggio; la causalità giuridica dovrà intercorrere fra questa lesione (la compromissione definitiva dell'asserita probabile occasione di conseguire l'autorizzazione alla realizzazione e alla gestione dell'impianto) e il tipo di pregiudizio patrimoniale che si assume essersi prodotto (ossia,

il non avere potuto gestire con profitto l'impianto e non avere, conseguentemente, fruito dei vantaggi patrimoniali da ciò discendenti).

45.8. Risarcimento danni da revoca di convenzione tra Università.

Con sentenza 30 agosto 2021, n. 6111 la sez. VI ha affermato che qualora, per effetto della revoca illegittima di un convenzione tra Università, il docente che avrebbe dovuto prestare la propria attività presso una Facoltà e la deve esercitare presso altra, si può generare una lesione di un interesse legittimo oppositivo, in ragione dell'illegittima sottrazione di un'utilità già compresa nel proprio patrimonio, con la conseguente configurabilità, sul piano oggettivo, di un illecito civile ascrivibile in capo all'Amministrazione, senza che sia necessario, ai fini risarcitori, un giudizio prognostico di spettanza del bene della vita.

Ha premesso la Sezione che la materia di responsabilità civile della Pubblica amministrazione la parte che affermi di avere subito un danno in conseguenza dell'altrui condotta lesiva è, tenuta ad allegare e provare puntualmente gli elementi costitutivi dell'illecito e le conseguenze pregiudizievoli subite (Cons. Stato, sez. IV, 23 ottobre 2020, n. 6394).

In particolare, l'illecito civile ascrivibile all'Amministrazione nell'esercizio dell'attività autoritativa, quale quella rilevante nell'odierna sede processuale, richiede: a) sul piano oggettivo, la presenza di un provvedimento illegittimo causa di un danno ingiusto, con la necessità, a tale ultimo riguardo, di distinguere l'evento dannoso (o c.d. "danno-evento") derivante dalla condotta, che coincide con la lesione o compromissione di un interesse qualificato e differenziato, meritevole di tutela nella vita di relazione, e il conseguente pregiudizio patrimoniale o non patrimoniale scaturitone (c.d. "danno-conseguenza"), suscettibile di riparazione in via risarcitoria (Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3); b) sul piano soggettivo l'integrazione del coefficiente di colpevolezza, con la precisazione che la sola riscontrata ingiustificata o illegittima inerzia dell'amministrazione o il ritardato esercizio della funzione amministrativa non integra la colpa dell'Amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 358).

Positivamente definito lo scrutinio in ordine agli elementi costitutivi dell'illecito, occorre verificare la sussistenza di conseguenze dannose, da accertare secondo un (distinto) regime di causalità giuridica che ne prefigura la ristorabilità solo in quanto si atteggino, secondo un canone di normalità e adeguatezza causale, ad esito immediato e diretto della lesione del bene della vita ai sensi degli artt. 1223 e 2056 cod. civ. (Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2015, n. 3854).

Peraltro, ove non sia possibile accertare con certezza la spettanza in capo al ricorrente del bene della vita ambito, il danno patrimoniale potrebbe, comunque, liquidarsi ricorrendo alla tecnica risarcitoria della *chance*, previo accertamento di una "probabilità seria e concreta" o anche "elevata probabilità" di conseguire il bene della vita sperato, atteso che "al di sotto di tale livello, dove c'è la "mera possibilità", vi è solo un ipotetico danno non meritevole di reintegrazione poiché in pratica nemmeno distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto" (Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2019, n. 7845).

Con riferimento al caso di specie l'atto convenzionale, dunque, assumeva natura pubblicistica ed era idoneo a coinvolgere anche la sfera giuridica dei docenti trasferiti: facendosi questione di soggetti incisi dall'esercizio del pubblico potere, i docenti dovevano ritenersi titolari sul piano sostanziale di una posizione di interesse legittimo. Come osservato da questo Consiglio, "L'interesse legittimo è una situazione giuridica autonoma di valenza sostanziale protetta dalla norma che regola il potere pubblico e che si correla ad un bene della vita che, in caso di interesse legittimo oppositivo, preesiste all'esercizio del potere con interesse alla sua conservazione, ovvero, in caso di interesse legittimo pretensivo, si potrebbe ottenere all'esito dell'esercizio del potere, con interesse alla sua acquisizione" (Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7520).

Nella specie, l'assegnazione del docente, per cinque anni, presso un diverso Ateneo, con sede in altra città, sebbene riesaminabile (al pari di ogni utilità originata da un atto amministrativo, per propria natura suscettibile di autotutela decisoria), risultava comunque idonea a determinare uno stabile mutamento delle abitudini di vita e lavorative del lavoratore - in assenza di un legame funzionale con l'originaria sede lavorativa -, tale da fare sorgere in capo al lavoratore un interesse alla conservazione della posizione lavorativa riconosciuta in via convenzionale, per il periodo temporale all'uopo prestabilito. Del resto, la convenzione conclusa tra le Università di Ferrara e Udine non risultava funzionale a realizzare le sole esigenze organizzative delle parti pubbliche firmatarie, ma valorizzava pure il peculiare interesse del docente allo svolgimento della propria attività lavorativa presso altro Ateneo. La convenzione *de qua* risultava, infatti, regolata altresì dall'art. 1, comma 1, del decreto ministeriale 26 aprile 2011, n. 167, secondo cui "per il perseguimento di finalità di interesse comune le università possono stipulare convenzioni per consentire ai professori e ricercatori a tempo pieno di svolgere attività didattica e di ricerca presso altro ateneo stabilendo le modalità di ripartizione dei relativi oneri". La convenzione, pertanto, pur essendo determinata da un interesse pubblico comune degli Atenei firmatari, tendeva anche ad abilitare i professori o i ricercatori a svolgere la propria attività lavorativa presso altro Ateneo, in tale modo realizzato pure un interesse del singolo docente ad arricchire il proprio patrimonio professionale attraverso un'esperienza lavorativa presso un'Università diversa da quella di appartenenza.

Il docente, che aveva manifestato il proprio consenso alla regolazione amministrativa, risultava dunque titolare di un interesse alla conservazione della nuova posizione lavorativa riconosciuta dall'atto convenzionale, idonea ad orientare le proprie le proprie scelte di vita personale e a soddisfare esigenze professionali. Alla stregua delle osservazioni svolte, si conferma che il professore era titolare di una situazione giuridica soggettiva qualificabile in termini di interesse legittimo oppositivo, essendo interessato (per effetto del consenso alla regolazione amministrativa manifestato, non revocato in costanza di rapporto) alla conservazione dell'utilità riconosciuta dall'atto convenzionale, tale da legittimare la sua opposizione ad eventuali provvedimenti di autotutela adottabili dalle parti pubbliche firmatarie.

Una revoca della disciplina convenzionale avrebbe infatti imposto un anticipato rientro del docente presso l'Ateneo di appartenenza, con conseguente lesione dell'affidamento

individuale a proseguire l'attività didattica e di ricerca presso l'Università ricevente, fino al termine naturale della relativa convenzione

Come precisato dal Consiglio di Stato (sez. IV, 14 giugno 2018, n. 3657), “vero è che... l'obbligazione risarcitoria affonda le sue radici nella verifica della sostanziale spettanza del bene della vita ed implica un giudizio prognostico in relazione al se, a seguito del corretto agire dell'amministrazione, il bene della vita sarebbe effettivamente o probabilmente (cioè secondo il canone del “più probabile che non”) spettato al titolare dell'interesse. Tuttavia la responsabilità si atteggia diversamente a seconda che, oggetto della lesione sia un interesse oppositivo ovvero pretensivo.

Nel primo caso, occorre infatti accertare soltanto se l'illegittima attività dell'amministrazione abbia leso l'interesse alla conservazione di un bene o di una situazione di vantaggio già acquisita, mentre è in relazione al diniego o alla ritardata assunzione di un provvedimento amministrativo che occorre valutare, a mezzo di un giudizio prognostico, la fondatezza o meno della richiesta della parte, onde stabilire se la medesima fosse titolare di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, o di una situazione che, secondo un criterio di normalità, era destinata ad un esito favorevole (cfr. Cass. civ., sez. I, 13 ottobre 2011, n. 21170)” (Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 2019, n. 536).

A fronte di un interesse legittimo oppositivo, l'invalidità dell'atto lesivo e la lesione dell'interesse privato alla conservazione dell'utilità negata dall'organo procedente sono, dunque, sufficienti per riscontrare sul piano oggettivo una responsabilità civile dell'Amministrazione procedente.

In siffatte ipotesi, non occorre svolgere in sede giurisdizionale alcun giudizio prognostico di spettanza del bene della vita ambito dal ricorrente - come tipicamente avviene in caso di atti lesivi di un interesse pretensivo, all'acquisizione di un'utilità ancora non compresa nel patrimonio giuridico individuale, attribuibile soltanto per effetto dell'intermediazione amministrativa -, tenuto conto che il bene della vita a tutela del quale agisce la parte privata preesiste all'esercizio del potere censurato in giudizio, venendo riacquisito dal ricorrente per effetto dell'annullamento dell'atto sacrificativo.

Tali principi operano anche qualora il bene della vita sia riconosciuto, anziché direttamente da una norma giuridica, da un pregresso atto amministrativo, successivamente revocato in sede di autotutela: anche in tale ipotesi, per effetto dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento di autotutela, si determina una reviviscenza dell'atto amministrativo originario e, dunque, si ricostituisce in capo al ricorrente la posizione di vantaggio originariamente vantata.

45.9. Risarcimento danni per abuso dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego.

La sez. VI, con sentenza 28 aprile 2021, n. 3429 ha affermato che le somme percepite dal pubblico dipendente a titolo di risarcimento del danno per l'illegittima apposizione del termine di durata al rapporto di lavoro non possono essere sottoposte a tassazione, tenuto conto che il danno risarcibile ai sensi dell'art. 36, comma 5, d.lgs. 30 marzo 2001,

n. 165 non sarebbe un danno da mancata conversione del rapporto di lavoro, ma da perdita di *chance*.

Ha chiarito la Sezione che sul piano tributario, al fine di verificare l'assoggettabilità ad imposizione fiscale delle somme dovute dall'Amministrazione datrice di lavoro in favore del proprio dipendente a titolo risarcitorio, occorre avere riguardo al fatto costitutivo dell'obbligazione risarcitoria.

In particolare, ha affermato la Corte di cassazione (sez. V, ordinanza, 24 settembre 2019, n. 23717) che in tema d'imposte sui redditi di lavoro dipendente, dalla lettura coordinata degli artt. 6, comma 2, e 46, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, si ricava che, al fine di poter negare l'assoggettabilità ad IRPEF di una erogazione economica effettuata a favore del prestatore di lavoro da parte del datore di lavoro, è necessario accertare che la stessa non trovi la sua causa nel rapporto di lavoro o che tale erogazione, in base all'interpretazione della concreta volontà manifestata dalle parti, non trovi la fonte della sua obbligatorietà nè in redditi sostituiti, nè nel risarcimento di danni consistenti nella perdita di redditi futuri, cioè successivi alla cessazione od all'interruzione del rapporto di lavoro.

Con particolare riferimento all'indennità riconosciuta al lavoratore pubblico in caso di illecita reiterazione di contratti di lavoro a termine, inoltre, si è rilevato che in materia di pubblico impiego privatizzato, il danno risarcibile ai sensi dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001 non deriva dalla mancata conversione del rapporto, legittimamente esclusa sia secondo i parametri costituzionali che per quelli Europei, bensì dalla prestazione in violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte della Pubblica amministrazione, ed è configurabile come perdita di chance di un'occupazione alternativa migliore, con onere della prova a carico del lavoratore, ai sensi dell'art. 1223 cod. civ. (Cass. civ., sez. lav., ordinanza, 14 gennaio 2021, n. 559).

Nel regime del lavoro pubblico contrattualizzato, pertanto, in caso di abuso del ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato da parte di una Pubblica amministrazione il dipendente, che abbia subito la illegittima precarizzazione del rapporto di impiego, ha diritto, fermo restando il divieto di trasformazione del contratto a tempo determinato a tempo indeterminato posto dall'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001, al risarcimento del danno previsto dalla medesima disposizione, con esonero dell'onere probatorio, nella misura e nei limiti di cui all'art. 32, comma 5, l. 4 novembre 2010, n. 183 (oggi art. 28, l. n. 81 del 2015) e quindi nella misura pari ad un'indennità onnicomprensiva tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8, l. 15 luglio 1966, n. 604 (Cass. civ., sez. lav., ordinanza, 14 dicembre 2020, n. 28423). Ne deriva, pertanto, che, assumendo l'importo corrisposto al lavoratore, per effetto dell'abusiva reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato, natura risarcitoria da perdita di chance, come tale estranea ai rapporti di lavoro posti in essere nella legittima impossibilità di procedere alla loro conversione, gli importi riconosciuti dal Giudice del lavoro quale risarcimento del danno *ex* art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001, non sono assoggettabili a tassazione *ex* art. 6,

comma 1, d.P.R. n. 917 del 1986 (Cass. civ., sez. VI, ordinanza, 23 ottobre 2019, n. 27011).

46. Ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Con sentenza 27 dicembre 2021, n. 8634 la sez. III ha affermato che ai fini della corretta trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale possono ritenersi utili tanto la sola notifica del semplice avviso del deposito del ricorso innanzi al Tar, in quanto comunque sufficiente a rendere la controparte edotta della volontà del ricorrente di insistere nell'impugnazione (di contenuto già noto alle controparti) e, quindi, a soddisfare la ratio sostanziale delle prescrizioni formali imposte dall'art. 48; quanto la notifica dell'intero ricorso e della *vocatio* in giudizio, pur non seguita da quella dell'avviso dell'avvenuto deposito, anche in tal caso potendosi dire rispettata l'essenziale finalità conoscitiva dei richiesti adempimenti.

47. Processo amministrativo.

47.1. Competenza del territorio.

- *Cittadinanza italiana.*

L'Adunanza plenaria (investita della questione con era stata sottoposta dalla sez. III con ordinanza 15 febbraio 2021, n. 1407), con ordinanza 13 luglio 2021, n. 13 ha premesso che la *ratio* sottesa al c.d. criterio dell'efficacia, previsto dall'art. 13, comma 1, secondo periodo, c.p.a., è quella di temperare il c.d. criterio della sede, secondo un più generale principio di prossimità e secondo una logica di decentramento, e radica quindi la competenza territoriale del Tribunale "periferico" in ordine ad atti emanati da amministrazioni aventi sede in una circoscrizione di un diverso Tribunale o di un'autorità centrale, ma esplicanti effetti diretti limitati alla circoscrizione territoriale del Tribunale "periferico" medesimo; è del pari competente il Tribunale amministrativo "periferico" nel caso di impugnazione di un atto emesso da un'autorità statale periferica, ancorché l'atto esprima la sua efficacia non limitatamente al territorio di quella regione.

Ha ricordato l'Adunanza plenaria che nel diritto processuale la competenza attiene, in prima approssimazione, ai rapporti tra uffici giudiziari appartenenti alla medesima giurisdizione, ognuno investito di una certa "frazione di giurisdizione", secondo il riparto stabilito dal legislatore.

La pedissequa applicazione delle norme sull'attribuzione della giurisdizione e della competenza permette, in tal modo, di individuare quel "giudice naturale precostituito per legge", dal quale, ai sensi dell'art. 25 Cost., nessuno può essere distolto.

Più in specifico, si deve rilevare che, a differenza del processo civile – che conosce, com'è noto, tre criteri di attribuzione della competenza –, il processo amministrativo fa riferimento, in generale, a due soli parametri: la competenza territoriale e quella funzionale, entrambi espressamente definiti "inderogabili", pur residuando un'ulteriore ipotesi di competenza per materia, articolata territorialmente, disciplinata tra le ipotesi di competenza territoriale, inerente alle controversie riguardanti pubblici dipendenti (art. 13,

comma 2, c.p.a.), le quali sono attribuite inderogabilmente al Tar nella cui circoscrizione vi è la sede di servizio.

Il rapporto tra i due criteri di competenza territoriale previsti dall'art. 13, comma 1, c.p.a. segue, dunque, una logica di complementarietà e di reciproca integrazione: il criterio principale è quello della sede dell'autorità che ha adottato l'atto impugnato, ma nel caso in cui la potestà pubblicistica spieghi i propri effetti diretti esclusivamente nell'ambito territoriale di un Tribunale periferico, il criterio della sede cede il passo a quello dell'efficacia spaziale.

La conclusione si evince dalla parola “comunque” inserita nel secondo periodo della norma richiamata, atta ad indicare che si deve avere riguardo, per individuare il Tribunale amministrativo regionale competente per territorio, in primo luogo all'efficacia dell'atto: se questa è limitata ad una determinata Regione, sarà competente il Tribunale competente per tale Regione.

Naturalmente, se il criterio della sede e quello dell'efficacia spaziale dell'atto impugnato finiscano per coincidere, la controversia si radica nella competenza territoriale dello stesso Tar.

Ha aggiunto l'Adunanza plenaria che il criterio principale di riparto della competenza per territorio, fondato sulla sede dell'autorità che ha emesso l'atto impugnato, è suscettibile di essere sostituito da quello inerente agli effetti diretti dell'atto qualora detta efficacia si espliciti esclusivamente nel luogo compreso in una diversa circoscrizione di Tribunale amministrativo regionale (Cons. Stato, Ad. plen., 24 settembre 2012, n. 33; id. 19 novembre 2012, n. 34; id., sez. III, 24 marzo 2014, n. 1383).

La competenza territoriale è, dunque, determinata in via principale in base alla sede dell'ente che ha emesso l'atto; tale criterio viene integrato (*rectius* sostituito) da quello ulteriore e speciale correlato all'efficacia del provvedimento amministrativo impugnato e dunque agli effetti diretti dello stesso.

In sostanza, il criterio della sede dell'Autorità che ha assunto l'atto impugnato è sostituito da quello dell'efficacia spaziale qualora questa si produca in un solo ambito territoriale.

Ne segue, in primo luogo, che, qualora un atto di un'autorità statale centrale, che ha sede in Roma, espliciti i propri effetti solo nell'ambito di una circoscrizione territoriale ben delimitata e diversa dalla circoscrizione territoriale del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, il criterio dell'efficacia opererà, con la devoluzione della controversia al Tribunale “periferico”.

In secondo luogo, e non diversamente dalla prima ipotesi, anche un provvedimento emanato da un'Autorità periferica avente sede nella circoscrizione di un Tar, se esplicita i propri effetti in un solo ambito territoriale, radica la competenza in questo ambito territoriale, secondo il sopra citato criterio dell'efficacia spaziale del provvedimento impugnato.

È evidente che se l'ambito di efficacia spaziale del provvedimento è circoscritto alla Regione in cui ha sede l'Autorità periferica, sarà indifferente individuare la competenza

del Tribunale Regionale secondo il criterio della sede dell'Autorità periferica medesima o quello dell'efficacia spaziale.

Viceversa, quando l'efficacia spaziale di un provvedimento è circoscritta ad una Regione diversa da quello in cui ha sede l'Autorità emanante, sarà il Tribunale nel cui ambito territoriale si esplicano gli effetti dell'atto ad essere investito della relativa competenza e non il Tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'Autorità emanante.

Soltanto per gli atti emanati da un'Autorità periferica aventi efficacia non limitata ad un preciso ambito territoriale (e, dunque, aventi efficacia ultraregionale, intesa come non limitabile alla circoscrizione di una singola Regione) riprenderà vigore il criterio della sede dell'Autorità emanante per individuare il Tribunale competente, al pari degli atti statali non limitabili territorialmente *quoad effectum*, così come esplicita l'art. 13, comma 3, c.p.a.

Dunque, la *ratio* sottesa al c.d. criterio dell'efficacia, previsto dall'art. 13, comma 1, secondo periodo, c.p.a., è indubbiamente quella di temperare il c.d. criterio della sede, radicando, secondo un più generale principio di prossimità, che costituisce corollario del principio di difesa ex art. 24 Cost., e secondo una logica di decentramento della giurisdizione amministrativa, che è accolto dal legislatore costituzionale all'art. 125 Cost., la competenza territoriale del Tribunale "periferico" in ordine ad atti emanati da amministrazioni aventi sede in una circoscrizione di un Tribunale, ma esplicanti effetti diretti limitati alla circoscrizione territoriale di un altro Tribunale.

Con riferimento al caso sottoposto al proprio esame, l'Alto Consesso ha chiarito che il decreto di inammissibilità dell'istanza finalizzata ad ottenere il riconoscimento della cittadinanza italiana è emanato da autorità periferica dello Stato e ha effetti diretti limitati al solo ambito territoriale in cui ha sede il Tribunale, con la conseguenza che competente a decidere il ricorso proposto avverso tale decreto è il Tribunale nella cui circoscrizione territoriale ha sede l'organo statale periferico emanante, in conformità al precedente orientamento seguito da questo Consiglio di Stato.

Ha ricordato l'Adunanza plenaria che non si è al cospetto di un provvedimento di diniego della cittadinanza, ma di una decisione prefettizia di inammissibilità, che si esaurisce sul piano procedimentale e non attribuisce né nega lo status di cittadino valido *erga omnes*, sicché, anche sotto tale profilo, non sussiste alcuna ragione per giustificare la deroga alla competenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, competente ai sensi dell'art. 13, comma 1, c.p.a..

Trattasi, infatti, di atto emanato da un organo periferico dello Stato con efficacia non esorbitante la circoscrizione territoriale della regione in cui ha sede il detto organo. Esso non è in alcun modo equiparabile al diniego di cittadinanza, provvedimento emanato da un organo centrale dello Stato, idoneo ad incidere sullo *status* del soggetto interessato con efficacia *erga omnes* e, quindi, con efficacia su tutto il territorio nazionale.

Va al riguardo considerato, in primo luogo, che il decreto di inammissibilità non preclude la possibilità, per l'interessato, di ripresentare la domanda anche il giorno succes-

sivo all'adozione del decreto prefettizio, mentre il decreto di rigetto, adottato centralmente dal Ministero dell'Interno, preclude allo straniero la riproposizione della domanda per cinque anni.

Anche sotto il profilo del procedimento amministrativo, peraltro, il trasferimento delle competenze in capo all'amministrazione centrale è solo eventuale e subordinato, appunto, alla previa verifica di ammissibilità della domanda, svolta dalla prefettura, che ha il compito in una fase preliminare di verificare la regolarità e la completezza della domanda, ma non ha il potere di entrare nel merito della sussistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda di concessione della cittadinanza, la cui valutazione spetta, in una fase successiva e in via esclusiva, all'amministrazione centrale.

Pertanto, la valutazione compiuta dalla prefettura nel caso di specie non incide sulla pretesa sostanziale dello straniero e, dunque, sul suo status, ma solo sul profilo preliminare, inerente alla regolarità della domanda, con la conseguenza che al relativo provvedimento di inammissibilità non può connettersi un'efficacia *erga omnes*, e quindi ultraregionale, propria, invece, di un provvedimento che, entrando nel merito, presuppone un giudizio circa la spettanza del bene della vita, peraltro riconoscibile, nel caso di specie, solo dall'autorità centrale.

In altre parole, il provvedimento di inammissibilità non è un atto di diniego della cittadinanza, ma un atto di un organo periferico che si inserisce nell'iter amministrativo, determinandone l'arresto e, come tale, non è un atto idoneo ad incidere sullo status del soggetto interessato con efficacia *erga omnes*.

Conseguentemente, nel caso di specie, il criterio per la determinazione della competenza, riguardato anche sotto il profilo dell'efficacia dell'atto, è quello stabilito dall'art. 13, comma 1, c.p.a. (c.d. criterio della sede), ai sensi del quale è competente il Tribunale nella cui circoscrizione territoriale ha sede l'organo statale periferico emanante, in conformità al precedente orientamento seguito da questo Consiglio di Stato.

- Concorso delle Forze di polizia nella Provincia Autonoma di Bolzano in caso di aliquota riservata di posti destinati ai possessori dell'attestato di bilinguismo.

L'Adunanza plenaria, con sentenza 8 settembre 2021, n. 15, nel decidere su una questione rimessa dalla sez. VI, con ordinanza 19 marzo 2021, n. 2403, ha affermato che in considerazione della specifica previsione di cui all'art. 33, d.P.R. n. 574 del 1988 e degli artt. 4 e 43, d.P.R. n. 752 del 1976, in sede di concorso delle Forze di polizia nella Provincia Autonoma di Bolzano gli eventuali avanzamenti nella parte riservata della graduatoria concorsuale scaturente da un unico bando, che preveda un'aliquota riservata di posti destinati ai possessori dell'attestato di bilinguismo di cui all'art. 4, d.P.R. n. 752 del 1976, pur eventualmente comportanti scorrimenti anche nella graduatoria nazionale, costituiscono, ai fini della determinazione della competenza, effetti diretti limitati al solo territorio della Provincia Autonoma di Bolzano, e non sono quindi idonei a radicare la competenza del Tar per il Lazio, sede di Roma. Comportano altresì, essendo oggetto del contenzioso l'interpretazione di uno specifico strumento a garanzia della tutela delle

minoranze linguistiche, la competenza esclusiva del Targa di Bolzano, come definito dall'art. 4, d.P.R. n. 752 del 1976.

Ha ricordato l'Alto Consesso che il processo amministrativo offre due criteri di attribuzione della competenza, quella territoriale e quella funzionale, inderogabili entrambi, ma non senza lasciare un'ulteriore ipotesi di competenza per materia, articolata territorialmente, disciplinata tra le ipotesi di competenza territoriale, riguardante le controversie dei pubblici dipendenti, attribuite inderogabilmente al Tar nella cui circoscrizione vi è la sede di servizio.

La competenza territoriale, nelle due modalità previste dall'art. 13, comma 1, c.p.a., viene tradizionalmente vista in un'ottica di integrazione reciproca e di complementarietà, guardando in primis alla sede dell'autorità che ha adottato l'atto che viene impugnato, ma qualora il provvedimento abbia effetti diretti esclusivamente nell'ambito territoriale di un determinato tribunale periferico, l'efficacia spaziale affievolisce il principio della sede.

In tal modo, l'ordinamento tende a individuare il Tar competente in quello meno distante dalla parte ricorrente, pur essendo centrale l'autorità che emana l'atto, quando i suoi effetti lesivi siano limitati ad un ristretto ambito territoriale. Viene così recepito il principio del decentramento giudiziario ed anche evitato un eccessivo carico per il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, che è già investito di altre numerose competenze attribuitegli dal legislatore.

A conclusione di ciò, come nel caso in esame, qualora un atto di un'autorità statale centrale, che ha sede a Roma, abbia effetti solo nell'ambito di una circoscrizione territoriale chiaramente delimitata e diversa dalla circoscrizione territoriale del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, il criterio dell'efficacia comporterà che la causa sarà devoluta al Tar periferico.

Ciò premesso, sulla questione posta si è registrato un contrasto di orientamenti.

L'indirizzo favorevole alla competenza del Tar Lazio era stato espresso dalla IV Sezione nell'ordinanza n. 6717 del 2018, che, nell'ambito di un regolamento di competenza proposto dagli odierni appellanti, ritenne che l'applicazione dei criteri di selezione controversi, sebbene producano i propri effetti principalmente sulla graduatoria riservata e quindi nel territorio della Provincia Autonoma di Bolzano, determinasse al contempo immediati mutamenti (scorrimenti, quali avanzamenti o retrocessioni, ovvero inclusioni o esclusioni) nella unica graduatoria nazionale (non riservata), poiché la c.d. graduatoria riservata non è autonoma e a sé stante, ma rappresenta una 'parte estrapolata' della graduatoria principale. Per l'effetto, continuava la IV Sezione, gli atti gravati non producono, in via diretta ed immediata, effetti territorialmente limitati alla sola Provincia Autonoma di Bolzano, non potendosi affermare che dall'eventuale annullamento della graduatoria in parte qua derivi soltanto un effetto riflesso ed indiretto sulla graduatoria nazionale. L'effetto, invero, presenterebbe un carattere diretto ed immediato sulle posizioni dei soggetti concorrenti anche per i posti ordinari ed è quindi, per tali ragioni, idoneo a radicare la competenza del Tar per il Lazio.

L'indirizzo opposto è stato invece reso dalla VI Sezione con due ordinanze del 2017 (n. 1595 e 1596). In queste pronunce il Collegio, sempre nell'ambito di un regolamento di competenza concernente l'accesso al corso di formazione professionale per la nomina alla qualifica di Vice Sovrintendente del ruolo dei Sovrintendenti della Polizia di Stato, aveva ricostruito la cornice giuridica del procedimento di reclutamento di cui all'art. 33 della norma di attuazione dello Statuto di Autonomia (d.P.R. n. 574 del 1988). Il Collegio ha puntualizzato che è obbligatorio riservare in base ad un determinato fabbisogno specifico per la Provincia Autonoma di Bolzano una aliquota di posti per i candidati che abbiano una adeguata conoscenza della lingua italiana e di quella tedesca ai sensi di un'altra norma di attuazione dello Statuto speciale (l'art. 4, d.P.R. n. 752 del 1976). Questo anche perché a questi funzionari non si applica l'istituto previsto dall'art. 89, comma 3, dello Statuto di Autonomia (riserva dei posti in rapporto alla consistenza dei gruppi linguistici, quale risulta dalla dichiarazione di appartenenza rese nel censimento ufficiale della popolazione). Ciò premesso, la VI Sezione aveva conseguentemente dedotto la competenza funzionale del Trga di Bolzano sia sulla base all'art. 43 del predetto d.P.R. n. 752 del 1976, sia ai sensi dell'art. 13, comma 1, c.p.a., ritenendo che nella specie gli effetti diretti del provvedimento fossero limitati a quella regione.

Ha chiarito l'Adunanza che nella specie, la graduatoria oggetto di questo ricorso è un "atto plurimo", in quanto racchiude una molteplicità di situazioni soggettive quali scaturenti dall'esito delle prove concorsuali. Contrariamente ad altri concorsi nazionali, la procedura prevista in questo bando contiene peraltro un meccanismo speciale, risultante dalla specifica normativa di riferimento.

Il sistema del reclutamento del personale delle forze di polizia nella Provincia Autonoma di Bolzano è infatti disciplinato da una norma di attuazione dello Statuto di Autonomia, ovvero il d.P.R. n. 574 del 1988, modificato a questo fine dall'art. 1, comma 1, d.lgs. 21 gennaio 2011, n. 11.

Sebbene si sia in presenza, sul piano formale, di una graduatoria unitaria, non può disconoscersi che la collocazione in essa dei concorrenti destinati alla quota riservata costituisca una sorta di "sub-graduatoria", facilmente individuabile del resto sulla base dell'annotazione specifica in calce ("Bil.").

La ratio del meccanismo previsto dalla norma di attuazione è di poter individuare e poi assumere in servizio personale bilingue, in funzione alla speciale tutela delle minoranze linguistiche e data l'esigenza particolare che gli uffici, enti e reparti militari o di tipo militare, con sede nella Provincia Autonoma di Bolzano, siano strutturati in modo tale da consentire nei rapporti esterni l'utilizzo di entrambe le lingue italiana e tedesca. Questo comporta, tra l'altro, il dovere della redazione degli atti immediatamente nella madrelingua del cittadino: l'inosservanza delle disposizioni sul bilinguismo di cui al d.P.R. n. 574 del 1988 costituisce per il pubblico dipendente violazione dei doveri d'ufficio perseguibile in via disciplinare, fatta salva, quando ne ricorrono le condizioni, l'applicazione dell'art. 328 cod. pen..

Esaminata la procedura e rilevati gli effetti che la legge prevede, si può concludere che la forma scelta dal Ministero è un concorso unico, e non un concorso separato per l'Alto

Adige, ma con la riserva di posti per tale Provincia Autonoma. Solo mediante l'attestazione di bilinguismo si accede quindi alla graduatoria "riservata", mentre l'assunzione in servizio non è consentita agli altri soggetti partecipanti al concorso. Per economia procedimentale e di efficienza, l'Amministrazione pubblica ha optato per la via dell'unico procedimento di selezione.

Altre forze dell'ordine, come l'Arma dei Carabinieri (in base ad un fabbisogno notevolmente maggiore), hanno optato invece per il reclutamento del personale destinato a prendere servizio nella Provincia Autonoma di Bolzano attraverso concorsi specifici (come ultimo il Decreto del Direttore Generale per il Personale Militare del Ministero della Difesa del 23.2.2021, n. 88041).

Il bando e la relativa graduatoria sono dunque destinati a produrre i propri effetti diretti (in virtù delle richiamate disposizioni normative) limitatamente (ai soggetti destinati al territorio della provincia di Bolzano).

A sostegno di questo ragionamento, l'Adunanza svolge le ulteriori considerazioni che seguono.

Lo scorrimento della posizione in graduatoria dei "riservati", quand'anche comportasse modifiche nella graduatoria generale, ha effetti da qualificare come mediati sui soggetti che non hanno espressamente indicato di voler prestare servizio in Alto Adige. In verità, in virtù di questo speciale meccanismo, non tutti i partecipanti al concorso sono concorrenti in ugual modo. Chi concorre per i posti riservati, pur partecipando alla medesima tornata di selezione, non si inserisce nel meccanismo di concorrenzialità per gli altri posti non riservati. E viceversa, chi concorre per i posti "normali" o "non riservati", non entra in competizione diretta con i primi.

Una eventuale impugnazione, che ha ad oggetto l'interpretazione dell'attestato di bilinguismo di cui all'art. 4 della norma di attuazione di cui al d.P.R. n. 752 del 1976, può produrre – come hanno ricordato correttamente entrambe le Sezioni IV e VI – solo un effetto territoriale nella Provincia Autonoma di Bolzano. L'eventuale modifica della graduatoria dei posti riservati non comporta tuttavia una redistribuzione dei posti ai concorrenti per i posti "non riservati", perché i posti "riservati" potranno essere coperti solamente da soggetti in possesso dell'attestato di bilinguismo. Allo stesso modo una modifica della graduatoria "riservata" non altera i rapporti giuridici tra i soggetti che concorrono per i posti "non riservati".

In tal senso, la tesi sviluppata dalla sezione sesta, che riteneva gli effetti diretti derivanti dall'impugnazione della parte della procedura selettiva relativa all'attestato di bilinguismo come limitati solo al territorio della Provincia Autonoma di Bolzano, è da ritenersi rispondente al meccanismo peculiare di questo reclutamento delle forze dell'ordine bilingui per l'Alto Adige.

È necessario, alla luce della ordinanza di rimessione, anche una disamina più generale sulla competenza funzionale specifica del Trga Bolzano ai sensi dell'art. 43, d.P.R. n. 752 del 1976, secondo cui contro i provvedimenti di cui al titolo primo e secondo del detto decreto, non riguardanti il rapporto di lavoro, è ammesso il ricorso alla sezione

autonoma di Bolzano del tribunale regionale di giustizia amministrativa; mentre competente per le controversie relative ai rapporti di lavoro è il giudice ordinario secondo la disciplina dettata dalla normativa statale di cui al decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni e integrazioni.

Tra i provvedimenti di cui al titolo I e II del d.P.R. rientra anche l'attestato di bilinguismo contemplato dall'art. 4. Emerge quindi con chiarezza che il legislatore ha voluto attribuire una specifica competenza al Trga Bolzano a esprimersi su azioni relative a questo fondamentale strumento di tutela delle minoranze linguistiche.

Questa attribuzione del Giudice amministrativo di Bolzano deve essere letta in un contesto ancora più ampio. Già il d.P.R. 6 aprile 1984, n. 4261 (Norme di attuazione dello statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige concernenti istituzione del tribunale amministrativo regionale di Trento e della sezione autonoma di Bolzano) aveva previsto all'art. 3, punto 2 che la sezione autonoma di Bolzano, oltre che nelle materie attribuite dallo Statuto alla sua competenza inderogabile, decide sui ricorsi contro atti e provvedimenti "emessi dagli organi della pubblica amministrazione, non aventi sede nella provincia di Bolzano, la cui efficacia è limitata al territorio della provincia medesima". Questa seconda ed ulteriore previsione espressa della competenza funzionale del Trga Bolzano dà conto delle puntuali esigenze del territorio (e diverse da quelle del restante territorio nazionale), come è nel caso presente il procedimento di reclutamento di appartenenti alle forze dell'ordine bilingui. Il ruolo che il legislatore ha dato espressamente al Trga è dunque quello di garantire una azione giudiziaria specifica e concreta, necessaria per questo fondamentale strumento di attuazione e di garanzia della tutela delle minoranze linguistiche, valore sancito dall'art. 6 Cost., e contestualmente di particolare importanza proprio per la ordinata convivenza dei gruppi linguistici in Alto Adige/Suedtirolo.

- Esclusione dalle agevolazioni di Invitalia.

La sez. IV, con ordinanza 30 agosto 2021, n. 6067 ha affermato che rientra nella competenza del Tar territoriale la controversia avente ad oggetto il provvedimento di non ammissione alle agevolazioni, adottato da Invitalia s.p.a. nell'ambito del "regime di aiuto finalizzato a sostenere la nascita e lo sviluppo, su tutto il territorio nazionale, di start up innovative", agevolazioni destinate ad attività da localizzarsi in Sicilia.

Ha ricordato la Sezione che l'art. 13 c.p.a. prevede (comma 1), quale criterio principale determinativo della competenza, che "sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi, comportamenti di pubbliche amministrazioni è inderogabilmente competente il tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione territoriale esse hanno sede", salvo che i predetti atti abbiano "effetti diretti . . . limitati all'ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede".

Ciò che occorre considerare, ai fini del riconoscimento della competenza del Tar Lazio ovvero del Tar regionale, è se, pur in presenza di una amministrazione pubblica o soggetto ad essa equiparata (tale essendo da considerare Invitalia s.p.a.) con sede in Roma,

gli atti da questa adottati producano (o meno) “effetti diretti . . . limitati all’ambito territoriale della regione in cui il Tribunale ha sede”.

Nel caso di specie – in ciò condividendo la prospettazione dell’ordinanza – per “effetti diretti” non si possono intendere la stipula del contratto di finanziamento ovvero l’insorgenza di una posizione di interesse legittimo pretensivo alla stipula del contratto; ma, diversamente opinando, per effetto diretto deve intendersi il conseguimento dell’agevolazione finanziaria pubblica teleologicamente collegata alla realizzazione agevolata di una certa iniziativa economica territorialmente localizzata.

Ciò che costituisce il bene che rappresenta il c.d. “lato interno” dell’interesse legittimo pretensivo è il conseguimento dell’agevolazione, cui si perviene per il tramite del provvedimento di concessione, che la conforma in relazione alle modalità di spesa ed al territorio specifico nell’ambito del quale essa è spendibile, dove cioè è da localizzarsi o è già localizzato l’intervento.

In tale contesto, il contratto assume la ordinaria natura di contratto ausiliario di provvedimento concessorio, essendo la sua funzione tipica quella di regolare aspetti patrimoniali connessi all’esercizio del potere amministrativo (già esercitato e “consumato” con l’emanazione del provvedimento).

Esso, dunque, può essere condivisibilmente definito “fonte di regolazione del rapporto” ovvero “strumento mediante il quale il finanziamento è destinato a produrre i propri effetti” (così come sostenuto nell’ordinanza del Tar Lazio), nella misura in cui ci si riferisca (limitatamente) agli effetti patrimoniali “ulteriori”, derivanti da un rapporto giuridico con l’amministrazione pubblica geneticamente regolato dal provvedimento amministrativo.

In nessun caso, dunque, l’“effetto” del provvedimento di concessione può essere considerato un (nuovo) interesse legittimo pretensivo alla stipula del contratto, così duplicando i rapporti giuridici intercorrenti con l’amministrazione pubblica, ma esso è sempre rappresentato dal conseguimento del bene della vita (nel caso di specie, l’agevolazione), che – in ampia applicazione dell’art. 810 cod. civ. – costituisce il “bene” (non presente, ma da conseguirsi) sul quale “insiste” l’interesse legittimo pretensivo.

D’altra parte, è appena il caso di osservare che se l’effetto diretto dell’atto consistesse nell’insorgenza di un ulteriore interesse legittimo pretensivo, occorrerebbe paradossalmente affermare che, essendosi l’effetto realizzato nel patrimonio giuridico dell’istante, ciò non radicherebbe necessariamente la competenza del Tar Lazio, ma occorrerebbe verificare di volta in volta, secondo il criterio civilistico della residenza, quale possa essere il Tar competente (essendo, a tutta evidenza, la sede di Roma solo il luogo di sottoscrizione del contratto e, dunque, di realizzazione del nuovo interesse legittimo pretensivo non oggetto del primo giudizio).

È appena il caso di aggiungere che è il bene della vita connesso all’interesse legittimo pretensivo in virtù del quale si è sollecitato l’esercizio del potere amministrativo a dover essere considerato, anche nel caso in cui l’agevolazione richiesta venga negata. Il provvedimento negativo, infatti, non fonda una nuova ed autonoma posizione di interesse

legittimo oppositivo, ma sollecita esclusivamente la tutela giurisdizionale contro il provvedimento negatorio della soddisfazione dell'interesse legittimo pretensivo, che resta la posizione per la cui tutela si agisce in giudizio.

- *Trasferimento di autorità di un militare.*

Con ordinanza 30 agosto 2021, n. 6070 la sez. II ha affermato che rientra nella competenza del Tar Toscana la controversia avente ad oggetto il trasferimento di autorità di un militare da Rimini a Pisa, atteso che, trattandosi di causa di lavoro di dipendente pubblico in regime di diritto pubblico, ai sensi dell'art. 13, comma 2, c.p.a. la competenza va radicata nella circoscrizione in cui ricade l'attuale sede di servizio del ricorrente e Pisa è la sede del militare al momento della proposizione del ricorso introduttivo, che coincide con il deposito del libello introduttivo notificato.

Ha chiarito la Sezione che l'art. 13, comma 2, c.p.a., a differenza del previgente art. 3, comma 2, l. n. 1034 del 1971 a cui è in gran parte sostanzialmente sovrapponibile, non reca più la specificazione che la sede di servizio rilevante a radicare la competenza territoriale è quella "alla data di emissione dell'atto". Ne discende che la sede di servizio richiamata dall'art. 13, comma 2, c.p.a. è quella presso cui il dipendente presta servizio al momento di proposizione della domanda giudiziale (Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 647). Questa interpretazione è avvalorata, oltre che dal tenore letterale del su citato art. 13, comma 2, c.p.a., anche dalla ratio della predetta norma, derogatoria rispetto ai generali criteri di competenza e diretta ad assicurare un regime ispirato ad un *favor* per il lavoratore, consentendo al dipendente di adire il tribunale amministrativo regionale più vicino alla sede ove svolge l'attività lavorativa. Inoltre, militano in questo senso l'interpretazione logica, tramite il principio ermeneutico *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, nonché il canone interpretativo di tipo storico, stante la diversa formulazione della norma attuale rispetto all'omologa previgente, realizzata mediante l'elisione del riferimento alla data di emissione dell'atto, da cui si ricava un'intenzione del legislatore di modificare la previgente disciplina.

La Sezione ha evidenziato l'esistenza di precedenti giurisprudenziali (Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2002, n. 6206 e id., sez. VI, 28 maggio 2009, n. 2816) secondo cui la cognizione del ricorso proposto nei confronti dell'annullamento di un provvedimento di trasferimento, o assegnazione, di un pubblico dipendente appartiene alla competenza del tribunale amministrativo regionale ove lo stesso prestava servizio al momento dell'emanazione del provvedimento impugnato, ai sensi dell'art. 3, comma 2, legge Tar. La Sezione ha tuttavia ritenuto tale orientamento non condivisibile e frutto di un'adesione alla precedente giurisprudenza formatasi sotto il vigore dell'art. 3, comma 2, l. n. 1034 del 1971, che non può essere traslata, per quanto sopra specificato, *sic et simpliciter* nel nuovo assetto normativo, difforme dal precedente su questo specifico profilo. A ben riflettere, invero, sembra intrinsecamente contraddittoria, e perciò indivisibile, l'idea stessa che sia ancora possibile "dare continuità" agli indirizzi giurisprudenziali formati sotto il vigore di leggi non più vigenti, perché modificate proprio in quelle parti

della formulazione letterale che specificamente supportavano i predetti indirizzi. Giacché l'interprete che ciò facesse cesserebbe di esser tale e, in aperta violazione di legge, anteporrebbe le proprie opzioni esegetiche a quelle del legislatore, espropriandolo del potere, costituzionalmente a lui spettante, di riformare gli istituti del diritto positivo in qualunque senso, al quale il giudice (pure nei casi di divergenza rispetto alle proprie ricostruzioni) è comunque tenuto a conformarsi (dovendo, anzi, valorizzare la modifica normativa).

47.2. Ricorso collettivo.

Ha premesso la sez. III, con la sentenza 21 dicembre 2021, n. 8488, che nel processo amministrativo impugnatorio la regola generale è che il ricorso abbia ad oggetto un solo provvedimento e che i vizi - motivi si correlino strettamente a quest'ultimo, salvo che tra gli atti impugnati esista una connessione procedimentale o funzionale (da accertarsi in modo rigoroso onde evitare la confusione di controversie con conseguente aggravio dei tempi del processo, ovvero l'abuso dello strumento processuale per eludere le disposizioni fiscali in materia di contributo unificato), tale da giustificare la proposizione di un ricorso cumulativo (Cons. Stato, sez. III, 15 luglio 2019, n.4926).

Nel processo amministrativo, quindi, il ricorso cumulativo, pur non essendo precluso in astratto ha, comunque, carattere eccezionale, che si giustifica se ricorre una connessione oggettiva tra gli atti impugnati, in quanto riferibili ad una stessa ed unica sequenza procedimentale o iscrivibili all'interno della medesima azione amministrativa (Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2019, n. 2481).

Analogamente, affinché i ricorsi collettivi siano ammissibili nel processo amministrativo, occorre che vi sia identità di situazioni sostanziali e processuali; è, in particolare, necessario che le domande giudiziali siano identiche nell'oggetto, ossia afferiscano ai medesimi atti e rechino le medesime censure; le posizioni sostanziali e processuali dei ricorrenti siano del tutto omogenee e sovrapponibili; i ricorrenti non versino in condizioni di neppure potenziale contrasto (Consiglio di Stato, sez. IV, 18 marzo 2021, n. 2341).

Le posizioni azionate afferiscono, invece, alla prescrizione del credito ovvero a ipotetiche compensazioni che necessariamente devono essere declinati individualmente e, dunque, riferirsi ai singoli e distinti rapporti obbligatori che legano ciascuno dei ricorrenti (produttori di latte) all'Amministrazione siccome inevitabilmente contraddistinti, quanto a genesi e gestione del rapporto, a presupposti del tutto autonomi. D'altro canto, la divisata sanzione s'impone anche sotto distinto profilo e cioè per il fatto che l'appellante si è limitato a riproporre le censure articolate in prime cure senza, però, corredarle di un doveroso vaglio critico delle argomentazioni su cui riposa la decisione di primo grado che, pertanto, mantengono la loro perdurante e attuale validità, non essendo state giustappunto superate dal mezzo in epigrafe.

Data la premessa, la Sezione ha tratto la conseguenza che nella materia di quote latte, è inammissibile il ricorso collettivo proposto da alcuni produttori per dedurre l'estinzione dei crediti per prescrizione ovvero per compensazione.

47.3. Principio di sinteticità.

- Richiesta di superamento dei limiti dimensionali.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con decreto 20 dicembre 2021, n. 215 ha affermato che la richiesta di superamento dei limiti dimensionali deve corrispondere a esigenze effettive, e non può essere utilizzata come mezzo surrettizio per ottenere una rimessione in termini per la notifica delle impugnazioni, e deve essere chiesta in tempo utile affinché l'ufficio giudiziario vi possa provvedere entro il termine di scadenza dell'impugnazione, tenendo conto del termine stabilito per la pronuncia del giudice sull'istanza. La richiesta di superamento dei limiti dimensionali deve corrispondere a esigenze effettive, e non può essere utilizzata come mezzo surrettizio per ottenere una rimessione in termini per la notifica delle impugnazioni, e deve essere chiesta in tempo utile affinché l'ufficio giudiziario vi possa provvedere entro il termine di scadenza dell'impugnazione, tenendo conto del termine stabilito per la pronuncia del giudice sull'istanza.

Ad avviso del C.g.a. integra abuso del processo chiedere una deroga ai limiti dimensionali a poche ore di scadenza del termine lungo di impugnazione della sentenza, in un orario (nella fattispecie, le 20.33) in cui l'ufficio giudiziario è chiuso, tanto più che l'ufficio giudiziario dispone di tre giorni per pronunciarsi sull'istanza, e non è dunque posto in condizione di provvedere prima della scadenza del termine di impugnazione.

Lo stesso Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con decreto 3 novembre 2021, n. 196 ha affermato che le deroghe ai limiti dimensionali devono ritenersi del tutto eccezionali, da autorizzarsi o in materie di particolare complessità o in presenza di casi singoli di assoluta peculiarità, mentre il caso di specie, afferente alla materia edilizia, non presenta peculiarità e complessità tale da giustificare la deroga ai limiti dimensionali.

Ha ricordato ancora il decreto che la libera scelta della parte della propria strategia processuale, laddove si esplica nella opzione di proporre appello a ridosso dell'ultimo giorno utile del termine lungo semestrale incrementato dei 31 giorni del periodo feriale, viene esercitata dalla parte a proprio rischio e pericolo quando vengono, a ridosso del termine ultimo, presentate, come nella specie, istanze al giudice, il cui esito negativo potrebbe rendere più difficoltosa la redazione dell'atto processuale; tale scelta in alcun modo può condizionare la decisione del giudice sull'istanza.

- Autorizzazione allo sfioramento dei limiti dimensionali per la proposizione di appello su ordinanza cautelare.

Con decreto 9 giugno 2021, n. 122 il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana ha escluso che può essere accolta l'autorizzazione allo sfioramento dei limiti dimensionali per la proposizione di appello su ordinanza cautelare deve seguire in relazione al quale il limite dimensionale di 70.000 caratteri (con esclusione di epigrafe, p.q.m. e riassunto introduttivo) è non solo sufficiente ma persino sovrabbondante, alla luce del fondamentale principio di doverosa sinteticità degli atti processuali.

Ha ricordato il decreto che l'appello su ordinanza cautelare non richiede affatto la pedissequa riproposizione analitica di tutte le censure del primo grado, senza che ciò comporti alcuna decadenza da esse, dato che il giudizio prosegue in prime cure. L'appello su ordinanza cautelare deve, infatti, sinteticamente concentrarsi sui soli profili strettamente rilevanti per la valutazione del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*.

- *Istanza di autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali per la memoria.*

Con decreto 17 febbraio 2021, n. 31 il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana ha respinto l'istanza di autorizzazione al superamento di limiti dimensionali depositata dalla parte appellata in relazione alla memoria di costituzione e risposta in corso di deposito, istanza motivata dalla necessità di riproporre motivi non esaminati dalla appellata ordinanza cautelare di primo grado che ha accolto la domanda di sospensione in primo grado, e ciò in quanto l'onere di riproposizione espressa di domande ed eccezioni di primo grado, da parte dell'appellato vittorioso in primo grado, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. riguarda il solo caso di appello su sentenza e non si estende al caso di appello su ordinanza cautelare, dove, proseguendo il giudizio in primo grado, nessuna decadenza consegue alla omessa riproposizione in appello con memoria di tutti i motivi del primo grado.

Ha aggiunto il decreto che la valutazione che il giudice di secondo grado compie in caso di appello su ordinanza cautelare è necessariamente sintetica e complessiva e, da un lato, non esige l'esame puntuale di tutti i motivi del ricorso di primo grado, mentre, dall'altro lato, va compiuta esaminando direttamente il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* in relazione al ricorso di primo grado valutato sinteticamente e complessivamente, e accessibile telematicamente d'ufficio insieme a tutto il fascicolo di primo grado, a prescindere da una analitica riproposizione di tutti i motivi mediante memoria ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a..

- *Superamento limiti dimensionali non autorizzati.*

La sez. VI, con ordinanza 13 aprile 2021, n. 3006 ha affermato che nel caso di superamento dei limiti dimensionali non autorizzati, l'art. 13-ter delle norme di attuazione del c.p.a. (introdotto dalla legge di conversione del d.l. 31 agosto 2016, n. 168), sanziona in termini (non di nullità, bensì) di "inutilizzabilità" le difese sovrabbondanti, in quanto il giudice è autorizzato a presumere che la violazione dei limiti dimensionali (ove ingiustificata) sia tale da compromettere l'esame tempestivo e l'intelligibilità della domanda; peraltro, al fine di non "sorprendere" le parti in una fase caratterizzata dall'assenza di una applicazione sistematica da parte della giurisprudenza delle suddette conseguenze delle condotte difformi, è opportuno, nel rispetto del principio di leale collaborazione ex art. 2, comma 2, c.p.a., invitare le parti a riformulare le difese nei limiti dimensionali previsti, con il divieto di introdurre fatti, motivi ed eccezioni nuovi rispetto a quelli già dedotti.

Ha ricordato la Sezione che la brevità dell'atto processuale (in termini di caratteri, pagine e battute) è appunto lo strumento attraverso il quale il legislatore ha inteso vincolare le

parti a quello sforzo di “sintesi” giuridica della materia controversa, sul presupposto che l’intelligibilità dell’atto (e quindi la giustizia della decisione) è grandemente ostacolata da esposizioni confuse e caudicose.

In assenza (e aspettando) l’introduzione di meccanismi deflattivi, al fine di amministrare nel migliore modo possibile una imponente mole di contenzioso, il servizio giustizia, in quanto “risorsa scarsa”, ha bisogno della collaborazione dell’intero ceto giuridico.

Mentre l’iniziale impostazione legislativa faceva leva unicamente sulla condanna alle spese di lite (art. 26.p.a.), l’art. 13-*ter* delle norme di attuazione del c.p.a., in modo estremamente innovativo sul piano sistematico, sanziona in termini (non di nullità, bensì) di “inutilizzabilità” le difese sovrabbondanti, in quanto il giudice è autorizzato a presumere che la violazione dei limiti dimensionali (ove ingiustificata) sia tale da compromettere l’esame tempestivo e l’intelligibilità della domanda; in questi termini va interpretata la disposizione che ha introdotto una deroga rispetto all’obbligo generalmente esistente in campo al giudice di pronunciare su tutta la domanda (il mancato esame delle difese sovrabbondanti non è infatti censurabile come vizio di infra-petizione); in definitiva, la sinteticità non è più un mero canone orientativo della condotta delle parti, bensì è ormai una regola del processo amministrativo (che coinvolge peraltro anche il giudice: art. 3 c.p.a.), strettamente funzionale alla realizzazione del giusto processo, sotto il profilo della sua ragionevole durata (art. 111 Cost.).

47.4. Prospective overruling.

La sez. VI, 26 luglio 2021, n. 5556 ha affermato che affinché un sopravvenuto indirizzo giurisprudenziale, mediante il ricorso al c.d. *prospective overruling*, possa trovare applicazione in maniera non retroattiva, come, invece, dovrebbe avvenire in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, occorre che l’innovazione giurisprudenziale incida su una regola del processo, sia imprevedibile ovvero segua ad altra consolidata nel tempo tale da considerarsi diritto vivente, nonché comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa.

Ha chiarito la Sezione che la decorrenza del *dies a quo* di impugnazione non potrebbe essere ancorata al momento in cui in sede giurisdizionale (o di ricorso straordinario) venga accertata l’illegittimità dell’atto lesivo, tenuto conto che “Una posizione così radicale è del tutto estranea al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull’individuazione del *dies a quo* del termine per proporre ricorso giurisdizionale. Nell’ambito di tale dibattito, anche le posizioni più sensibili ad assicurare l’effettività dei diritti di azione e di difesa del privato, non si spingono sino al punto di pretendere il riconoscimento in sede giurisdizionale della fondatezza della pretesa vantata da soggetti in posizione analoga per far decorrere il termine per impugnare l’atto amministrativo, limitandosi semmai a sostenere la necessità che il privato abbia (almeno) la possibilità di percepire l’illegittimità dell’effetto lesivo. Ma tale possibilità di conoscenza certamente prescinde dall’esistenza di precedenti giurisprudenziali specifici che abbiano già dichiarato l’illegittimità di quell’atto nell’ambito di diversi giudizi instaurati da altri cointeressati” (Cons. Stato, Ad. plen., n. 11 del 2017).

Ha aggiunto la Sezione che nella specie non potrebbe pervenirsi ad una diversa valutazione invocando il legittimo affidamento riposto dai ricorrenti in differenti e pregressi indirizzi giurisprudenziali, in ipotesi idonei ad orientare la condotta individuale nell'assunzione di decisioni che soltanto *ex post*, sulla base di un imprevedibile mutamento giurisprudenziale, si sarebbero rivelate pregiudizievoli, determinando l'irricevibilità dei ricorsi nelle more proposti.

Al riguardo, in particolare, gli appellanti deducono che la dichiarazione di irricevibilità dei ricorsi di primo grado contrasterebbe con un precedente indirizzo della Sezione, sulla cui perdurante affermazione gli stessi ricorrenti avrebbero riposto fiducia; con la conseguenza che il sopravvenuto mutamento di giurisprudenza, inaugurato dall'Adunanza Plenaria nel 2017, non potrebbe operare retroattivamente, influenzando sui ricorsi preventivamente proposti.

La prospettazione attorea non risulta fondata.

Affinché un sopravvenuto indirizzo giurisprudenziale, mediante il ricorso al c.d. *prospective overruling* invocato in appello, possa trovare applicazione in maniera non retroattiva, come, invece, dovrebbe avvenire in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, occorre infatti che l'innovazione giurisprudenziale incida su una regola del processo, sia imprevedibile ovvero segua ad altra consolidata nel tempo tale da considerarsi diritto vivente, nonché comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa (Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144; l'Adunanza Plenaria n. 13 del 2017 ha esteso l'operatività dell'istituto anche in relazione a disposizioni regolanti una decadenza procedimentale dell'Amministrazione).

La *ratio* giustificatrice del *prospective overruling* risiede, dunque, nella tutela del ragionevole affidamento prestato su precedenti orientamenti espressi dalle Corti supreme, evitando di ricondurre ad una scelta processuale assunta dal singolo sulla base di un favorevole diritto vivente al tempo affermatosi, effetti preclusivi, discendenti da una sopravvenuta e imprevedibile diversa interpretazione del pertinente parametro normativo.

In altri termini, il soggetto che abbia esercitato il proprio diritto nel termine previsto dalla legge, come all'epoca costantemente interpretata, non potrebbe trovarsi *ex post* decaduto in ragione di un imprevedibile *revirement* giurisprudenziale tendente a mutare, in senso sfavorevole, il termine processuale all'uopo applicabile.

Soltanto in tale ipotesi i principi costituzionali ed euro-unitari invocati dagli appellanti imporrebbero di assicurare l'effettività dei mezzi di azione e di difesa, apprestando una tutela a salvaguardia della posizione della parte incorsa in una (imprevedibile) decadenza processuale

47.5. Legittimazione a ricorrere.

- *Legittimazione attiva delle Associazioni dei consumatori.*

Con sentenza 28 maggio 2021, n. 4116 la sez. III ha affermato che ammissibile l'azione di accertamento, proposta da una Associazione a tutela dei consumatori, essenzialmente

volta a verificare l'illegittimità del comportamento, asseritamente omissivo, dell'amministrazione per i danni asseritamente causati dalla commercializzazione e dall' utilizzo delle protesi mammarie di gel di silicone prodotti dalla società "Poly Implant Prothèse".

Ha chiarito la Sezione che l'eventuale accoglimento della domanda, riqualificata come azione di accertamento, seppure non comportante un giudicato direttamente azionabile dal singolo utente ai fini di una pretesa risarcitoria, costituirebbe, comunque, la base per l'attivazione di ulteriori iniziative nei riguardi delle amministrazioni soccombenti, lasciando intatto l'interesse e la legittimazione delle associazioni ricorrenti alla proposizione dell'azione.

In proposito occorre ancora rilevare che mentre il giudicato di annullamento riguardando essenzialmente atti amministrativi, riveste, come è noto, efficacia *erga omnes* estendendosi, in linea di principio, eccettuata la possibilità di esperire il rimedio *ex artt.* 112 ss. c.p.a. anche ai soggetti" che non sono state "parti" in giudizio, non così per la diversa azione di accertamento, che non essendo in realtà prevista dal codice è frutto di elaborazione giurisprudenziale

Se è vero, infatti, che le associazioni dei consumatori non possono intentare azioni risarcitorie di classe, né avanzare azioni risarcitorie per sé stesse, nulla esclude tuttavia - come del resto può trarsi argomento sistematico dall'art. 34 c.p.a. - che tali enti possano avere interesse all'accertamento della illegittimità degli atti o delle omissioni delle amministrazioni per l'interesse della categoria.

Anche in forza del principio di effettività della tutela, alla domanda proposta dalle associazioni appellanti va quindi attribuito il significato sostanziale - nella specie non già di azione risarcitoria ma di richiesta di accertamento dell'illegittimità dell'inerzia della amministrazione - che risulta non solo dal tema decisorio introdotto dal ricorrente, ma anche dalle eccezioni e dalla posizione assunta dalla parte resistente.

Nel caso all'esame, dunque, non può non disconoscersi l'interesse delle associazioni all'accertamento della illegittimità degli atti e delle omissioni della amministrazione intesa più propriamente come interesse all'accertamento del mancato esercizio del potere di controllo, ossia un interesse a verificare che la Pubblica amministrazione ha errato nel non esercitare i doverosi controlli, ancorché prescindendo dal numero dei potenziali interessati i quali potrebbero anche non avere avviato un'azione in giudizio, fermo restando che poi si dovrà verificare se essi potranno effettivamente beneficiare del giudicato.

- *Legittimazione attiva nel giudizio proposto avverso i titoli edilizi.*

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 9 dicembre 2021, n. 22 ha chiarito che nei casi di impugnazione di un titolo autorizzatorio edilizio, riaffermata la distinzione e l'autonomia tra la legittimazione e l'interesse al ricorso quali condizioni dell'azione, è necessario che il giudice accerti, anche d'ufficio, la sussistenza di entrambi e non può affermarsi che il criterio della *vicinitas*, quale elemento di individuazione della legittimazione, valga da solo ed in automatico a dimostrare la sussistenza dell'interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato.

Ha ricordato l'Alto consesso che con specifico riferimento alla *vicinitas*, in ambito edilizio-urbanistico - dove la "qualificazione" dell'interesse del terzo può farsi discendere in ultimo dall'art. 872 cod. civ., dopo l'abrogazione dell'art. 31 della legge urbanistica ad opera dell'art. 136, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 380 del 2001 - il discorso va ora ricondotto entro gli schemi generali ricavabili dal Codice del processo amministrativo.

Il ragionamento intorno all'interesse al ricorso, inteso come uno stato di fatto, si lega quindi necessariamente all'utilità ricavabile dalla tutela di annullamento e dall'effetto ripristinatorio; utilità che a sua volta è in funzione e specchio del pregiudizio sofferto. Tale pregiudizio, a fronte di un intervento edilizio *contra legem* è rinvenuto in giurisprudenza, non senza una serie di varianti, nel possibile deprezzamento dell'immobile, confinante o comunque contiguo, ovvero nella compromissione dei beni della salute e dell'ambiente in danno di coloro che sono in durevole rapporto con la zona interessata. Si può discutere se tali beni siano il risultato della scomposizione di un unico interesse per così dire riassuntivo, quello alla qualità dell'insediamento abitativo o se debbano essere considerati per forza atomisticamente, sull'assunto che non sarebbe dato un interesse inerente all'insediamento abitativo come tale.

Il riferimento al godimento dell'immobile in uno con il richiamo a salute e ambiente è peraltro un piano di indagine già sufficientemente ampio ed è su di esso che la giurisprudenza ha fatto leva per ravvisare il pregiudizio sofferto dal terzo non solo ad esempio nella diminuzione di aria, luce, visuale o panorama, ma anche nelle menomazioni di valori urbanistici e nelle degradazioni dell'ambiente in conseguenza dell'aumentato carico urbanistico in termini di riduzione dei servizi pubblici, sovraffollamento, aumento del traffico (Cons. Stato, sez. IV, n. 6130 del 2021).

Ha aggiunto l'Alto consesso che l'interesse ad agire dovrebbe ad esempio escludersi nei casi in cui il titolo edilizio impugnato fosse affetto da vizi solamente formali o procedurali, sicuramente emendabili, quand'anche ne fosse possibile l'annullamento, quindi senza che a tale annullamento possa seguire l'applicazione di una qualunque sanzione; o, ancora più in radice, laddove al rilascio illegittimo del titolo edilizio non fosse poi seguita alcuna attività e nel frattempo fosse maturato il termine di decadenza del permesso.

Tutto ciò chiarito l'Adunanza ha ritenuto che, riaffermata la distinzione e l'autonomia tra legittimazione e interesse al ricorso quali condizioni dell'azione, è necessario in via di principio che ricorrano entrambi e non può affermarsi che il criterio della *vicinitas*, quale elemento di differenziazione, valga da solo ed in automatico a soddisfare anche l'interesse al ricorso.

Ha aggiunto l'Alto Consesso che l'interesse al ricorso correlato allo specifico pregiudizio derivante dall'intervento previsto dal titolo autorizzatorio edilizio che si assume illegittimo può comunque ricavarci dall'insieme delle allegazioni racchiuse nel ricorso; l'interesse al ricorso è suscettibile di essere precisato e comprovato dal ricorrente nel corso del processo, laddove il pregiudizio fosse posto in dubbio dalle controparti o la questione rilevata d'ufficio dal giudicante, nel rispetto dell'art. 73, comma 3, c.p.a.

Sulla base dei principi espressi in tema di rapporto tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere l'Adunanza plenaria ha affermato che lo specifico pregiudizio derivante dall'intervento edilizio che si assume illegittimo, e che è necessario sussista, può comunque ricavarsi, in termini di prospettazione, dall'insieme delle allegazioni racchiuse nel ricorso, suscettibili di essere precisate e comprovate laddove il pregiudizio fosse posto in dubbio dalle controparti o dai rilievi del giudice, essendo questione rilevabile d'ufficio nel rispetto dell'art. 73, comma 3, c.p.a. e quindi nel contraddittorio tra le parti.

Infine, la sentenza ha chiarito che nelle cause in cui si lamenti l'illegittimità del titolo autorizzatorio edilizio per contrasto con le norme sulle distanze tra le costruzioni imposte da leggi, regolamenti o strumenti urbanistici, non solo la violazione della distanza legale con l'immobile confinante con quello del ricorrente, ma anche quella tra detto immobile e una terza costruzione può essere rilevante ai fini dell'accertamento dell'interesse al ricorso, tutte le volte in cui da tale violazione possa discendere con l'annullamento del titolo edilizio un effetto di ripristino concretamente utile, per il ricorrente, e non meramente emulativo.

L'Adunanza plenaria ha affermato, con riferimento al (sotto)tema della violazione delle distanze, che non solo la violazione della distanza legale con l'immobile confinante ma anche quella tra detto immobile e una terza costruzione possa essere rilevante, tutte le volte in cui da tale violazione possa discendere con l'annullamento del titolo edilizio un effetto di ripristino concretamente utile, per il ricorrente, e non meramente emulativo.

- Legittimazione passiva nel giudizio risarcitorio.

La sez. II, con sentenza 20 dicembre 2021, n. 8438 ha affermato che laddove sia esperita un'azione risarcitoria, sola o congiunta a quella demolitoria avente ad oggetto un'ordinanza sindacale adottata con i poteri dell'ufficiale di governo, il contraddittore necessario deve essere (anche, non necessariamente solo) lo Stato (la Prefettura), essendo ammessa la citazione (solo, salvo la dimostrata partecipazione anche della Prefettura al procedimento) del Comune con riferimento in via esclusiva alla richiesta di annullamento dell'atto.

Ha chiarito la Sezione che malgrado i presupposti sottesi all'adozione di ordinanze contingibili e urgenti adottate dal Sindaco siano diversi a seconda che egli agisca quale capo dell'amministrazione locale (art. 50, d.lgs. n. 267 del 2000) ovvero quale ufficiale di governo, i confini tra l'una e l'altra tipologia non sempre si palesano di immediata percepibilità, stante che un contesto di pericolo può attingere a vari fattori causali e minacciare plurimi interessi pubblici. L'esistenza di tali zone chiaroscurali, all'interno delle quali le esigenze di tutela possono anche sovrapporsi, giustifica ed esplicita la necessità di dare rilievo comunque alla riferibilità formale dell'atto al Sindaco che lo adotta, a prescindere dalla veste utilizzata, non venendo mai meno la sua posizione di soggetto incardinato nel complesso organizzativo dell'ente locale, dei cui uffici si avvale per l'istruttoria, finalizzata finanche al preventivo inquadramento dell'atto. Da qui la ritenuta individuazione solo nello stesso o comunque anche nello stesso del contraddittore necessario nel giudizio impugnatorio delle relative ordinanze (Cons. Stato, sez. IV, 29 aprile 2014, n.

2221). Il coinvolgimento informativo delle Prefetture, infatti, almeno in linea generale, non è tale da ridurre la portata delle autonome valutazioni, circa il *quomodo* del provvedimento, del Sindaco-ufficiale di governo che utilizza la propria sfera di potestà di autodeterminazione, e di responsabilità, per scegliere discrezionalmente tra le varie possibilità e possibili opzioni.

Non è sempre agevole distinguere nell'immediato quale tipologia di ordinanza sindacale si attagli alla tipologia di situazione di pericolo che si deve fronteggiare in concreto. Si pensi a tutte le situazioni di degrado ascrivibili all'attuale nozione di "sicurezza urbana", che seppure ormai univocamente ricondotta al più ampio *genus* della sicurezza pubblica, di appannaggio dello Stato, in un'accezione più ampia e non tecnica, abbraccia anche fenomeniche di disturbo della "vivibilità" cittadina, la cui tutela compete invece in esclusiva ai Comuni. E' infatti ormai chiaro che essa in senso proprio non rappresenta altro, appunto, che la declinazione a livello locale della sicurezza pubblica; nel contempo però al relativo termine si può accedere per riassumere ogni iniziativa di ricerca della migliore vivibilità dei centri urbani e di una ordinata e civile convivenza negli stessi, per il raggiungimento delle quali sono coinvolti diversi livelli territoriali e governativi che attuano politiche integrate (in ambito sociale, sanitario, edilizio, ecc.), tradizionalmente e di regola di competenza legislativa residuale regionale. La differenza tra i due tipi di provvedimenti d'urgenza è di natura anche procedurale, stante che solo per le ordinanze adottate dal Sindaco nella sua qualità di ufficiale di governo è prevista la previa comunicazione al prefetto "anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione". Tale coinvolgimento informativo, almeno in linea generale, non pare riconducibile ad una qualsiasi forma di assenso, concerto o comunque "previa intesa", sicché non trova applicazione la regola generale sull'integrità del contraddittorio di cui all'art. 27 c.p.a., che in quanto attuativa dell'art. 24 della Costituzione, non tollera che una pronuncia del giudice amministrativo arrechi diretto pregiudizio a chi non si sia potuto difendere.

La diversità, per *causa petendi e petitum*, dell'azione impugnatoria rispetto a quella di risarcimento dei danni da illecito aquiliano osta alla configurazione, a fronte della astratta autonomia tra le due azioni, di un rapporto di accessorietà, nel senso della riconosciuta sussistenza di un nesso logico-giuridico, che, in tesi, possa giustificare l'estensione del regime della legittimazione passiva nell'azione impugnatoria a quella risarcitoria, che al contrario presuppone (sempre di regola) il coinvolgimento dello Stato in quanto è il Prefetto che dispone "le misure adeguate per assicurare il concorso delle Forze di polizia" nonché, in linea ancora più generale, "Nell'ambito delle funzioni di cui al presente articolo", ovvero anche in chiave di vigilanza sul corretto esercizio del potere intimatorio da parte del Sindaco, le "ispezioni per accertare il regolare svolgimento dei compiti affidati, nonché per l'acquisizione di dati e notizie interessanti altri servizi di carattere generale" (art. 54, comma 9, T.u.e.l.).

47.6. Interesse a ricorrere.

La sez. III, con sentenza 24 dicembre 2021, n. 8590 ha affermato che ai fini della valutazione dell'impatto di un nuovo provvedimento, adottato nelle more di un processo amministrativo, sulla persistenza dell'interesse a ricorrere e sulla necessità di una sua impugnativa occorre verificare la natura dello stesso, se atto "meramente confermativo" o atto "di conferma in senso proprio".

Ha ricordato la Sezione che gli atti "meramente confermativi" sono quegli atti che, a differenza degli atti "di conferma", si connotano per la ritenuta insussistenza, da parte dell'amministrazione, di valide ragioni di riapertura del procedimento conclusosi con la precedente determinazione; mancando detta riapertura e la conseguente nuova ponderazione degli interessi coinvolti, nello schema tipico dei c.d. "provvedimenti di secondo grado", essi sono insuscettibili di autonoma impugnazione per carenza di un carattere autonomamente lesivo (Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2021, n. 6606).

In pratica, l'atto meramente confermativo ricorre quando l'amministrazione si limita a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento, senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione (Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2018, n. 3867); esso si connota per la sola funzione di illustrare all'interessato che la questione è stata già deliberata con precedente espressione provvedimentale, di cui si opera un integrale richiamo. Tale condizione, quale sostanziale diniego di esercizio del riesame dell'affare, espressione di lata discrezionalità amministrativa, lo rende privo di spessore provvedimentale, da cui, ordinariamente, la intrinseca insuscettibilità di una sua impugnazione (Cons. Stato, sez. IV, 3 giugno 2021, n. 4237).

Di contro, l'atto di conferma in senso proprio è quello adottato all'esito di una nuova istruttoria e di una rinnovata ponderazione degli interessi, e pertanto connotato anche da una nuova motivazione (Cons. Stato, sez. VI, 13 luglio 2020, n. 4525).

In particolare, non può considerarsi "meramente confermativo" di un precedente provvedimento l'atto la cui adozione sia stata preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al primo provvedimento, giacché solo l'esperimento di un ulteriore adempimento istruttorio, mediante la rivalutazione degli interessi in gioco e un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la fase considerata, può condurre a un atto "propriamente confermativo", in grado, come tale, di dare vita a un provvedimento diverso dal precedente e quindi suscettibile di autonoma impugnazione (Cons. Stato, sez. V, 7 maggio 2021, n. 3579).

La sez. VI, con sentenza 10 dicembre 2021, n. 8232, nell'individuare l'interesse a ricorrere nel settore degli appalti pubblici ha affermato che la presentazione della domanda di partecipazione alla gara è condizione per impugnare immediatamente la relativa indizione.

Ha ricordato la Sezione che nel processo civile, ai fini del riconoscimento della sussistenza della legittimazione ad agire è sufficiente la mera affermazione della astratta titolarità di un diritto soggettivo fatto valere (c.d. possibilità giuridica).

Nel processo amministrativo, agli stessi fini, la giurisprudenza (tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2224) è costante nel ritenere necessaria la dimostrazione

dell'effettiva titolarità di una situazione giuridica di interesse legittimo (e, nelle materie di giurisdizione esclusiva, anche di diritto soggettivo). In questa prospettiva, la legittimazione ad agire assume una connotazione sostanziale in quanto costituisce la proiezione nel processo dell'interesse legittimo. Tale diversità si giustifica in ragione del fatto che nel processo civile alla fase preliminare di natura processuale nel cui ambito si accerta l'astratta titolarità del diritto soggettivo segue la fase di merito di accertamento effettivo di tale diritto. Nel processo amministrativo, l'anticipazione di tale accertamento alla fase preliminare si giustifica in quanto il riconoscimento della titolarità dell'interesse legittimo non definisce ancora giudizio, occorrendo che nella fase di merito si confronti l'interesse legittimo con l'interesse pubblico al fine di stabilire se il rapporto giuridico debba essere accertato con prevalenza del primo sul secondo per l'illegittimità dell'azione amministrativa.

Per le ragioni esposte, occorre stabilire se la Società appellante sia titolare di un interesse legittimo alla partecipazione alla gara e, dunque, di una posizione giuridica qualificata e differenziata.

La qualificazione giuridica e la differenziazione non sono due criteri autonomi. L'unico criterio è quello della qualificazione giuridica. La differenziazione è insita nella qualificazione nel senso che la norma assegna rilevanza all'interesse legittimo che si presenta in modo differenziato rispetto alla posizione di altri.

Il processo di differenziazione può essere "espreso" nei casi in cui la qualificazione e differenziazione dell'interesse legittimo è effettuata dalla norma in modo diretto stabilendosi quale sia il soggetto che possa essere parte di un rapporto giuridico con la pubblica amministrazione.

Il processo di differenziazione può essere "implicito" nei in cui la qualificazione e differenziazione è effettuata dalla norma in modo indiretto mediante la richiesta della sussistenza di una specifica condizione desumibile dalla complessiva disciplina della materia.

Nel settore delle procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente ricorre quest'ultima evenienza. La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che è necessaria la presentazione di una domanda di partecipazione alla procedura (Cons. Stato, Ad. plen., 22 aprile 2013, n. 8).

47.7. Astensione del giudice.

La sez. VI, con ordinanza 10 settembre 2021, n. 4872 ha affermato che in sede di decisione cautelare su decisione del Targa Bolzano ed in presenza di "inconvenienti di fatto" (quale l'astensione) che impediscono l'integrazione dell'organo decidente con il consiglio di Stato di lingua tedesca è possibile adottare una misura cautelare d'urgenza.

Ha premesso la Sezione che, ai fini della decisione della domanda cautelare, non è presente nel Collegio l'unico componente di lingua tedesca allo stato nominato e in servizio presso il Consiglio di Stato, che si è dovuto astenere.

Ha aggiunto la Sezione che l'astensione obbligatoria è finalizzata a garantire il principio costituzionale di imparzialità-terzietà del giudice, per evitare la preesistenza di valutazioni da parte dello stesso giudice sulla vicenda amministrativa oggetto del processo; che gli artt. 24, primo comma, e 111, secondo comma, Cost. impongono di assicurare il principio di effettività della tutela giurisdizionale anche nella fase cautelare, il che presuppone "la continuità e la prontezza della funzione giurisdizionale" (Corte cost. n. 156 del 1963).

Alla luce degli indicati principi costituzionali, le norme primarie di regolazione della materia, sopra riportate, devono essere interpretate in modo costituzionalmente orientato, nel senso di ritenere che le stesse consentano - in presenza dei suddetti "inconvenienti di fatto" che impediscono l'integrazione dell'organo decidente con il consigliere di Stato di lingua tedesca - di adottare una misura cautelare d'urgenza.

47.8. Notifica del ricorso.

- *Rinnovazione della notifica nulla.*

Con sentenza 13 dicembre 2021, n. 8303 la sez. IV ha affermato che in conseguenza della sentenza della Corte costituzionale n. 148 del 9 luglio 2021, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 44, comma 4, c.p.a. nella parte in cui subordinava la possibilità di rinnovazione della notifica nulla, in caso di mancata costituzione del soggetto intimato, all'assenza di una causa imputabile al notificante, deve essere disposto l'annullamento con rinvio al primo giudice della sentenza con cui il ricorso introduttivo del giudizio sia stato dichiarato inammissibile a causa della nullità della notificazione ritenuta imputabile al ricorrente.

Ha chiarito la Sezione che tale conclusione discende dalla efficacia *ex tunc* della sentenza di accoglimento della Corte costituzionale, alla stregua dell'art. 30, comma 3, l. 11 marzo 1953, n. 87, la quale non trova in questo caso limite in "rapporti esauriti" (essendo pendente il giudizio di appello sulla sentenza dichiarativa della inammissibilità), e dal rilievo che per effetto di essa risulta concretatasi un'ipotesi di lesione del diritto di difesa rilevante ai sensi dell'art. 105 dello stesso codice del processo amministrativo, ancorché derivante dall'applicazione di una norma incostituzionale anziché da errore del giudice o vizio di procedura o della decisione.

Ha aggiunto che si giunge alla medesima conclusione anche a voler tener conto dell'interpretazione data dalla giurisprudenza degli effetti della declaratoria di incostituzionalità di norme processuali, laddove oltre all'eventuale giudicato anteriore alla sentenza della Corte si tende a far salve anche le eventuali preclusioni e decadenze già verificatesi purché estranee all'applicazione della norma dichiarata incostituzionale (Cass. civ., sez. VI, ordinanza, 24 settembre 2020, n. 20005; Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4264).

Sullo stesso tema la sez. II, con sentenza 20 dicembre 2021, n. 8436 ha affermato che a seguito della pronuncia della Corte costituzionale 9 luglio 2021, n. 148 va annullata con rinvio al giudice di primo grado la sentenza del Tar che ha dichiarato inammissibile il

ricorso notificato presso la sede reale di una Amministrazione con il patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura di Stato invece di assegnare al ricorrente un termine per la rinnovazione della notifica.

Ha ricordato la Sezione che la Corte costituzionale, con la sentenza 9 luglio 2021, n. 148 ha espunto dall'art. 44, comma 4, c.p.a. l'inciso in base al quale, in caso di nullità della notifica del ricorso, cui faccia seguito la mancata costituzione in giudizio del suo destinatario, il giudice fissa al ricorrente un termine perentorio per rinnovarla "se ritiene che l'esito negativo della notificazione dipenda da causa non imputabile al notificante". Ha aggiunto che le pronunce della Corte che dichiarano la suddetta illegittimità eliminano la norma con effetto *ex tunc*, con il limite dei rapporti esauriti: limite che, però, non ricorre nel caso di specie, essendo tuttora pendente il giudizio senza che sia intervenuto alcun giudicato. A nulla vale, quindi, che la mancata fissazione da parte del Tribunale amministrativo regionale di un termine al ricorrente per la rinnovazione della notifica nulla costituisca corretta applicazione dell'art. 44, comma 4, c.p.a., nella versione vigente *ratione temporis*, in quanto l'illegittimità costituzionale ha come presupposto l'invalidità originaria della legge, sia essa di natura sostanziale, procedimentale o processuale, per contrasto con un precetto costituzionale, cosicché le pronunce della Corte che dichiarano la suddetta illegittimità eliminano la norma con effetto *ex tunc* (Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4264), con il limite dei rapporti esauriti, che non ricorre nel caso in cui sia pendente il giudizio senza che sia intervenuto alcun giudicato.

Ai fini della rinnovazione non rileva neanche accertare la sussistenza dei presupposti per riconoscere l'errore scusabile *ex art. 37 c.p.a.*, e ciò in quanto l'assegnazione del termine per la rinnovazione della notifica nulla, conseguente al nuovo testo dell'art. 44, comma 4, c.p.a. scaturito dall'intervento della Corte costituzionale, prescinde del tutto, infatti, dall'imputabilità alla parte del vizio che ha cagionato detta nullità e, quindi, dalla scusabilità dell'errore/negligenza in cui la parte stessa sia incorsa, cosicché essa è dovuta anche quando – come nel caso di specie – sia stata la parte a darvi causa. La predetta assegnazione si spiega, infatti, come visto, alla luce del principio di proporzione (che risulta violato, ove essa sia limitata ai casi in cui la nullità della notifica del ricorso dipenda da causa non imputabile al notificante) e dall'esigenza, posta dall'art. 24 Cost., che a colui che agisce in giudizio non vengano imposti oneri o prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale (Corte cost. 10 maggio 2021, n. 102).

La sez. IV, con ordinanza 25 ottobre 2021, n. 7138 ha rimesso all'Adunanza plenaria alcune questioni sulla consumazione dei mezzi di impugnazione e, in pendenza dei termini di impugnazione, la rinnovazione della notifica o la proposizione di nuovi motivi. In particolare: a) se nel processo amministrativo trovi applicazione e in che limiti il principio di consumazione dei mezzi di impugnazione; b) più in particolare, se alla medesima parte processuale sia consentito rinnovare la notificazione al solo scopo di emendare vizi dell'atto che ne determinano la nullità o la tardività del suo deposito, oppure se il rinnovo in questione sia consentito anche a prescindere dall'emenda di un vizio e senza apparente ragione, purché sia ancora pendente il termine per impugnare e non sia stata

emessa dal giudice una pronuncia di irricevibilità o di improcedibilità dell'impugnazione; c) se alla parte sia consentito proporre nuovi motivi di impugnazione - al di là dei casi previsti di proposizione dei motivi aggiunti - purché sia ancora pendente il termine per impugnare e non sia stata emessa dal giudice una pronuncia di irricevibilità o di improcedibilità dell'impugnazione; d) quale sia la corretta interpretazione del combinato disposto di cui agli artt. 94, comma 1, e 45, comma 1, c.p.a., e se cioè - quando si stabilisce che “il ricorso deve essere depositato nella segreteria del giudice adito, a pena di decadenza, entro trenta giorni dall'ultima notificazione ai sensi dell'art. 45...” e che “Il ricorso e gli altri atti processuali soggetti a preventiva notificazione sono depositati nella segreteria del giudice nel termine perentorio di trenta giorni, decorrente dal momento in cui l'ultima notificazione dell'atto stesso si è perfezionata anche per il destinatario” - essi vadano interpretati nel senso che - purché sia ancora pendente il termine per impugnare e non sia stata emessa dal giudice una pronuncia di irricevibilità o di improcedibilità dell'impugnazione - il ricorso possa essere oggetto di nuova notificazione (ai fini di individuare l'ultima notificazione dell'atto che si è perfezionata anche per il destinatario) solo per emendare vizi dell'atto o della sua notificazione o del suo deposito, ovvero se, al contrario, sia possibile per la medesima parte prescindere dalla suddetta emenda. Ha chiarito la Sezione che sussiste un contrasto di giurisprudenza nell'interpretazione e nell'applicazione del suddetto principio limitatamente, per quanto qui di interesse ai fini del decidere, alla questione della necessità (o meno) che la ‘duplicazione’ dei gravami (mediante rinnovazione o ripetizione della notifica) sia motivata in senso assoluto dall'esigenza di riparare a vizi di nullità dell'atto che inevitabilmente conducono alla declaratoria di irricevibilità o di improcedibilità, ovvero se, al contrario, il principio trova applicazione anche ai casi in cui la ripetizione della notificazione rimedia ad inerzie processuali della parte ovvero si fonda su strategie difensive della parte medesima, anche non palesate in atti.

Secondo un orientamento la *ratio* - che giustificerebbe (pendente il termine per l'appello e in assenza di una declaratoria giudiziale di irricevibilità o improcedibilità) la possibilità per la medesima parte di riproporre la stessa impugnazione - sarebbe quella di emendare un vizio, sostituendo un atto valido ad uno invalido. In quest'ottica, la ri-notificazione è, da un punto di vista classificatorio, un procedimento di rinnovazione, anziché di mera ripetizione, di un atto giuridico già esistente nel mondo giuridico, sebbene non validamente formato o improduttivo di effetti. Anzi, per la precisione, l'ultima pronuncia citata (Cons. Stato, sez. VI, 27 gennaio 2012, n. 397), sembra ancorare il concetto ad un criterio - se si vuole - ancora più severo della semplice irrivalenza, esigendosi “un atto integralmente nullo”. Sotto quest'angolo prospettico, si potrebbe anzi cogliere un ulteriore aspetto, e cioè che - opinando nel senso che occorra necessariamente l'esistenza di un vizio da emendare - la situazione processuale di colui il quale ripropone il medesimo appello al solo scopo di depositarlo in termini, parrebbe essere trattata in modo più severo rispetto a quella di colui il quale compie la medesima attività, magari anche determinata dalla necessità di riparare ad una colpa, imperizia o negligenza professionale nella redazione o notificazione o deposito dell'atto medesimo.

Altro orientamento (C.g.a. 8 luglio 2021, n. 654) si è occupato del caso in cui la sentenza di primo grado era stata appellata per due volte dalla medesima parte, ma - differentemente rispetto alle sentenze finora considerate - tramite due autonomi ricorsi che, depositati entrambi nel termine di cui all'art. 94 c.p.a., avevano dato vita a due autonome iscrizioni nel Registro di segreteria. Va inoltre precisato che, sebbene i due atti di appello si presentavano in modo formalmente diverso tra di loro (perché il primo ricorso era affidato ad un unico articolato motivo, mentre il secondo si articolava in due motivi), la Sezione: a) valutava la sostanziale equivalenza delle due impugnazioni proposte; b) prendeva atto che la parte si era determinata a questo comportamento processuale "senza evidenziare le ragioni di tale duplicazione"; c) riuniva le due impugnazioni proposte (perché aventi identico contenuto) e le accoglieva entrambe, riformando la sentenza impugnata. La Sezione osserva che, nel caso pratico appena considerato, entrambe le impugnazioni erano state ritualmente notificate e depositate, mentre nel caso all'esame la prima impugnazione difetta del deposito dell'atto nella Segreteria del giudice. Pur con questa distinzione fattuale, la Sezione ritiene che la circostanza decisiva, sul piano argomentativo, si potrebbe individuare nei termini che di seguito si espongono. Il Consiglio di Giustizia amministrativa non ha dichiarato sic et simpliciter inammissibile la seconda impugnazione, sebbene identica e ripetitiva rispetto alla prima, e senza la benché minima efficacia sanante o sostitutiva di vizi della prima.

In altre parole, il Consiglio di Giustizia amministrativa - nel riunire e nell'esaminare nel merito entrambe le impugnazioni provenienti dalla medesima parte processuale - sembra avere aperto alla riflessione sul contenuto e sui limiti all'applicazione del principio di consumazione dell'impugnazione. A tale riguardo, può osservarsi in linea di principio che: a) il disposto di cui agli artt. 358 e 387 cod. proc. civ. è circoscritto ai soli casi di appello e ricorso in cassazione già dichiarati inammissibili o improcedibili, dove cioè la consumazione della seconda impugnazione deriva non dal mero fatto della proposizione della prima impugnazione, ma - e ciò va decisamente rimarcato sotto il profilo testuale delle disposizioni - dall'esservi già stata una decisione di inammissibilità o improcedibilità della prima impugnazione; b) rispetto al diritto all'azione (art. 24 Cost.), è coerente sostenere che non sia la prima impugnazione, ma la decisione su di essa, che impedisce la riproposizione dell'impugnazione, a maggiore ragione nelle ipotesi in cui i termini (per l'appello o il ricorso per cassazione) non sono ancora scaduti (ciò che nel processo amministrativo può accadere non solo quando si tratti del termine lungo di impugnazione, ma anche quando vi sia una decisione in forma semplificata all'esito della fase cautelare); c) le disposizioni che escludono, limitano o introducono condizioni più restrittive per l'esercizio dei diritti - anche in sede processuale - di per sé si dovrebbero interpretare in senso restrittivo e comunque col divieto di applicazione analogica, a maggior ragione nei casi in cui - come quello all'esame - il principio di cui si intende fare applicazione non è sancito in maniera espressa dalla legge ed è perimetrato, quanto al suo contenuto materiale, dall'esegesi giurisprudenziale; d) l'art. 39 c.p.a., per quanto non disciplinato dal codice medesimo, rinvia all'applicazione delle disposizioni del codice di

procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali; e) è ragionevole porsi la questione se sia compatibile con il sistema processuale amministrativo una interpretazione del principio di consumazione delle impugnazioni, come ritraibile dagli artt. 358 e 387 cod. proc. civ., nel senso che si possa estendere a casi non contemplati, quale è quello delle plurime tempestive impugnazioni della stessa parte, prima che una di esse sia dichiarata inammissibile o improcedibile, con la conseguenza che l'effetto consumativo deriverebbe non già da una decisione giudiziale, bensì dalla impugnazione di parte; f) nel c.p.a. sono dettati principi generali sulle impugnazioni: mentre non è espressamente menzionato il principio di consumazione dell'impugnazione, e di converso l'art. 96, che regola le più impugnazioni proposte avverso la medesima sentenza, non distingue a seconda che siano (o meno) proposte dalla medesima parte processuale, essendo la disposizione posta a presidio del solo divieto di frazionamento delle impugnazioni; g) ai sensi dell'art. 45, comma 1, c.p.a., l'*iter* notificatorio si intende completato con il deposito nella segreteria del giudice del ricorso e degli atti soggetti a preventiva notificazione "nel termine perentorio di trenta giorni, decorrente dal momento in cui l'ultima notificazione dell'atto stesso si è perfezionata anche per il destinatario". Di conseguenza, va chiarito se la rinnovazione della notificazione, se eseguita entro il termine di impugnazione e anteriormente alla declaratoria giudiziale di irricevibilità o improcedibilità dell'impugnazione, si possa qualificare come 'elusiva', perché comporta lo 'spostamento in avanti' del termine perentorio di deposito del ricorso rispetto alla prima notificazione non andata a buon fine (o comunque sia non seguita dal deposito del relativo atto anche per mera inerzia della parte), ovvero se, trattandosi di notificazione valida rispetto al termine di impugnazione, non sia ravvisabile il suddetto 'effetto elusivo' e il termine di deposito vada calcolato ai sensi dell'art. 45 c.p.a..

47.9. Estensione del contraddittorio.

La sez. III, con ordinanza 26 ottobre 2021, n. 7172 ha affermato che per economia processuale è possibile integrare il contraddittorio in appello nel caso in cui i controinteressati pretermessi non avrebbero potuto ottenere in primo grado, con la reiezione del ricorso, un esito diverso e più soddisfacente della loro sfera giuridica.

La Sezione ha affermato di condividere pienamente gli arresti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (30 luglio 2018, nn. 10 e 11; 5 settembre 2018, n. 14; 28 settembre 2018, n. 15) secondo cui l'esigenza di evitare inutili e defatiganti allungamenti dei tempi del processo (oggi ancor più rilevante alla luce dell'avvenuta costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo) assume un ruolo centrale per evitare interpretazioni dell'art. 105 c.p.a. non consentite dalla sua puntuale portata letterale. "L'enfatico e suggestivo richiamo al doppio grado del giudizio, anche in chiave costituzionale, non risolve, quindi, il problema del rapporto tra la decisione del primo giudice e quella del secondo giudice. Questo rapporto deve trovare soluzione solo in una rigorosa e tassativa analisi dell'art. 105 c.p.a. e delle altre disposizioni, sopra richiamate, in materia di appello. Proprio l'esegesi puntuale dell'art. 105 non consente di includere tra i casi di annullamento con rinvio l'ipotesi oggetto dell'ordinanza di rimessione, in cui il

giudice di primo grado abbia erroneamente dichiarato il ricorso inammissibile (ed identiche considerazioni valgono con riferimento all'erronea dichiarazione di irricevibile e di improcedibilità)".

È proprio la richiamata esigenza di economicità del giudizio – peraltro particolarmente avvertita nelle controversie, come quelle in materia di accesso, nelle quali è stato il legislatore a ritenere ancora più necessaria la rapida definizione della causa – che induce, nel caso in esame, a ritenere possibile integrare il contraddittorio nella fase di appello, senza rimandare, annullando la sentenza, di nuovo la questione al Tar.

Ed infatti, ancora richiamando l'insegnamento dell'Adunanza plenaria, la "mancanza del contraddittorio" è così essenzialmente riconducibile all'ipotesi in cui doveva essere integrato il contraddittorio o non doveva essere estromessa una parte: il vizio è, quindi, genetico, nel senso che a causa della mancata integrazione del contraddittorio o della erronea estromissione, una o più parti vengono in radice e sin dall'inizio private della possibilità di partecipare al giudizio-procedimento.

Peraltro, in applicazione del principio della ragione più liquida, l'art. 49, comma 2, c.p.a. consente al giudice di pronunciare anche a contraddittorio non integro quando il ricorso risulti manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato. È evidente in tale previsione la ratio di economia processuale che consente di prescindere da incumbenti inutili (l'integrazione del contraddittorio o il rinvio al primo giudice affinché disponga l'integrazione del contraddittorio) quando le risultanze già acquisite consentono di definire il giudizio in senso sfavorevole per la parte ricorrente (Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5; id., sez. IV, 1 giugno 2016, n. 2316).

Ed invero, opinare diversamente – e cioè ritenere che la mancata integrazione del contraddittorio in primo grado, nel caso in cui il ricorso sia respinto (o dichiarato irricevibile, inammissibile, improcedibile), comporti in ogni caso l'annullamento con rinvio – finirebbe per vanificare la portata acceleratoria del comma 2 dell'art. 49 perché il giudice di primo grado sarebbe portato, prudenzialmente, a disporre sempre l'evocazione in giudizio di tutte le parti, anche se ritenga di dover respingere il ricorso, per evitare il rinvio della causa da parte del giudice di appello.

Giova aggiungere – ed il rilievo assume carattere assorbente di ogni altra considerazione – che se è vero che, nel caso all'esame del Collegio, ai controinteressati pretermessi sarebbe stato tolto un grado di giudizio, è altresì certo che il primo grado si è concluso con una pronuncia favorevole agli stessi, cosicché nessun ulteriore apporto avrebbero potuto portare.

Corollario di tale premessa è che non è configurabile una lesione del diritto di difesa nel caso in cui la causa sia stata definita con una sentenza del tutto conforme alla posizione giuridica della parte non evocata, che non risulta pertanto lesa dalla decisione del Tar. A conclusione diversa si deve pervenire, invece, nel caso in cui la sentenza contenga, anche nella motivazione, spunti che possano essere pregiudizievoli alla parte alla quale non è stato consentito di costituirsi in giudizio.

Privilegiando una lettura rigida del principio del doppio grado del giudizio, si onererebbe la parte vittoriosa a tornare avanti al primo giudice, a seguito dell'annullamento con

rinvio, per ottenere auspicabilmente una decisione di identico tenore, il tutto in grave spregio del principio di economicità dei mezzi processuali e di ragionevole durata del processo (Corte cost. 12 marzo 2007, n. 77).

47.10. Istanza di fissazione di udienza.

Con decreto 3 dicembre 2021, n. 214 il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana ha affermato che alla transazione di un ricorso ai sensi dell'art. 72 *bis* c.p.a. non osta la mancanza di una domanda di fissazione di udienza, essendo prioritaria la declaratoria d'ufficio di una causa di inammissibilità.

Nella specie, la camera di consiglio *ex art. 72-bis* c.p.a. è stata fissata sul duplice presupposto che il deposito dell'appello appare tardivo e che la procura alle liti non risulta, ad un sommario esame, regolare, essendo costituita da atto separato rispetto al ricorso, essendo anteriore alla sentenza appellata e perché, facendo generico riferimento "al presente ricorso" senza indicarne l'oggetto, non appare immediatamente e direttamente riferibile al presente appello.

47.11. Udienza da remoto.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, decreto 5 ottobre 2021, n. 176 ha affermato che nel regime introdotto dall'art. 7 *bis*, d.l. n. 105 del 2021 non è possibile la discussione della causa da remoto se non ricorrono i casi eccezionali previsti dalla stessa norma.

Ha chiarito il C.g.a. che l'art. 7 *bis*, d.l. n. 105 del 2021 ha inteso prevedere la discussione c.d. da remoto, quale alternativa al rinvio della causa, in ipotesi del tutto eccezionali legate a provvedimenti della pubblica autorità adottati in connessione con la pandemia da Covid-2019 durante lo stato di emergenza nazionale, e non ha invece inteso in alcun modo regolare gli altri casi di impedimento personale o professionale del difensore. L'art. 7 *bis* fa infatti testualmente riferimento a "situazioni eccezionali non altrimenti fronteggiabili e correlate a provvedimenti assunti dalla pubblica autorità per contrastare la pandemia di Covid-19". La norma, in quanto eccezionale, è di stretta interpretazione e non può essere estesa analogicamente; peraltro, è intrinsecamente e logicamente inesistente un caso analogo alla pandemia da Covid-19 che costituisce un *unicum* storico. Sebbene in astratto si possa ritenere opinabile la scelta legislativa di configurare le udienze da remoto come una eccezione, piuttosto che metterne a regime le potenzialità, è noto che la opinabilità della scelta legislativa, afferendo al merito politico non è sindacabile da alcun giudice, almeno fintanto che non sconfini nella irrazionalità e difetto di proporzionalità. Vizi che nella specie non sussistono perché la norma opera, nel suo complesso, una scelta razionale e ragionevole per quanto opinabile, atteso che affianca alle ordinarie (e molteplici) opzioni processuali (i) del passaggio in decisione senza discussione orale, (ii) della discussione da parte di uno solo dei plurimi difensori della parte, (iii) della delega della discussione, (iv) del rinvio, uno strumento di chiusura, quale è la discussione da remoto, per situazioni eccezionali e non fronteggiabili con dette ordinarie opzioni.

Il Presidente del plesso giudiziario, per autorizzare la discussione da remoto, è tenuto a verificare rigorosamente che ricorra in concreto il triplice presupposto fattuale: (i) che esistano provvedimenti assunti dalla pubblica autorità per contrastare la pandemia; (ii) che la situazione non sia altrimenti fronteggiabile; (iii) che la situazione sia eccezionale. La eccezionalità deve ritenersi riferita sia alla gravità dell'andamento pandemico che impedisce la partecipazione del difensore, sia alla preponderante urgenza e importanza della causa per cui viene chiesta la discussione da remoto, tale da non tollerare rinvii o un passaggio in decisione senza discussione orale.

Mentre il secondo e terzo presupposto fattuale non possono che essere verificati caso per caso, con riferimento alla singola causa, il primo presupposto consente alcune considerazioni esegetiche di ordine generale.

I provvedimenti della pubblica autorità che costituiscono il presupposto fattuale per autorizzare le udienze da remoto possono consistere (alla luce dei provvedimenti pubblici adottati sino ad oggi in connessione con l'emergenza pandemica): a) in misure che vietino la circolazione delle persone su tutto o parte del territorio nazionale, così impedendo a un difensore di recarsi presso l'ufficio giudiziario; b) in misure sanitarie *ad personam* che impongano al singolo difensore un periodo di quarantena o isolamento che gli impedisce di raggiungere l'udienza.

L'onere della prova dell'esistenza di un siffatto tipo di provvedimento è a carico del difensore che chiede la discussione da remoto.

47.12. Prove.

La sez. IV, con sentenza 27 luglio 2021, n. 5560 ha affermato che nei giudizi su diritti soggettivi che si svolgono davanti al giudice amministrativo, la misura e l'ampiezza dell'onere della prova deve essere valutato caso per caso, avuto riguardo al dato sostanziale della disponibilità o meno delle prove in capo alle parti e, su questa base, tarare e calibrare, in modo assai rigoroso, l'esercizio istruttorio "suppletivo" condotto dal giudice.

Ha ricordato la Sezione che, con riguardo ai poteri istruttori esercitabili dal giudice amministrativo, il legislatore, ai sensi degli artt. 63, 64 e 65 c.p.a., ha recepito il tradizionale indirizzo giurisprudenziale che ha delineato un modello intermedio, tra quello dispositivo puro e quello inquisitorio puro, c.d. dispositivo con metodo acquisitivo, in cui l'onere della prova si attenua nel più sfumato onere del principio di prova (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 2847 del 2008, n. 7343 del 2005), con la conseguenza che il giudice esercita un potere di soccorso della parte che non è in grado, senza colpa, di fornire la prova dei fatti dedotti, pur potendo fornire un "principio di prova".

E' altresì noto che la ragione di tale modello istruttorio riposa sulla necessità di riequilibrare la posizione di sostanziale disparità tra le parti del giudizio, essendo evidente come, nel processo amministrativo impugnatorio per la tutela di interessi legittimi, la posizione processuale della parte privata, nell'accedere alla documentazione rilevante, risenta della

condizione di sostanziale inferiorità rispetto alla pubblica amministrazione, con la conseguente necessità dell'intervento in soccorso da parte del giudice amministrativo (artt. 64, comma 3, e 65, commi 1 e 3, c.p.a.).

A differenza dell'art. 2697 cod. civ., dall'art. 64, comma 1, c.p.a. si ricava una correlazione - tipica del processo amministrativo - tra onere della prova e disponibilità della prova stessa: l'onere della prova cioè sussiste nei limiti della disponibilità e non oltre: il criterio di riparto dell'onere probatorio non è individuato in ragione di uno schema precostituito ed astratto, incentrato sulla valenza dei fatti (costitutiva, ovvero modificativa o estintiva), ma secondo un criterio flessibile ispirato al principio di vicinanza della prova, di modo che - qualora il privato ricorrente non sia nella disponibilità della prova - venga sollevato dal relativo onere, che verrà addossato sulla pubblica amministrazione, la quale dovrà depositare gli atti che siano nella sua disponibilità (art. 64, comma 3, c.p.a.).

Sulle parti grava comunque l'onere di allegare i fatti da provare, e dunque di circoscrivere non solo il *thema decidendum*, ma anche il *thema probandum*: è massima consolidata quella secondo cui, sebbene, in tema di prova, il processo amministrativo impugnatorio non sia retto dal principio dispositivo pieno, tuttavia l'attività istruttoria d'ufficio del giudice presuppone quanto meno l'allegazione dei fatti da provare, ad opera delle parti, in maniera sufficientemente circostanziata e precisa (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 4862 del 2001); permane in sostanza l'onere del principio di prova e l'attività istruttoria che può svolgere il giudice amministrativo ha carattere complementare ed integrativo, mai invece sostitutivo della parte rimasta colpevolmente inerte.

Nei contenziosi vertenti su diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - ove viene in luce uno stretto intreccio fra rapporto paritario e rapporto autoritativo - le regole processuali in materia di poteri istruttori del giudice amministrativo restano identiche: tuttavia nelle liti sui diritti soggettivi, l'onere del principio di prova va valutato con particolare rigore, in relazione ai fatti che rientrano nella disponibilità della parte attrice (sia essa pubblica o privata).

Si deve, infatti, considerare che le norme del processo amministrativo, relative ai poteri istruttori d'ufficio del giudice (artt. 63, 64 e 65 c.p.a.), non distinguono tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione esclusiva, essendo pertanto in astratto applicabili ad entrambi i tipi di giurisdizione; d'altro canto, nel processo civile, non sono esclusi poteri istruttori d'ufficio anche in relazione ai diritti soggettivi (emblematico è il processo del lavoro).

Il giudice amministrativo, nel suo prudente apprezzamento, deve da un lato rispettare il principio della parità delle parti, dall'altro lato - come visto - deve considerare che la ratio della sua iniziativa istruttoria è quella di colmare situazioni effettive di disparità tra le medesime parti, per venire in soccorso di quella parte che, pur con la dovuta diligenza, non è riuscita ad avere la disponibilità delle prove: sicché se deve ammettersi, in astratto, la possibilità di esercizio da parte del giudice amministrativo di poteri istruttori d'ufficio anche in relazione a diritti soggettivi, tuttavia tale esercizio deve costituire una *extrema ratio*.

In altre parole nei giudizi su diritti soggettivi che si svolgono davanti al giudice amministrativo, la misura e l'ampiezza dell'onere della prova deve essere valutato caso per caso, avuto riguardo al dato sostanziale della disponibilità o meno delle prove in capo alle parti e, su questa base, tarare e calibrare, in modo assai rigoroso, l'esercizio istruttorio "suppletivo" condotto dal giudice.

Analogamente, nel processo su interessi legittimi, si è ad esempio escluso il potere istruttorio d'ufficio da parte del giudice, per la prova di fatti che rientrano nella disponibilità della parte, quale è la prova della qualità di erede ai fini della legittimazione ad agire: il principio dispositivo puro deve trovare integrale applicazione qualora non ricorra quella disuguaglianza di posizioni tra amministrazione e privato, che giustifica in generale l'applicazione, nel processo amministrativo, del principio dispositivo con metodo acquisitivo.

La Sezione ha aggiunto che il potere istruttorio attribuito al giudice d'appello non può essere esercitato per sanare preclusioni e decadenze già verificatesi in primo grado ed imputabili alla parte; è, invece, esercitabile se la lacuna istruttorie è imputabile ad un'omissione del giudice di primo grado.

Ha chiarito la Sezione che il potere del giudice di appello di acquisire d'ufficio nuove prove, che ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, è da ritenere esercitabile non sempre e comunque, ma solo se le prove non potevano oggettivamente essere prodotte in primo grado: perché la parte non ne aveva la disponibilità, o perché l'esigenza istruttorie è sorta solo in appello.

Il potere del giudice di appello di acquisire d'ufficio nuove prove, che ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, non è esercitabile quando la lacuna istruttorie è interamente imputabile alla parte, poiché in ossequio al principio dispositivo (anche con metodo acquisitivo), il potere istruttorio d'ufficio del giudice amministrativo può essere esercitato a soccorso della parte che non ha la disponibilità delle prove, ma non a supplenza della parte che, pur avendo la disponibilità delle prove, non le abbia prodotte e non adduca giustificazioni per la sua omissione.

Se la lacuna istruttorie è imputabile ad un'omissione del giudice di primo grado, è invece ammissibile l'integrazione istruttorie in appello.

47.13. Cessazione materia del contendere.

La sez. VI, con sentenza 11 ottobre 2021, n. 6824 ha affermato che la cessazione della materia del contendere postula la realizzazione piena dell'interesse sostanziale sotteso alla proposizione dell'azione giudiziaria, permettendo al ricorrente in primo grado di ottenere il bene della vita agognato, sì da rendere inutile la prosecuzione del processo; l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse risulta, invece, riscontrabile qualora sopravvenga un assetto di interesse ostativo alla realizzazione dell'interesse sostanziale sotteso al ricorso, anche in tale caso rendendo inutile la prosecuzione del giudizio - anziché per l'ottenimento - per l'impossibilità sopravvenuta del conseguimento del bene della vita ambito dal ricorrente.

47.14. Eccezioni in rito.

- Eccezione sollevata dalla parte per la prima volta nelle note di udienza.

La sez. IV, con sentenza 19 luglio 2021, n. 5404 ha affermato che lo speciale rito di cui all'art. 4, d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla l. 25 giugno 2020, n. 70, qualora non sia chiesta la discussione orale in collegamento da remoto, e le parti si avvalgano della facoltà di depositare note scritte di udienza, in queste ultime non possono essere sollevate eccezioni nuove, neanche afferenti a questioni di inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione; ove intenda comunque rilevare d'ufficio tali questioni, il giudice è tenuto a sollecitare su di esse il contraddittorio tra le parti, non potendo la speciale disciplina in questione prestarsi a interpretazioni o prassi applicative inidonee ad assicurare la piena ed effettiva applicazione dei principi costituzionali del c.d. giusto processo.

Ha chiarito la Sezione che agli scritti depositati in prossimità dell'udienza non va attribuito il significato non di nuovi scritti difensivi bensì, di trascrizione di quanto altrimenti la parte avrebbe dedotto in udienza o in camera di consiglio.

Ove non sia chiesta la discussione orale del ricorso, alle quali le parti hanno rinunciato, il mezzo utilizzato per introdurre la divisata eccezione si tradurrebbe in un surrettizio strumento di elusione del contraddittorio sul punto controverso, atteso che sulla questione nuova non è stato possibile replicare nelle ordinarie forme. L'eccezione sollevata nelle note di udienza è inammissibile perché costituisce una novità introdotta per la prima volta alla vigilia dell'udienza di discussione, come tale inutilizzabile in quanto introdotta per la prima volta con mere note di udienza; per l'altro, ove ne avesse ravvisata la rilevanza ai fini della decisione (come poi accaduto in concreto), avrebbe dovuto procedere ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., sostanziandosi essa in una questione rilevata *ex officio*.

- Difetto di giurisdizione.

In ordine alla possibilità di sollevare, in appello, l'eccezione di difetto di giurisdizione l'Adunanza plenaria, con sentenza 29 novembre 2021, n. 19 ha dichiarato l'inammissibilità della stessa chiarendo che il duplice fondamento dell'inammissibilità della questione di giurisdizione proposta in appello mediante (auto)eccezione del ricorrente soccombente in primo grado, trova ulteriore base giuridica nell'esistenza di un rimedio tipico per dirimere in via definitiva ed immodificabile i dubbi sulla giurisdizione, e cioè il regolamento preventivo di giurisdizione davanti alle Sezioni unite della Cassazione, ai sensi dell'art. 41 cod. proc. civ., che, secondo la giurisprudenza di quest'ultima, può essere proposto anche dall'attore a fronte dell'altrui contestazione (in questo senso, di recente: Cass. civ., sez. un., ordinanza, 22 aprile 2021, n. 10742; id. 5 novembre 2019, n. 28331). Il mancato utilizzo dello strumento processuale appositamente previsto per risolvere la questione pregiudiziale di giurisdizione prima che la causa "sia decisa nel merito in primo grado" (così l'art. 41, comma 1, cod. proc. civ.) rende pertanto palese la strumentalità della sua riproposizione in appello da parte di colui che avrebbe potuto

farlo già in primo grado e che su tale questione non abbia nondimeno riportato alcuna soccombenza.

L'ordinanza di rimessione si è domandata se la questione di giurisdizione possa essere affrontata "anche in caso di una declaratoria d'inammissibilità".

Ad avviso della Adunanza plenaria In linea di principio la risposta è negativa, dal momento che l'art. 276, comma 2, cod. proc. civ., richiamato dall'art. 76, comma 4, c.p.a., prevede che il collegio giudicante "decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa". L'avverbio di modo "gradatamente" richiama l'ordine logico-giuridico secondo cui le questioni sono poste, tale per cui, una volta definita una questione avente carattere risolutivo del giudizio, il collegio è spogliato del potere di decidere. La motivazione della sentenza dovrebbe quindi costituire l'espressione del giudizio formulato in camera di consiglio secondo le modalità indicate dalle disposizioni processuali sopra richiamate. Nondimeno la prassi, formata in assenza di divieti sul punto, registra motivazioni di sentenze che, pur definendo questioni pregiudiziali risolutive, scendono anche nell'esame del merito, quando vi sia convergenza rispetto alla decisione assunta sulla questione pregiudiziale, e dunque in funzione rafforzativa di quest'ultima.

Peraltro, l'inammissibilità non sarebbe certamente d'ostacolo ad esaminare la questione nella presente sede nomofilattica, che il codice del processo amministrativo ha rafforzato con l'art. 99, comma 5, il quale prevede che l'Adunanza plenaria se reputa la questione "di particolare importanza (...) può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge".

47.15. Avviso del Collegio ex art. 73, comma 3, c.p.a..

- Motivo nuovo proposto per la prima volta in appello.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 16 giugno 2021, n. 534 ha affermato che per rilevare d'ufficio l'inammissibilità di un motivo nuovo perché proposto per la prima volta in appello, non occorre dare alle parti l'avviso di cui all'art. 73 c.p.a. per le questioni rilevate d'ufficio.

Ha chiarito il C.g.a. che lo scopo dell'art. 73 c.p.a. è di evitare le c.d. decisioni "a sorpresa" con esiti processuali non prevedibili per le parti perché relativi a questioni giuridiche dalle parti non prese in considerazione. Non si ricade in tale ipotesi quando la parte, assistita dal medesimo difensore sia in primo grado che in appello, modifica in appello la materia del contendere del giudizio di primo grado in senso additivo, con l'aggiunta di questioni mai sollevate in prime cure e che esulano dalla critica alla sentenza gravata. In tal caso la parte non può non essere consapevole della propria scelta processuale e delle conseguenze giuridiche della stessa, né può ritenersi "colta di sorpresa" dalla declaratoria di inammissibilità, essendo piuttosto essa parte a porre in essere un atto processuale "a sorpresa" che, sotto veste di riproposizione dei motivi del primo grado e di critica alla sentenza, introduce senza avviso esplicito al giudice e alle altre parti censure nuove mai esposte in prime cure. A fronte di una consapevole scelta pro-

cessuale della parte, ragioni di economia processuale impongono di applicare le conseguenze processuali discendenti direttamente dalla legge, e conoscibili dalla parte, senza necessità di attivare il contraddittorio.

- *Riqualificazione in senso ampliativo di una eccezione di parte da parte del Collegio.*

Con sentenza 19 marzo 2021, n. 215 il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana ha affermato che sussiste l'onere di dare avviso alle parti ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a. laddove il Giudice proceda ad una riqualificazione in senso ampliativo di una eccezione di parte limitata ad un segmento della causa ed in virtù di ciò dichiarare inammissibile il ricorso di primo grado.

Ha ricordato il C.g.a. che anche il potere riqualificativo può non essere illimitato atteso che la qualificazione degli atti amministrativi impugnati costituisce un potere ufficioso che il giudice amministrativo può esercitare senza essere vincolato né dell'intitolazione dell'atto, né tanto meno delle deduzioni delle parti in causa, sempreché ciò non si traduca in una sentenza a sorpresa ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., ovvero fondata su questioni non oggetto del contraddittorio tra le parti medesime (Cons.Stato, sez. V, 5 giugno 2018, n. 3387).

Anche le decisioni della Adunanza Plenaria nn. 10 ed 11 del 30 luglio 2018, quanto all'esegesi dell'art. 105 c.p.a., hanno rilevato che "l'erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso di primo grado non costituisce, di per sé, un caso di annullamento con rinvio, in quanto la chiusura in rito del processo, per quanto erronea, non determina, la lesione del diritto di difesa, né tanto meno un caso di nullità della sentenza o di rifiuto di giurisdizione": ciò però, soltanto laddove "la questione pregiudiziale sia stato oggetto di dibattito processuale".

Una volta che la *ratio* della prescrizione sia rinvenuta nella esigenza di evitare la "sorpresa processuale" in danno di una o di tutte le parti processuali, è evidente che la violazione sottesa alla prescrizione di cui all'art. 73, comma 3, c.p.a., cessa di essere valutabile soltanto sotto il profilo oggettivo, e nella esegesi della fattispecie vanno tenute presenti, anche, le condizioni soggettive delle parti processuali.

La valutazione, quindi, deve di necessità avere un respiro diacronico, essendo ben plausibile che scelte giudiziali idonee, in teoria, ad inverare la fattispecie possano non divenirlo in concreto (ad esempio perché, una parte processuale particolarmente diligente si sia data carico di esaminare un certo argomento, sebbene non emergente, fino a quel momento dal contraddittorio processuale, né sottopostogli *motu proprio* dal Giudice che lo ha poi fatto proprio) e che, al contrario, possa darsi il caso di una tematica, in teoria appartenente al contraddittorio processuale, ma che in concreto ne sia rimasta avulsa (si immagini l'ipotesi di una problematica in rito, in teoria facilmente individuabile, sulla quale tutte le parti processuali si siano pronunciate nel senso di escluderne il rilievo, e della quale in sentenza il Giudice abbia affermato la rilevanza).

In simile quadro, la retta interpretazione del disposto in esame, dovrebbe seguire canoni prudenziali, tenendo presente che il rispetto della regola di cui all'art. 73, comma 3, c.p.a. invero e contribuisce a rendere effettivo il diritto di difesa.

Trasponendo le considerazioni prima sommariamente rassegnate al caso in esame, ritiene il Collegio che la decisione appellata sia viziata, posto che: a) l'eccezione di carenza di legittimazione non venne mai sollevata, sotto il profilo generale, dall'amministrazione odierna appellata; b) di più: come efficacemente dimostra l'Associazione odierna appellante, quest'ultima non poteva neppure aspettarsi che l'Amministrazione sollevasse siffatta problematica, in quanto l'Associazione era stata espressamente riconosciuta portatrice di interesse rilevante in fase infraprocedimentale; c) l'eccezione di carenza di legittimazione venne sollevata invece dall'amministrazione in riferimento ad un preciso segmento del processo di primo grado (incidente di esecuzione sull'ordinanza cautelare) e limitatamente ad un angolo prospettico specifico dei profili che venivano in quella sede in esame; d) l'aver ritenuto da parte del primo Giudice sussistente una inammissibilità preclusiva della proponibilità del ricorso di primo grado e dei motivi aggiunti di primo grado, esubera e travalica la portata dell'eccezione suddetta, sino a potersi considerare un vero e proprio rilievo ex officio: quest'ultimo, in quanto non preceduto dalla sottoposizione della detta tematica alle parti processuali inverte la violazione del disposto di cui all'art. 73, comma 3, c.p.a..

47.16. Rimessione di questioni alla Corte di Giustizia.

La sez. VI, con ordinanza 23 novembre 2021, n. 7839 ha affermato che soltanto qualora il giudice nazionale concluda per l'assenza di elementi atti a far sorgere un dubbio ragionevole quanto all'interpretazione corretta del diritto dell'Unione, esso potrà astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto dell'Unione e risolverla sotto la propria responsabilità, dovendo l'art. 267 Tfeue deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno deve adempiere il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad esso, a meno che constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi.

Ha chiarito la Sezione che con la sentenza del 6 ottobre 2021, nella causa C – 561/19, la Corte di Giustizia, pronunciando a definizione di una distinta causa pregiudiziale, ha precisato le condizioni che devono sussistere perché, ai sensi dell'art. 267 Tfeue, il giudice nazionale di ultima istanza possa risolvere la controversia interna senza investire la Corte di Giustizia della soluzione di quesiti pregiudiziali relativi alla corretta interpretazione del diritto unionale.

In particolare, secondo quanto rilevato dalla Corte, il giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno, quando è chiamato a pronunciarsi su una questione d'interpretazione del diritto dell'Unione, può essere esonerato dall'obbligo di rinvio ai sensi dell'art. 267, terzo comma, Tfeue solo quando abbia constatato che la questione sollevata non è rilevante, o che la disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della

Corte, oppure che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi.

In primo luogo, la questione pregiudiziale afferente alla corretta interpretazione del diritto unionale deve ritenersi irrilevante nel caso in cui la sua soluzione, qualunque essa sia, non possa in alcun modo influire sull'esito della controversia (punto 34 sentenza cit.).

In secondo luogo, la questione pregiudiziale può ritenersi già oggetto di interpretazione da parte della Corte qualora sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale o nell'ambito del medesimo procedimento nazionale ovvero qualora una giurisprudenza consolidata della Corte risolva il punto di diritto di cui trattasi, quale che sia la natura dei procedimenti che hanno dato luogo a tale giurisprudenza, anche in mancanza di una stretta identità delle questioni controverse (punto 36 sentenza cit.); trattasi di circostanze idonee ad escludere l'obbligo di rinvio pregiudiziale, ma tali da non impedire al giudice nazionale di esercitare comunque la facoltà di adire la Corte qualora ritenuto opportuno. In terzo luogo, l'interpretazione corretta del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi qualora il giudice nazionale maturi il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe altresì ai giudici di ultima istanza degli altri Stati membri e alla Corte (punto 40 sentenza cit.).

Avuto riguardo a tale ultima condizione (di esonero dall'obbligo di rinvio pregiudiziale *ex art. 267 Tfeue*), la Corte di Giustizia ha precisato che il giudice nazionale: a) deve svolgere le proprie valutazioni in funzione delle caratteristiche proprie del diritto dell'Unione, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze giurisprudenziali in seno all'Unione; b) deve tener conto del fatto che le disposizioni del diritto dell'Unione sono redatte in diverse lingue e che le varie versioni linguistiche fanno fede nella stessa misura, con la conseguenza che una delle versioni linguistiche di una disposizione del diritto dell'Unione non potrebbe essere l'unico elemento a sostegno dell'interpretazione della disposizione medesima, né potrebbe attribuirsi ad essa un carattere prioritario rispetto alle altre versioni linguistiche, dovendo le norme dell'Unione essere interpretate ed applicate in modo uniforme, alla luce delle versioni vigenti in tutte le lingue dell'Unione; c) deve tenere conto della circostanza per cui il diritto dell'Unione impiega una terminologia che gli è propria e nozioni autonome che non presentano necessariamente lo stesso contenuto delle nozioni equivalenti che possono esistere nei diritti nazionali; d) deve pure considerare che ciascuna disposizione unionale deve essere collocata nel suo contesto e interpretata alla luce dell'insieme delle disposizioni di tale diritto, delle sue finalità e dello stadio della sua evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione in parola.

La Corte di Giustizia, per quanto di più interesse ai fini della causa nazionale ha, inoltre, evidenziato che: a) il giudice nazionale non può essere tenuto ad effettuare un esame di ciascuna delle versioni linguistiche della disposizione dell'Unione di cui trattasi, dovendo prendere in considerazione le divergenze tra le versioni linguistiche della disposizione esaminata di cui sia a conoscenza, segnatamente quando tali divergenze sono dedotte

dalle parti e risultano comprovate; b) non può essere sufficiente per considerare che sussista un dubbio ragionevole quanto all'interpretazione corretta del diritto unionale la mera possibilità di effettuare una o diverse altre letture di una disposizione sovranazionale, nei limiti in cui nessuna di queste altre letture appaia sufficientemente plausibile al giudice nazionale interessato, segnatamente alla luce del contesto e della finalità di detta disposizione, nonché del sistema normativo in cui essa si inserisce; c) quando l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali divergenti – in seno agli organi giurisdizionali di un medesimo Stato membro o tra organi giurisdizionali di Stati membri diversi – relativi all'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione applicabile alla controversia di cui al procedimento principale è portata a conoscenza del giudice nazionale di ultima istanza, esso deve prestare particolare attenzione nella sua valutazione riguardo a un'eventuale assenza di ragionevole dubbio quanto all'interpretazione corretta della disposizione dell'Unione di cui trattasi e tenere conto, segnatamente, dell'obiettivo perseguito dalla procedura pregiudiziale che è quello di assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione.

In applicazione di tali criteri interpretativi, soltanto qualora il giudice nazionale concluda per l'assenza di elementi atti a far sorgere un dubbio ragionevole quanto all'interpretazione corretta del diritto dell'Unione, esso potrà astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto dell'Unione e risolverla sotto la propria responsabilità.

La Corte di Giustizia ha, in conclusione, chiarito che l'art. 267 Tfeue deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno deve adempiere il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad esso, a meno che constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi. La configurabilità di siffatta eventualità deve essere valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto dell'Unione, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze giurisprudenziali in seno all'Unione. Tale giudice non può essere esonerato da detto obbligo per il solo motivo che ha già adito la Corte in via pregiudiziale nell'ambito del medesimo procedimento nazionale. Tuttavia, esso può astenersi dal sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte per motivi d'irricevibilità inerenti al procedimento dinanzi a detto giudice, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività.

Sui presupposti per un secondo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Ue dopo un primo rinvio pregiudiziale nella medesima causa il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 28 ottobre 2021, n. 972 ha affermato che il giudice nazionale può astenersi dal sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte per motivi d'irricevibilità stabiliti dal diritto processuale nazionale purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività. Il processo amministrativo è la sede per la soluzione di

questioni di diritto non meramente astratte, ma che debbano avere rilevanza nel caso concreto. Questa è anche la preconditione per poter sollevare una questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia, la quale dichiara irricevibili, senza scendere al merito, le questioni di astratto diritto la cui soluzione non è rilevante per i fatti di causa.

Quanto al nuovo rinvio, la Corte di Giustizia, con la sentenza 6 ottobre 2021, C-561/19 ha statuito che “il giudice nazionale non può essere esonerato dall’obbligo di rinvio pregiudiziale per il solo motivo che ha già adito la Corte in via pregiudiziale nell’ambito del medesimo procedimento nazionale. Tuttavia, esso può astenersi dal sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte per motivi d’irricevibilità stabiliti dal diritto processuale nazionale purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività. Il principio di equivalenza richiede che la complessiva disciplina dei ricorsi si applichi indistintamente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto dell’Unione e a quelli simili fondati sulla violazione del diritto interno. Quanto al principio di effettività, le norme processuali nazionali non devono essere tali da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione”.

E nel caso specifico, ad esonerare il giudice nazionale da un nuovo rinvio pregiudiziale, ricorre proprio una ragione di irricevibilità stabilita dal diritto nazionale e rispettosa dei principi di equivalenza e di effettività: in quanto il processo si è svolto per due gradi di giudizio sulla base di dedotte e non contestate circostanze fattuali, e segnatamente l’essere un accreditamento da parte di un organismo avente sede fuori dall’Unione europea, mentre solo in vista della discussione finale della causa la parte ha irricevibilmente sottoposto una questione di astratto diritto del tutto diversa e svincolata dai fatti di causa, e cioè la possibilità per un operatore economico stabilito in un dato Stato membro, di conseguire l’accreditamento da parte di un Organismo avente sede in uno Stato Ue diverso da quello di stabilimento.

In termini più generali, la consolidata giurisprudenza della Corte giust. comm. Ue richiede, ai fini dell’affermazione dell’obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale di ultima istanza, che la questione comunitaria debba essere rilevante per la decisione della causa.

La sez. IV, con sentenza 14 settembre 2021, n. 6290 ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue le questioni: a) se la corretta interpretazione dell’art. 267 Tfu imponga al giudice nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, di operare il rinvio pregiudiziale su una questione di interpretazione del diritto unionale rilevante nell’ambito della controversia principale, anche qualora possa escludersi un dubbio interpretativo sul significato da attribuire alla pertinente disposizione europea - tenuto conto della terminologia e del significato propri del diritto unionale attribuibili alle parole componenti la relativa disposizione, del contesto normativo europeo in cui la stessa è inserita e degli obiettivi di tutela sottesi alla sua previsione, considerando lo stadio di evoluzione del diritto europeo al momento in cui va data applicazione alla disposizione rilevante nell’ambito del giudizio nazionale – ma non sia possibile provare in maniera circostanziata, sotto un profilo soggettivo, avuto riguardo

alla condotta di altri organi giurisdizionali, che l'interpretazione fornita dal giudice precedente sia la stessa di quella suscettibile di essere data dai giudici degli altri Stati membri e dalla Corte di Giustizia ove investiti di identica questione; b) se – per salvaguardare i valori costituzionali ed europei della indipendenza del giudice e della ragionevole durata dei processi – sia possibile interpretare l'art. 267 Tfu, nel senso di escludere che il giudice supremo nazionale, che abbia preso in esame e riaccolto la richiesta di rinvio pregiudiziale di interpretazione del diritto della Unione europea, sia sottoposto automaticamente, ovvero a discrezione della sola parte che propone l'azione, ad un procedimento per responsabilità civile e disciplinare.

Consiglio di Stato, giudice di ultima istanza nell'ambito dell'ordinamento processuale italiano, è chiamato a pronunciare su una controversia nazionale in cui vengono dedotte alcune questioni di interpretazione e di corretta applicazione di disposizioni e principi unionali.

Con particolare riferimento al caso sottoposto all'esame del Collegio per statuire sul primo e sul terzo motivo del ricorso di primo grado (riproposti in appello al punto I e II) sarebbe necessario ricostruire il quadro normativo espresso dalle direttive 2008/18/CE e 2006/123/CE, nonché applicare i principi di libera concorrenza, libera circolazione dei servizi, proporzionalità e non discriminazione, in maniera da verificare se le misure adottate dal legislatore nazionale, con cui sono state fissate condizioni alla gestione in regime di deposito fiscale di prodotti energetici in sospensione di accisa, abbiano una base normativa, siano proporzionate e non determinino una irragionevole discriminazione tra operatori di piccole, medie e grandi dimensioni, riferite al fatturato o ad altri parametri e una irragionevole restrizione dell'offerta.

In coerenza con quanto di recente osservato dal Consiglio di Stato (sez. VI, n. 5588 del 2020) si evidenzia come vengano sollevate questioni interpretative nell'ambito di una causa principale nazionale in cui si controverte della disciplina normativa di regolazione, interpretazione e attuazione adottata dalle Autorità nazionali (altresi) in applicazione di disposizioni interne di recepimento del diritto europeo, fra l'altro, riguardanti l'intero territorio nazionale e applicate anche a trasferimenti di prodotti energetici in regime sospensivo verso Paesi dell'Unione europea.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza del 6 ottobre 1982, Cilfit, in causa C 283/81, ha precisato che, al fine di evitare che in un qualsiasi Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme del diritto dell'Unione, qualora non sia previsto alcun ricorso giurisdizionale avverso la decisione di un giudice nazionale, quest'ultimo è, in linea di principio, tenuto a rivolgersi alla Corte ai sensi dell'art. 267, terzo comma, Tfu quando è chiamato a pronunciarsi su una questione d'interpretazione del diritto europeo.

L'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267 Tfu, gravante sul giudice di ultima istanza, rientra, infatti, nell'ambito della cooperazione istituita al fine di garantire la corretta applicazione e l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri, fra i giudici nazionali, in quanto incaricati dell'applicazione del diritto

dell'Unione, e la Corte (Corte di Giustizia, sentenza del 15 marzo 2017, in causa C-3/16, Aquino, punto 32).

La violazione di tale obbligo è idonea a configurare un inadempimento dello Stato membro, la cui responsabilità può essere affermata a prescindere dalla natura dell'organo statale che abbia dato luogo alla trasgressione, quindi, anche se si tratti di un'istituzione costituzionalmente indipendente, qual è il giudice nazionale (Corte di Giustizia, sentenza del 4 ottobre 2018, in causa C-416/17, Commissione c. Repubblica francese, punto 107).

Gli organi giurisdizionali non sono, invece, tenuti a disporre il rinvio pregiudiziale qualora constataino che la questione sollevata non sia rilevante o che la disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi sia già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto dell'Unione si imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi.

Con riferimento a tale ultima condizione, come indicato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Cilfit* cit., occorrerebbe accertare che “la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata. Prima di giungere a tale conclusione, il giudice nazionale deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte di Giustizia. Solo in presenza di tali condizioni il giudice nazionale può astenersi dal sottoporre la questione alla corte risolvendola sotto la propria responsabilità” (sentenza del 6 ottobre 1982, *Cilfit* e a., in causa 283/81, punto 16).

La configurabilità di una simile eventualità dovrebbe essere valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto dell'Unione e delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta, in maniera da evitare il rischio di divergenze giurisprudenziali all'interno dell'Unione.

In particolare, occorrerebbe: a) provvedere ad un raffronto tra le varie versioni linguistiche in cui la disposizione è stata redatta; b) anche nel caso di piena concordanza delle versioni linguistiche, considerare che il diritto europeo impiega una terminologia che gli è propria e che le nozioni giuridiche non presentano necessariamente lo stesso contenuto nel diritto unionale e nei vari diritti nazionali; c) collocare ogni disposizione di diritto europeo nel proprio contesto, interpretandola alla luce dell'insieme delle disposizioni componenti il diritto unionale, delle sue finalità e del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione rilevante nell'ambito del giudizio nazionale.

La giurisprudenza successiva ha confermato i principi espressi dalla sentenza *Cilfit* cit., ribadendo che, al fine di escludere ogni ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione di interpretazione del diritto unionale e, pertanto, al fine di escludere la necessità del rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 Tfu, “il giudice nazionale di ultima istanza deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte. Solo in presenza di tali condizioni, il giudice nazionale può astenersi dal sottoporre la questione alla Corte risolvendola sotto la propria

responsabilità” (Corte di Giustizia, sentenza del 28 luglio 2016, in causa C-379/15, Association France Nature Environnement, punto 48); con la precisazione, da un lato, che “il giudice nazionale, le cui decisioni non siano più soggette a ricorso giurisdizionale, è tenuto a rivolgersi alla Corte in via pregiudiziale in presenza del minimo dubbio riguardo all’interpretazione o alla corretta applicazione del diritto dell’Unione” (sentenza del 28 luglio 2016, in causa C-379/15, Association France Nature Environnement, punto 51); dall’altro, che “l’assenza di dubbi in tal senso necessita di prova circostanziata” (sentenza del 28 luglio 2016, in causa C-379/15, Association France Nature Environnement, punto 52).

Le condizioni poste da codesta Corte di Giustizia, per escludere l’obbligo di rinvio pregiudiziale gravante sul giudice di ultima istanza *ex art. 267 Tfu*, risultano: di difficile accertamento nella parte in cui fanno riferimento alla necessità che il giudice procedente, certo dell’interpretazione e dell’applicazione da dare al diritto unionale rilevante per la soluzione della controversia nazionale, provi in maniera circostanziata che la medesima evidenza si imponga anche presso i giudici degli altri Stati membri e la Corte; foriere di responsabilità civile per il giudice supremo nazionale italiano, in base alla norma sancita dall’art. 2, comma 3-*bis*, l. n. 117 del 1988 secondo cui “3-*bis*. Fermo restando il giudizio di responsabilità contabile di cui al d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639, ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell’Unione europea si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell’inescusabilità e della gravità dell’inosservanza. In caso di violazione manifesta del diritto dell’Unione europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell’obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell’articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, nonché del contrasto dell’atto o del provvedimento con l’interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell’Unione europea”. Di modo che - allo scopo di prevenire la proposizione dell’azione di risarcimento del danno (ma anche la certezza di essere coinvolti in un accertamento disciplinare ai sensi dell’art. 9, comma 1, l. n. 117 cit., pure dopo le precisazioni operate dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 169 del 2021) - il giudice nazionale è costretto a disporre un rinvio pregiudiziale pur che sia, allungando di molto i tempi di risoluzione della controversia, in violazione del principio costituzionale (art. 111, comma 2, Cost.) ed europeo (art. 47, comma 2, Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea), della ragionevole durata del processo.

La ricostruzione del significato precettivo da assegnare alle norme giuridiche, siano esse di fonte sovranazionale o nazionale, per propria natura, è esposta alla soggettività dell’attività interpretativa, che, per quanto possa essere limitata, non risulta in radice eliminabile; sicché appare arduo, se non impossibile, escludere nel caso concreto ogni “minimo dubbio” (sentenza del 28 luglio 2016, in causa C-379/15, Association France Nature Environnement, punto 51), in ordine all’eventualità che altro giudice nazionale appar-

tenente ad uno Stato membro o la stessa Corte di Giustizia decida la medesima questione pregiudiziale in maniera, anche soltanto in parte, divergente da quanto ritenuto dal giudice nazionale procedente.

La prova circostanziata di una tale evidenza si tradurrebbe, in particolare, in una *probatio diabolica*, con la conseguenza che il giudice nazionale di ultima istanza sarebbe costretto al rinvio pregiudiziale *ex art. 267 Tfu*, ogniquale volta la questione interpretativa posta nel giudizio nazionale, rilevante ai fini della soluzione della controversia, non sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale.

Al fine di evitare il rischio di inadempimento dello Stato membro di appartenenza (foriero, altresì, di responsabilità risarcitoria, come ritenuto da codesta Corte, *ex aliis*, con sentenza del 30 settembre 2003, in causa C 224/01, Köbler e del 13 giugno 2006, in causa C-173/03, Traghetti del Mediterraneo), il giudice nazionale di ultima istanza, riscontrando l'assenza di precedenti afferenti ad identica questione decisa da codesta Corte di giustizia, sarebbe, infatti, indotto al rinvio pregiudiziale, anche ove non ritenesse dubbia la soluzione da fornire alla questione pregiudiziale unionale, alla luce del tenore letterale delle pertinenti disposizioni europee rilevanti nel caso concreto, del loro contesto e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui fanno parte, come ricostruibili sulla base dei principi generali di diritto espressi dal diritto primario e interpretati da codesta Corte di giustizia.

In ciò si rileva un'altra incongruità del sistema euro nazionale: infatti, pure in presenza di una attività eseguita motivatamente svolta dal giudice nazionale (come nel caso di specie), quest'ultimo può essere attinto dalla minaccia della sanzione risarcitoria e disciplinare per gli esiti (non graditi) della interpretazione, con una evidente lesione del valore della indipendenza della magistratura, elemento costitutivo della declamata *rule of law*.

In maniera da assicurare una concreta possibilità di applicazione delle condizioni enunciate da codesta Corte di Giustizia come deroga all'obbligo di rinvio pregiudiziale *ex art. 274 Tfu*, nella parte in cui si riferiscono all'evidenza nella corretta applicazione del diritto europeo "tale da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata", occorre, quindi, un chiarimento da parte di codesta Corte di giustizia, richiesto nell'ambito della stretta cooperazione tra la Corte e i giudici degli Stati membri alla base del procedimento pregiudiziale (cfr. punto 2 raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale - 2018/C 257/01).

47.17. Riassunzione del giudizio.

Con ordinanza 25 novembre 2021, n. 7901 la sez. VI ha affermato che la mancata riassunzione del giudizio nei termini previsti dall'art. 80 c.p.a., a seguito del deposito di una sentenza della Corte di Giustizia, comporta la perenzione del ricorso e l'estinzione del giudizio nel caso in cui l'udienza non sia stata già fissata d'ufficio.

Ha chiarito la Sezione che l'art. 80, comma 1, c.p.a., indica le parti come soggetti tenuti alla prosecuzione del giudizio.

Ad avviso del giudice di appello (Cons. Stato, sez. IV, n. 1681 del 2021) di fronte alla oggettiva ripresa del giudizio a seguito dell'esercizio di poteri officiosi di fissazione, nessuna funzione utile avrebbe potuto sortire un'eventuale attività compiuta dalla parte, essendosi già interamente realizzato *in rerum natura* l'evento (ossia, la prosecuzione del giudizio) in funzione del quale l'art. 80, comma 1, c.p.a. pone anche a carico delle parti processuali la responsabilità dell'ordinata e sollecita gestione del processo.

Secondo l'esegesi sposata nella sentenza in questione la parte è onerata della presentazione dell'istanza di fissazione udienza, e nel caso in cui si ritenga che la stessa sia condizione di procedibilità dell'appello, qualora vi sia fissazione d'ufficio, sarà sempre possibile chiedere l'errore scusabile (in fondo concedibile perché il principio di strumentalità delle forme scusa la parte a fronte di un'attività intrapresa dal giudice *ex officio* che la induce a ritenersi esonerata dall'onere).

Una simile conclusione non viene raggiunta e non si potrebbe raggiungere nel caso in cui l'udienza non fosse fissata d'ufficio e ciò in quanto diversamente opinando, in caso di mancata fissazione d'ufficio dell'udienza il Giudice non potrebbe giammai decretarne l'estinzione per inattività delle parti, in base al combinato disposto di cui agli artt. 35 e 85 c.p.a.

47.18. Effetti dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 10 novembre 2021, n. 994 ha affermato che è possibile graduare l'efficacia delle decisioni giurisdizionali di annullamento di un atto amministrativo.

Ha chiarito la giurisprudenza (Cons. Stato n. 2755 del 2011) che: se di regola, in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa, l'accoglimento della azione di annullamento comporta l'annullamento con effetti *ex tunc* del provvedimento risultato illegittimo, con salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa, tuttavia, quando l'applicazione di tale principio risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale, la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato a seconda delle circostanze deve trovare una deroga, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti, o con la loro decorrenza *ex nunc* ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi; la legislazione ordinaria non preclude al giudice amministrativo l'esercizio del potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento; dagli artt. 121 e 122 c.p.a. emerge che la rilevata fondatezza di un ricorso d'annullamento può comportare l'esercizio di un potere valutativo del giudice, sulla determinazione dei concreti effetti della propria pronuncia, potere che va riconosciuto al giudice amministrativo in termini generali, quando si tratti di determinare la perduranza o meno degli effetti di un provvedimento; il giudice amministrativo, nel determinare gli effetti delle proprie statuizioni, deve ispirarsi al criterio per cui esse, anche le più innovative, devono produrre conseguenze coerenti con il sistema e congruenti; la giurisprudenza comunitaria ha da tempo affermato che il principio dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l'annullamento di un atto (sia esso parziale o totale)

abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato (Corte giust. comm. ue 5 giugno 1973, causa C-81/72; id. 25 febbraio 1999, in C-164/97 e 165/97); tale giurisprudenza ha poi trovato un fondamento testuale nel secondo comma dell'art. 264 (*ex art.* 231) del Trattato di Lisbona sul funzionamento della Unione Europea, che non contiene più il riferimento delimitativo alla categoria dei regolamenti.

Sulla questione è intervenuta l'Adunanza Plenaria che, con decisione n. 13 del 22 dicembre 2017, ha affermato come la deroga alla retroattività trovi fondamento, più che nel principio di effettività della tutela giurisdizionale, nel principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa.

Da tali orientamenti emerge quindi la possibilità, ormai riconosciuta, di modulare sul piano temporale gli effetti della decisione giurisdizionale (cfr. anche Corte giust. comm. ue C-41/11).

Applicando tali principi emerge, anzitutto, che la opzione di attribuire al giudicato l'efficacia conformativa solo per il futuro prescinde da un criterio di meritevolezza o meno dell'operato dell'Amministrazione (sebbene non possa negarsi l'obiettivo incertezza circa la portata delle disposizioni a tutela della concorrenza alla stregua della giurisprudenza dell'epoca, tale da aver determinato lo stesso Giudice di primo grado ad adottare statuizioni di segno opposto) e rende irrilevante il riferimento alla data di deposito della decisione appellata piuttosto che alla diversa data, antecedente, di notificazione del ricorso.

Infatti, ciò che il Giudice deve tenere in conto è l'esistenza o meno di "ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa (Ad. plen., n. 13 del 2017)", che nel caso in questione non può essere negata.

47.19. Spese di giudizio.

La sez. IV, con sentenza 19 febbraio 2021, n. 1495 ha affermato che il regolamento delle spese di lite, come noto oggetto di lata discrezionalità giudiziale, attiene soltanto al costo per la difesa tecnica, ma non rileva ai fini della ripartizione dell'onere tributario connesso con l'instaurazione del giudizio, viceversa posto dalla legge senz'altro a carico del soccombente; tale principio, affermato per il contributo unificato dall'art. 13, comma 6-*bis* 1, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, introdotto dall'art. 2, comma 35-*bis*, lett. e), d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, è applicabile, a fortiori, anche alla ripartizione dell'onere economico dell'imposta di registro: invero, se il contributo unificato è dovuto per l'instaurazione di un giudizio, l'imposta di registro sottopone ad imposizione l'atto che definisce il giudizio stesso.

La Sezione ha ricordato la disciplina prevista, nel processo amministrativo, per l'affine materia del contributo unificato. In particolare, l'art. 13, comma 6-*bis* 1, d.P.R. n. 115

del 2002, introdotto dall'art. 2, comma 35-*bis*, lett. e), d.l. n. 138 del 2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148 del 2011, secondo cui "l'onere relativo al pagamento [del contributo unificato nel processo amministrativo] è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente, anche nel caso di compensazione giudiziale delle spese e anche se essa non si è costituita in giudizio", veicola il principio generale secondo cui il soggetto vittorioso all'esito di un giudizio amministrativo non può in alcun caso, neppure in ipotesi di compensazione delle spese, sopportare il costo tributario connesso con il radicamento dell'azione processuale, pena la vanificazione ab interno dei principi di cui agli articoli 24 e 113 Cost. (Cass., sez. VI, ordinanza 12 dicembre 2017, n. 29679; Cons. Stato, sez. III, 10 ottobre 2016, n. 4167; id. 13 marzo 2014, n. 1160).

Nel processo amministrativo, quindi, il regolamento delle spese di lite, come noto oggetto di lata discrezionalità giudiziale, attiene soltanto al costo per la difesa tecnica, ma non rileva ai fini della ripartizione dell'onere tributario connesso con l'instaurazione del giudizio, viceversa posto dalla legge senz'altro a carico del soccombente.

Ai fini in commento, la nozione di soccombenza ha schietta natura sostanziale ed identifica il soggetto che, all'esito della complessiva vicenda processuale, abbia visto rigettate le proprie prospettazioni difensive.

Ad avviso della Sezione i principi stabiliti dalla legge per il contributo unificato possano essere applicati, a fortiori, anche alla ripartizione dell'onere economico dell'imposta di registro: invero, se il contributo unificato è dovuto per l'instaurazione di un giudizio, l'imposta di registro sottopone ad imposizione l'atto che definisce il giudizio stesso. Emerge, dunque, un'*eadem ratio* sostanziale, teleologica e pure logico-sistematica, posto che, se il soggetto vittorioso non può, per legge, sopportare le spese connesse con l'instaurazione del giudizio, non può a maggior ragione essere gravato da quelle afferenti alla registrazione della pronuncia giurisdizionale che ne ha dichiarato fondate le ragioni. In chiave processuale, ciò comporta che la ripartizione del peso dell'imposta di registro è anch'essa un effetto della sentenza e, come tale, rientra nell'ambito del giudizio di ottemperanza.

Si ponga mente, del resto, al criterio della pienezza ed effettività della tutela stabilito dall'art. 1 c.p.a., disposizione non a caso posta in apertura del codice e che non solo guida l'interpretazione delle relative disposizioni, ma, più in generale, ne lumeggia la *ratio legis* di fondo.

Per di più, a fianco di tali pur dirimenti considerazioni, vi è un non meno rilevante profilo processuale da considerare: il principio della concentrazione delle tutele, corollario applicativo dell'art. 24 Cost., impone di interpretare le disposizioni processuali in maniera tale che le giurisdizioni risultino al servizio del cittadino, non viceversa.

Come noto, nel nostro ordinamento i plessi giurisdizionali sono plurimi e tra loro distinti al precipuo fine di apprestare, nel complesso, la migliore tutela possibile delle varie posizioni giuridiche soggettive dei consociati.

L'unità funzionale (o, se si preferisce, teleologica) della giurisdizione si realizza pienamente proprio mediante un'opportuna esegesi delle disposizioni processuali, tale da

consentire la più sollecita evasione delle istanze di giustizia dei cittadini, *scilicet* compatibilmente con la preservazione delle ragioni di fondo (anch'esse di valenza costituzionale) che presiedono alla distinzione ordinamentale delle varie giurisdizioni.

In questa prospettiva assiologica, non deve farsi luogo ad una scissione di un contenzioso fra diversi plessi giurisdizionali, ove non ricorrano effettive ed apprezzabili ragioni d'ordine sostanziale.

Nella specie, la rimessione della questione ad un successivo giudizio di regresso avanti il giudice ordinario non aggiungerebbe nulla dal punto di vista sostanziale, ma, al contrario, si tradurrebbe in un mero aggravio degli oneri formali (*recte*, processuali) necessari per ottenere la doverosa tutela giurisdizionale, in violazione dello spirito sotteso all'art. 24 Cost.

47.20. Appello.

- *Decisioni appellabili.*

La sentenza 25 febbraio 2021, n. 144 del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana ha chiarito che l'ordinanza con cui il giudice *a quo* motiva la rilevanza e la non manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale rimettendo al giudice delle leggi non è impugnabile.

Ha affermato il C.g.a. che ai sensi dell'art. 79, comma 3, c.p.a. sono appellabili solo le ordinanze di sospensione del processo rese ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ., ossia le ordinanze di sospensione propria, e non anche le ordinanze di sospensione impropria, cui è da ascrivere una ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale. Ai sensi dell'art. 79, comma 3, c.p.a. le ordinanze di sospensione del processo emesse ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ. sono appellabili con rito camerale. La norma si riferisce ai soli casi di sospensione ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ. ed è ritenuta di stretta interpretazione. L'appellabilità dell'ordinanza di sospensione del processo non si estende, pertanto, ai casi di sospensione prevista dalla legge nei casi di incidente costituzionale o comunitario, e, in generale, ai casi di c.d. sospensione "impropria" non rientranti nell'art. 295 cod. proc. civ..

La Cassazione ha ritenuto che la sospensione del processo la quale consegue, secondo quanto previsto dall'art. 23, comma 2, l. n. 87 del 1953, dalla rimessione al giudice delle leggi di una questione di legittimità costituzionale all'esito della pronuncia di rilevanza e di non manifesta infondatezza di siffatta questione, se per un verso si palesa "necessaria" derivando indefettibilmente dai suddetti apprezzamenti del giudice *a quo*, per altro verso risulta del tutto estranea alla previsione dell'art. 295 cod. proc. civ.. Pertanto è inammissibile l'impugnazione di ordinanza di sospensione del processo per pregiudiziale costituzionale (Cass. civ., sez. un., 31 maggio 1984, n. 3317; id. 11 dicembre 2007, n. 25837; id., sez. I, 22 giugno 2001, n. 8514; id. 15 novembre 2007, n. 23632). Anche il Consiglio di Stato ha osservato che all'ordinanza con cui il giudice *a quo* motiva la rilevanza e la non manifesta infondatezza della ipotesi di illegittimità di norma che egli è chiamato ad applicare, non può riconnettersi altro effetto che quello endoprocessuale

di attivare l'incidente di costituzionalità, sicché si tratta di un provvedimento strumentale ed ordinatorio, privo di carattere decisorio e, pertanto, non impugnabile neanche quando si ponga in discussione il potere stesso di quel giudice di disporre la remissione di detta questione alla Corte costituzionale (Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2019, n. 8204). In via di mera ipotesi astratta, l'appello anche delle ordinanze di sospensione del processo diverse da quelle *ex art.* 295 cod. proc. civ. potrebbe ammettersi in casi - tanto di scuola quanto di rarissima evenienza pratica - di abnormità delle stesse, ossia di ordinanze di sospensione del tutto al di fuori degli ordinari canoni di rilevanza per il processo in corso, frutto di travisamento dei fatti e delle norme, che quindi palesemente determinano una inutile stasi del giudizio.

Con decreto 25 gennaio 2021, n. 61 il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana ha affermato che l'appello avverso il decreto monocratico cautelare adottato dal Presidente del Tribunale amministrativo regionale deve ritenersi, di norma, inammissibile sia per ragioni testuali legate alla lettera della legge che per ragioni sistematiche, in quanto né previsto, né configurabile, in via distinta ed autonoma, ai sensi dell'art. 56 c.p.a., e altresì prevedendo il Codice di rito l'appellabilità delle sentenze e delle ordinanze (artt. 62 e 100 c.p.a.) e non anche dei decreti; conseguentemente, la questione di revisione e/o riforma del decreto va trattata - salvo casi del tutto eccezionali di provvedimento che abbia solo veste formale di decreto ma contenuto sostanziale decisorio - nel medesimo grado della misura stessa, o con lo stesso mezzo o in occasione della conseguente camera di consiglio, la cui ordinanza cautelare potrà semmai a letterale tenore dell'art. 62 c.p.a. formare oggetto di appello cautelare.

Ha chiarito il C.g.a. che le ipotesi di provvedimenti monocratici impugnabili aventi solo veste formale di decreto o "decreti meramente apparenti" si configurano esclusivamente nel caso in cui la decisione monocratica in primo grado non abbia affatto carattere provvisorio ed interinale ma definisca o rischi di definire in via irreversibile la materia del contendere, come negli eccezionali casi di un decreto cui non segua affatto una camera di consiglio o in cui la fissazione della camera di consiglio avvenga con una tempistica talmente irragionevole da togliere ogni utilità alla pronuncia collegiale con incidenza sul merito del giudizio con un pregiudizio irreversibile (di talché residuino al limite questioni risarcitorie) dovendo in tali casi intervenire il giudice di appello per restaurare la corretta dialettica fra funzione monocratica e funzione collegiale in primo grado.

Ha aggiunto il C.g.a. che siffatta definizione irreversibile della res controversa con decreto monocratico deve comportare un danno irreparabile a diritti fondamentali della persona umana, danno che non discende *ex se* dalla sola circostanza che il provvedimento impugnato esaurisca i propri effetti prima della camera di consiglio collegiale in primo grado, e che pertanto in sede collegiale non sia più conseguibile una tutela in forma specifica mediante la rimozione del provvedimento contestato che ha respinto la domanda di sospensione.

- *Divieto dei nova in appello.*

La sez. IV, con sentenza 15 giugno 2021, n. 4639 ha affermato che nelle controversie aventi ad oggetto rapporti di credito, la mancata contestazione, in primo grado, di fatti specifici da parte della amministrazione intimata comporta l'impossibilità di alterare il *thema probandum* in appello, a fronte del contrasto con il divieto dei nova sancito dall'art. 104, comma 2, c.p.a. e con la ratio del principio di non contestazione di cui all'art. 64, comma 3, c.p.a., in particolare allorquando non si dimostri che tale necessità discenda da causa non imputabile alla parte appellante e non si verta nell'ambito di un giudizio impugnatorio, cui anche in appello è applicabile la regola stabilita dall'art. 46, comma 2, c.p.a..

Ha chiarito la Sezione che in relazione all'oggetto non impugnatorio del giudizio, che concerne la condanna alla restituzione di una somma di denaro versata a titolo di contributo di costruzione, non sono applicabili gli artt. 46, comma 2, e 65, comma 3, c.p.a., disposizioni che impongono all'amministrazione ed al giudice – esclusivamente nell'ambito del giudizio impugnatorio, stante il chiaro tenore letterale delle norme - di acquisire anche in secondo grado il provvedimento contestato e i correlati documenti ritenuti utili ai fini della decisione del gravame (Cons. Stato, sez. IV, n. 8297 del 2020; n. 3844 del 2020).

In ogni caso, il potere istruttorio attribuito al giudice d'appello, non può essere esercitato per sanare preclusioni e decadenze già verificatesi in primo grado poiché si tratterebbe della produzione non di nuove prove, bensì di prove dalle quali la parte è decaduta (Cons. Stato, sez. IV, n. 3150 del 2021).

- *Intervento per la prima volta nel giudizio di appello.*

Con sentenza 20 dicembre 2021, n. 8425 la sez. IV ha affermato che al fine di valutare la legittimazione di un dato soggetto a proporre intervento per la prima volta nel giudizio di appello, occorre avere riguardo alla posizione che quel soggetto avrebbe assunto se avesse proposto l'intervento stesso in primo grado; pertanto, rispetto all'appello proposto dall'Amministrazione o dal controinteressato, l'intervento in appello incontra gli stessi limiti di un intervento *ad adiuvandum* del ricorrente proposto nel primo grado di giudizio, presupponendo la titolarità di una posizione giuridica dipendente e accessoria rispetto a quella dedotta dal ricorrente, e non di una posizione autonoma: in quest'ultimo caso infatti l'interessato avrebbe dovuto impugnare il provvedimento ritenuto lesivo con un ricorso autonomo, e se non lo ha proposto nel relativo termine di decadenza, non ne può eludere l'inosservanza con un intervento *ad opponendum* stesso proposto in un momento successivo.

Ha ricordato la sezione che per valutare la legittimazione di un dato soggetto a proporre intervento per la prima volta nel giudizio di appello occorre avere riguardo alla posizione che quel soggetto avrebbe assunto se avesse proposto l'intervento stesso in primo grado. Di conseguenza, rispetto all'appello proposto dall'Amministrazione, ovvero come in questo caso dal controinteressato, l'intervento in appello incontra gli stessi limiti di un intervento *ad adiuvandum* del ricorrente proposto nel primo grado di giudizio.

Un intervento in primo grado di questo tipo presuppone poi, come è noto, la titolarità di una posizione giuridica dipendente e accessoria rispetto a quella dedotta dal ricorrente, e non una posizione autonoma. L'interveniente *ad adiuvandum* titolare di posizione autonoma avrebbe infatti dovuto impugnare il provvedimento ritenuto lesivo con un ricorso autonomo, e se non lo ha proposto nel relativo termine di decadenza, non ne può eludere l'inosservanza con l'intervento stesso proposto in un momento successivo. Lo stesso principio vale per l'intervento *ad opponendum* nel secondo grado di giudizio rispetto all'appello dell'Amministrazione o del controinteressato, intervento che corrisponde appunto al non consentito intervento *ad adiuvandum* in primo grado per il soggetto titolare di posizione autonoma (Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2021, n. 1230; 14 dicembre 2016, n. 5268).

47.21. Opposizione di terzo.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana ha affermato (sentenza 2 luglio 2021, n. 639) che sia che l'opposizione di terzo segua cronologicamente all'appello, sia che lo preceda, una volta che c'è l'appello, l'opposizione del terzo deve confluire nel giudizio di appello, e si converte in atto di intervento in appello.

Legittima questa conclusione un dato letterale.

Nello stesso art. 109, comma 2, c.p.a. laddove afferma che "se l'opposizione di terzo è già stata proposta al giudice di primo grado" (evidenza del presente redattore), questo la dichiara improcedibile e assegna un termine all'opponente per l'intervento in appello. Quel "già stata proposta" consente di rimandare non solo e non tanto al caso del terzo che sbagliando fa opposizione di terzo al giudice a quo, mentre già pende un altrui appello, ma anche e soprattutto al caso di una opposizione di terzo correttamente proposta al giudice a quo, alla quale tuttavia segue un altrui appello. In entrambi i casi, il processo contro la sentenza deve essere unico, e tutte le impugnazioni devono confluire in una stessa e unica sede. Il legislatore opta per il primato dell'appello.

Nel caso oggetto della presente disamina se il terzo avesse fatto opposizione davanti al Tar, siccome è sopraggiunto l'appello incidentale dell'Autorità portuale (incidentale solo per un caso cronologico, ossia perché successivo all'appello principale, se non ci fosse stato il quale, l'Autorità avrebbe fatto appello principale), comunque l'opposizione sarebbe stata dichiarata improcedibile e il terzo doveva intervenire in appello, cioè nell'ambito di questo procedimento.

47.22. Revocazione.

- *Limiti dei motivi deducibili nella fase rescissoria del giudizio di revocazione.*

La sez. IV, con sentenza 10 settembre 2021, n. 6242 ha affermato che una volta individuate le parti della sentenza da rescindersi in quanto viziate dall'errore-vizio, il successivo giudizio rescissorio, riguardante la modificazione nel merito della detta sentenza, deve avere per oggetto solo le parti di essa che sono state rescisse e quelle che ne dipendono.

Ha ricordato la Sezione che l'art. 106 c.p.a. richiama espressamente gli artt. 395 e 396 cod. proc. civ. (ossia le norme che regolano i casi di revocazione); più in generale, l'art. 39 c.p.a. fa rinvio esterno alle disposizioni del codice di procedura civile per quanto non espressamente disciplinato dal codice di rito amministrativo e nei limiti della clausola generale di compatibilità, ovvero nei limiti in cui le norme del codice di rito civile siano espressive di principi generali del processo.

Uno dei principi cardine delle impugnazioni in generale e, quindi, anche della revocazione in particolare, è quello secondo il quale una volta individuate le parti della sentenza da rescindersi in quanto viziate dall'errore-vizio, il successivo giudizio rescissorio, riguardante la modificazione nel merito della detta sentenza, deve avere per oggetto solo le parti di essa che sono state rescisse e quelle che ne dipendono.

Nella logica sistematica del rimedio, la rinnovazione del giudizio è, essa stessa, attribuzione di un bene della vita.

Il giudizio è "nuovo" o "rinnovato" nel senso che non rappresenta la mera correzione del singolo elemento facente parte dell'originaria concatenazione logico-giuridica di cui era composta la motivazione, ma determina il rinnovo dell'intero percorso decisionale, emendato del vizio che lo ha falsato.

Il nuovo giudizio deve necessariamente riguardare tutte le parti della sentenza che sono dipendenti, sul piano logico-giuridico, da quella direttamente incisa dalla causa di revocazione.

La rinnovazione non si trasforma in un terzo (e inammissibile) giudizio di merito sulla vicenda, perché il rimedio ha "resciso" non solo la pronuncia nella sua realtà fenomenica formale (il titolo), ma anche (*rectius*, ancor prima) il giudizio assunto, cioè la decisione del caso concreto, sia nella parte formalmente inficiata dalla causa di revocazione (e ciò è evidente), sia nelle parti che direttamente dipendono da essa. E ciò costituisce il logico e necessario corollario del naturale dispiegarsi, nuovamente, del percorso argomentativo che porterà alla soluzione del caso, questa volta epurato dal vizio.

Il vizio, in altri termini, è vizio della decisione e del suo (complessivo) percorso motivazionale, non già del singolo elemento facente parte della concatenazione logico-giuridica immaginata dal giudice. Se così non fosse, l'effettività del rimedio ne uscirebbe sconfitta, non riuscendo a garantire, al ricorrente vittorioso, l'integrità *ex novo* del giudizio.

Muove in questa direzione anche la logica di sistema.

Il legislatore ha appositamente previsto, nell'ambito del codice di procedura civile, tre specifiche disposizioni, e precisamente gli artt. 329, secondo comma, e 336, primo e secondo comma, cod. proc. civ., finalizzate ad assicurare la razionalità della decisione e dunque, in ultima analisi, dell'ordinamento, impedendo che quest'ultimo entri in contraddizione logica con se stesso.

È, questa, una necessità tanto sentita dall'ordinamento da essere comparata, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, con gli altri fondamentali e concorrenti principi della necessità che si arrivi alla formazione del giudicato (art. 329, secondo comma, cod. proc. civ.) e del raggiungimento della stabilità e della certezza dei titoli (art. 336, primo

comma, cod. proc. civ.) o dell'esecuzione di essi (art. 336, secondo comma, cod. proc. civ.).

L'ordinamento, in altri termini, non tollera che questioni tra di loro dipendenti e avvinte sul piano logico-giuridico possano, per effetto di un mero accidente (la mancata impugnazione di un capo, la riforma o la cassazione di un solo capo o di una sola parte della pronuncia), esprimere valori diversi e contrastanti nel sistema: a) l'art. 329, secondo comma, cod. proc. civ., espressivo del principio della domanda, prevede che in caso di impugnazione parziale possono passare in giudicato i capi di sentenza non espressamente gravati. La regola, tuttavia, incontra un temperamento (o comunque una vera e propria eccezione) per i capi di sentenza strettamente dipendenti da quelli gravati espressamente; b) l'art. 336, primo comma, cod. proc. civ., espressivo invece del principio del c.d. effetto espansivo interno, stabilisce che la riforma o la cassazione parziale della pronuncia abbia effetto anche sulle parti della sentenza dipendenti dalla parte riformata o cassata. c) l'art. 336, secondo comma, cod. proc. civ., espressivo infine del principio del c.d. effetto espansivo esterno, prevede che la riforma o la cassazione della pronuncia estenda i suoi effetti anche ai provvedimenti e agli atti esecutivi dipendenti dalla sentenza riformata o cassata.

- Inosservanza del giudice di secondo grado del principio di diritto dell'Adunanza plenaria.

La sez. IV, con sentenza 18 marzo 2021, n. 2342 ha affermato che l'eventuale inosservanza da parte di una Sezione del Consiglio di Stato del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria non può mai costituire motivo di revocazione della sentenza.

Ha chiarito la Sezione che tale inosservanza non può mai costituire motivo di revocazione della sentenza, non comportando né contrasto fra giudicati, allorché – come di norma avviene – il giudicato formatosi sulla decisione dell'Adunanza plenaria non sia stato reso fra le stesse parti della sentenza in cui si denuncia l'inosservanza, né errore di fatto revocatorio, trattandosi al più di errore di diritto per violazione dell'art. 99, comma 3, c.p.a. sotto il profilo della contestualizzazione e sussunzione del principio di diritto. Né a diverse soluzioni può pervenirsi in ragione della ritenuta assenza di rimedi processuali alla predetta inosservanza, dal momento che le ipotesi di revocazione previste dall'art. 395 cod.proc.civ., richiamate dall'art. 106 c.p.a., hanno infatti carattere tassativo, eccezionale e derogatorio (rispetto alla regola della intangibilità del giudicato), e pertanto non ammettono interpretazione estensiva né applicazione analogica.

La stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 2 del 2018), ha chiarito che un principio di diritto espresso ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a. non vale a configurare un contrasto di giudicati e quindi non può costituire parametro di riferimento nemmeno ai sensi dell'ulteriore ipotesi di revocazione prevista dall'art. 395, n. 5), cod.proc.civ.. Ciò in quanto “L'attività di contestualizzazione e di sussunzione del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a. in relazione alle peculiarità del caso concreto spetta alla Sezione cui è rimessa la decisione del ricorso”. Sicché, a maggior ragione, la stessa conclusione vale in tutti gli altri giudizi nei quali venga prospettata l'applicazione del medesimo principio di diritto.

Anche in precedenza, la giurisprudenza di questo Consiglio, a fronte di istanze di revocazione analoghe a quella in esame, ha sottolineato che non è possibile “forzare” il disposto dell’art. 395 cod. proc. civ. per dare una sanzione processuale ad un precetto per il quale tale sanzione non è stata prevista dal legislatore (Cons. Stato, sez. III, n. 4185 del 2014). Si tratta infatti, a ben vedere, non di un “vuoto di tutela da censurare” quanto dell’individuazione di “un ragionevole punto di equilibrio tra la ricerca di una maggiore uniformità interpretativa in funzione della certezza del diritto e la libertà e l’indipendenza, anche interna, del giudice” (Cons. Stato, sez. III, n. 4185 del 2014). Conseguentemente, si tratta di un vizio e assimilato a un qualsiasi errore di diritto non denunciabile col ricorso per revoca.

- Modifica, da parte del giudice, della qualificazione del ricorso per revocazione da straordinaria in ordinaria.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 5 marzo 2021, n. 192 ha affermato che nel caso in cui il giudice modifichi la qualificazione del ricorso per revocazione da straordinaria in ordinaria, trovano applicazione i diversi e più brevi termini entro cui può essere proposto il rimedio revocatorio ordinario e i casi in cui lo stesso è proponibile.

Il C.g.a. ha chiarito che mutandosi la qualificazione della revocazione da straordinaria in ordinaria, devono applicarsi i diversi e più brevi termini entro cui può essere proposto il rimedio revocatorio ordinario e i casi in cui lo stesso è proponibile.

È pacifico che ex art. 92 c.p.a. il termine per proporre la revocazione ordinaria è di sessanta giorni decorrenti dalla notifica della sentenza ovvero di sei mesi dal deposito della sentenza non notificata. Nel caso che ci occupa, al momento della notificazione del ricorso per revocazione, i termini massimi per proporre la revocazione ordinaria della sentenza di quo erano ampiamente superati.

In secondo luogo, ai sensi dell’art. 106, comma 3, c.p.a., “contro le sentenze dei tribunali amministrativi regionali la revocazione è ammessa se i motivi non possono essere dedotti con l’appello”. La previsione va interpretata nel senso che contro le sentenze dei Tar è ammesso solo il rimedio della revocazione straordinaria, e non anche quello della revocazione ordinaria. Infatti, dato che i termini della revocazione ordinaria sono identici ai termini dell’appello, i vizi di revocazione ordinaria delle sentenze dei Tar si convertono in motivi di appello e si fanno valere con il rimedio dell’appello. Quindi, l’impedimento “oggettivo” a proporre appello, ricorre solo nel caso di revocazione straordinaria, e non può logicamente ricorrere in caso di revocazione ordinaria.

Non può invece condividersi una diversa esegesi dell’art. 106, comma 3 c.p.a., secondo cui la revocazione ordinaria di una sentenza del Tar sarebbe ammissibile in caso di impedimento “soggettivo” a proporre appello. Infatti, chi è parte del giudizio di primo grado, ancorché parte non costituita, può sempre proporre l’appello. Chi non è parte, si avvale del diverso rimedio dell’opposizione di terzo. Dunque l’art. 106, comma 3, c.p.a. fa riferimento solo ad un “impedimento oggettivo” a proporre appello, che a sua volta ricorre nel solo caso di revocazione straordinaria, e non ad un impedimento soggettivo.

47.23. Giudizio di ottemperanza.

- Divieto di proporre azioni esecutive contro gli enti del Servizio sanitario nazionale fino al 31 dicembre 2021.

Con sentenza 19 aprile 2021, n. 338 il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana ha affermato che 117, comma 4, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 – secondo cui nel periodo di emergenza Covid-19 nei confronti degli enti del Servizio sanitario nazionale di cui all'art. 19, d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, non possono essere intraprese o proseguite azioni esecutive - deve essere interpretato nel senso che impedisca solo temporalmente la prosecuzione delle azioni esecutive, non in via definitiva.

Ha ricordato la Sezione che il Tar Reggio Calabria, con ordinanza 31 marzo 2021, n. 228 ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 117, comma 4, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, per violazione degli artt. 24, commi 1 e 2, 111, comma 2, e 3, Cost., nella parte in cui ha imposto, per fronteggiare la situazione di emergenza sanitaria da Covid-19, il divieto di proporre contro gli enti del Servizio sanitario nazionale azioni esecutive, tra cui l'azione di ottemperanza di cui agli artt. 112 e segg. c.p.a., prorogando, per continuare a rispondere al bisogno emergenziale, l'iniziale termine del 31 dicembre 2020 al 31 dicembre 2021 senza considerare, a favore del creditore, paralleli meccanismi di tutela per equivalente.

Ha chiarito il C.g.a. che nel periodo dell'emergenza, il cui termine è attualmente indicato nel 31 dicembre 2021, non possano essere intraprese o proseguite azioni esecutive (è l'espressione "proseguite" che determina l'applicabilità della disposizione, dal punto di vista temporale, al presente giudizio, atteso che il ricorso introduttivo è stato notificato e depositato nel luglio 2019, in un momento antecedente rispetto all'entrata in vigore della richiamata normativa) e che i pignoramenti e le pignorazioni a debito effettuati prima dell'entrata in vigore del decreto legge non producano effetti fino al 31 dicembre 2021.

Nella categoria delle azioni esecutive, alle quali è riferita la disposizione contenuta introdotta nell'art. 117 comma 4, d.l. n. 34 del 2020, è annoverabile il giudizio di ottemperanza in quanto volto a rendere effettiva (concretamente fruibile) la tutela accordata con la pronuncia di cognizione.

Specie in relazione alle pronunce del giudice civile, come il decreto ingiuntivo non opo-
posto di cui alla presente controversia, le cui statuizioni di condanna sono generalmente contenute nel dispositivo in modo puntuale, l'impostazione tradizionale riconosce infatti al giudizio di ottemperanza natura prevalentemente di esecuzione, e solo in minima parte di cognizione (per residui spazi, quali domande accessorie o sopravvenienze).

La stessa lettera dell'art. 112 c.p.a. rimanda alternativamente all'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionale e alla loro attuazione, essendo questa la finalità del rimedio giurisdizionale, indipendentemente dal fatto che, specie in relazione alle pronunce del giudice amministrativo, il giudice dell'ottemperanza si serva anche di poteri cognitori.

Con specifico riferimento al caso di specie, inoltre, la Corte costituzionale, allorché ha giudicato la costituzionalità di una norma analoga a quella de quo, ha espressamente

affermato che la modifica normativa che ha espressamente ricompreso fra le azioni esecutive il giudizio di ottemperanza stata introdotta “solo a chiarire il contenuto della norma (cioè ad annoverare, così come peraltro generalmente riconosciuto, il giudizio amministrativo di ottemperanza fra le azioni esecutive)” (Corte cost. 12 luglio 2013, n. 186). Ne deriva che la norma di cui all’art. 117, comma 4, d.l. n. 34 del 2020 è applicabile al giudizio di ottemperanza.

La Sezione ha, pertanto, ritenuto che l’art. 117, comma 4, d.l. n. 34 del 2020 deve essere interpretato nel senso che impedisca solo temporalmente la prosecuzione delle azioni esecutive, non in via definitiva, così non determinando l’improcedibilità del ricorso per ottemperanza (invece dichiarata con la pronuncia gravata).

Ciò in quanto: la finalità della norma è quella di far fronte alle esigenze della situazione emergenziale e di assicurare, in particolare, la liquidità necessaria a onorare i debiti sorti per tale finalità; il circoscritto periodo temporale che connota la misura è necessariamente legato a esigenze transitorie che, nel caso di specie, soggiacciono all’andamento della pandemia, evento la cui eccezionalità nella storia contemporanea è difficilmente rinvenibile in altro accadimento, e richiama la rilevanza del termine finale; l’espresso riferimento all’emergenza e alla finalità di assicurare liquidità è contabilmente da collegare a esigenze di cassa, nel caso di specie sopravvenute e (si assume temporalmente prevalenti) rispetto alla programmazione di bilancio; rispetto a quest’ultima, che rispecchia (anche) gli impegni e le obbligazioni già assunti dall’Amministrazione, non viene prescritto alcunché.

- *Nomina del Commissario ad acta e poteri residui dell’Amministrazione.*

Con sentenza 25 maggio 2021, n. 8 l’Adunanza plenaria (alla quale la questione era stata rimessa dalla sez. IV con ordinanza 10 novembre 2020, n. 6925) ha affermato che gli atti emanati dall’amministrazione, pur in presenza della nomina e dell’insediamento del Commissario *ad acta*, non possono essere considerati affetti da nullità, poiché essi sono adottati da un soggetto nella pienezza dei propri poteri, a nulla rilevando a tal fine la nomina o l’insediamento del commissario medesimo; tali atti potranno essere, ricorrendone le condizioni, dichiarati nulli dal giudice per la diversa ipotesi di violazione o elusione del giudicato (art. 21-*septies*, l. n. 241 del 1990), ovvero annullati perché ritenuti illegittimi all’esito di domanda di annullamento in un ordinario giudizio di cognizione, ma non possono in ogni caso essere considerati emanati in difetto assoluto di attribuzione e, per questa ragione, ritenuti affetti da nullità; b) il Commissario *ad acta* nominato dal giudice potrà esercitare il proprio potere fintanto che l’amministrazione non abbia eventualmente provveduto; qualora persista il dubbio del commissario in ordine all’esaurimento del proprio potere per intervenuta attuazione della decisione (poiché, ad esempio, questa è reputata dal commissario parziale o incompleta), lo stesso potrà rivolgersi al giudice che lo ha nominato, ai sensi dell’art. 114, comma 7, c.p.a.; c) gli atti emanati dal commissario *ad acta*, non essendo espressione di potere amministrativo, non sono annullabili dall’amministrazione in esercizio del proprio potere di autotutela; qua-

lora l'amministrazione intenda dolersi di tali atti (ritenendoli illegittimi ovvero non coerenti con il comando contenuto nella decisione del giudice), potrà esclusivamente rivolgersi al giudice dell'ottemperanza, ai sensi dell'art. 114, comma 6, c.p.a., ovvero al giudice del silenzio, ai sensi dell'art. 117, comma 4, c.p.a.; d) qualora il Commissario *ad acta* adotti atti dopo che l'amministrazione abbia già provveduto a dare attuazione alla decisione, gli stessi sono da considerarsi inefficaci e, ove necessario, la loro rimozione può essere richiesta da chi vi abbia interesse al giudice dell'ottemperanza o del giudizio sul silenzio; allo stesso modo deve concludersi per la speculare ipotesi di atti adottati dall'amministrazione dopo che il commissario abbia provveduto.

Ha chiarito l'Alto Consesso che l'amministrazione, che è risultata soccombente in sede giurisdizionale, non perda il proprio potere di provvedere, pur in presenza della nomina e dell'insediamento di un Commissario *ad acta* al quale è conferito il potere di provvedere per il caso di sua inerzia nell'ottemperanza al giudicato (ovvero nell'adempimento di quanto nascente da sentenza provvisoriamente esecutiva ovvero da ordinanza cautelare), e fino a quando lo stesso non abbia provveduto.

Fino a tale momento, si verifica, dunque, una situazione di esercizio concorrente del potere da parte dell'amministrazione, che ne è titolare *ex lege*, e da parte del Commissario, che, per ordine del giudice, deve provvedere in sua vece.

Anche l'Adunanza Plenaria, con decisione 14 luglio 1978, n. 23 - precisato che il giudizio di ottemperanza risponde all'esigenza "del completamento della tutela giurisdizionale nella fase esecutiva della decisione" - afferma che con tale giudizio "il giudice amministrativo si sostituisce all'amministrazione inadempiente ponendo in essere l'attività che questa avrebbe dovuto compiere per realizzare concretamente gli effetti scaturenti dalla sentenza da eseguire, conformando la realtà alle relative statuizioni".

In definitiva, può affermarsi che il commissario *ad acta* è, sul piano della qualificazione soggettiva, ausiliario del giudice e ritrae i propri poteri dall'atto di nomina al fine di rendere effettiva la tutela giurisdizionale, adeguando la realtà giuridica e fattuale al comando contenuto nella pronuncia. Tale comando costituisce il contenuto ed il limite del potere del Commissario *ad acta*, che ad esso (solo ad esso e nei limiti di quanto prescritto) deve dare attuazione.

Sul piano oggettivo dell'attività concretamente posta in essere, esso agisce in virtù di un potere, normativamente previsto, fondato sull'esigenza dell'attuazione delle decisioni giurisdizionali in quanto funzionali a rendere concreta ed effettiva della tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive. Ciò comporta che la fonte del potere del Commissario *ad acta* è riconducibile, quanto all'investitura, all'atto di nomina e, quanto al contenuto, alla sentenza (o comunque al provvedimento giurisdizionale della cui esecuzione si tratta).

In conclusione, non può essere riconosciuta al commissario *ad acta*, nemmeno in via "aggiuntiva", la natura di organo straordinario dell'amministrazione (dovendosi, in tal senso, precisare quanto - peraltro incidentalmente - affermato da Cons. Stato, Ad. plen., 9 maggio 2019, n. 7, che riconosce invece al commissario una "duplice veste di ausiliario del giudice e di organo straordinario dell'amministrazione"), e ciò in quanto; per un

verso, la natura di ausiliario del giudice del Commissario *ad acta* è l'unica normativamente riconosciuta e definita; per altro verso, gli organi amministrativi, quanto alla loro esistenza, natura e competenza (poteri) sono istituiti dalla legge, mentre, diversamente opinando, ricorrerebbe in questo caso l'ipotesi di un organo amministrativo di fonte giurisdizionale; per altro verso ancora, il compito del Commissario *ad acta* non è quello di esercitare poteri amministrativi funzionalizzati alla cura dell'interesse pubblico, bensì quello di dare attuazione alla pronuncia del giudice, anche eventualmente attraverso l'esercizio di poteri amministrativi non esercitati, dei quali il comando contenuto in sentenza (o nell'ordinanza) costituisce il fondamento genetico e l'approdo funzionale; da ultimo, non è necessario ipotizzare la natura di organo straordinario dell'amministrazione per giustificare l'imputazione alla sua sfera giuridica degli effetti dell'*agire* del commissario, trovando questi fonte e giustificazione direttamente nel provvedimento giurisdizionale.

L'Adunanza plenaria ha poi richiamato la sentenza della sez. IV, 10 maggio 2011, n. 2764 che, con riferimento alla conservazione del potere in capo all'Amministrazione dopo la nomina del commissario *ad acta*, ha chiarito che la stessa non determina di per sé l'esaurimento della competenza della Pubblica amministrazione sostituita a provvedere all'ottemperanza al giudicato, in quanto il venir meno dell'inerzia della stessa Amministrazione, pur dopo la scadenza del termine assegnatole, rende priva di causa la nomina e la funzione del commissario, secondo i principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa, non smentiti dalla legge o dalla pronuncia del giudice dell'ottemperanza ed essendo indifferente per il privato che il giudicato sia eseguito dall'Amministrazione, piuttosto che dal commissario, perché l'attività di entrambi resta comunque egualmente soggetta al controllo del giudice (Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2008, n. 6585; id., sez. IV, 10 aprile 2006, n. 1947; id., sez. V, 3 febbraio 1999, n. 109).

Può ulteriormente aggiungersi che la duplice possibilità di ottenere l'ottemperanza alla decisione sia da parte dell'amministrazione, sia da parte del Commissario *ad acta*, rafforza la posizione della parte già vittoriosa in sede di cognizione.

E la concorrenza della competenza del Commissario *ad acta* e dell'amministrazione ha termine allorché uno dei due soggetti dà attuazione alla decisione del giudice.

Infine, chiarito il rapporto intercorrente tra commissario *ad acta* ed amministrazione soccombente, l'Adunanza plenaria ha ricordato che resta ovviamente fermo il potere della parte vittoriosa di rivolgersi al giudice per ogni doglianza o chiarimento nei confronti degli atti adottati.

- *Richiesta di nomina del Commissario ad acta da parte dell'Amministrazione tenuta ad eseguire il giudicato.*

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 14 luglio 2021, n. 707 ha affermato che l'esatta e completa esecuzione del provvedimento giurisdizionale regiodicato integra dovere primario dell'Amministrazione cui quest'ultima non può sottrarsi, con la conseguenza che l'Amministrazione resistente nel giudizio di

ottemperanza non può chiedere al Giudice competente *ex artt.* 112-114 c.p.a. la nomina del commissario *ad acta* che provveda in sua vece; peraltro, ove si consideri che, ai sensi della lett. d) dell'art. 114 c.p.a. (“ove occorra”) la nomina del commissario *ad acta*, sebbene prassi consolidata da sempre seguita, integra una semplice facoltà del Giudice (che potrebbe decidere in teoria di provvedere direttamente) l'istanza predetta è inaccoglibile anche in quanto collidente sotto il profilo sistematico con l'art. 34, comma 2, c.p.a..

Ha chiarito il C.g.a. che il commissario *ad acta* ha il compito di dare attuazione, in sostituzione dell'amministrazione inadempiente, al *decisum* contenuto in sentenza.

Quindi, la nomina è funzionale a remediare all'inadempienza dell'amministrazione, che non può scientemente sottrarsi ai propri obblighi, decidendo di non adempiere ed accollando tale compito ad un soggetto che rappresenta la *longa manus* del giudice, organo del giudizio di ottemperanza.

Il potere sostitutivo implica, infatti, la surroga *ex lege* dell'amministrazione inadempiente ad opera del commissario *ad acta*, il quale acquisisce la natura di organo straordinario della stessa amministrazione. Dunque, sarebbe priva di causa la nomina del Commissario in carenza di rituale richiesta da parte del soggetto interessato all'esecuzione della decisione, e tanto meno a seguito richiesta da parte dell'amministrazione che decida di non svolgere i propri compiti, in spregio ai principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa.

- Divieto di rilasciare, prima della registrazione, sentenze da utilizzare per proporre l'azione di ottemperanza innanzi al giudice amministrativo.

La sez. IV, con ordinanza 2 marzo 2021, n. 1765 ha giudicato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo dell'art. 66, comma 2, d.P.R. n. 131 del 1986 - in relazione agli artt. 3 e 24 Cost. - nella parte in cui non prevede che la disposizione di cui al comma 1 non si applica al rilascio dell'originale o della copia della sentenza o di altro provvedimento giurisdizionale, che debba essere utilizzato per proporre l'azione di ottemperanza innanzi al giudice amministrativo.

Ha ricordato la Sezione che l'art. 66, d.P.R.n. 131 del 1986, al comma 1 stabilisce il divieto per i cancellieri ed i segretari degli organi giurisdizionali di rilasciare originali, copie ed estratti degli atti soggetti a registrazione in termine fisso, da essi formati o autenticati, se non dopo la registrazione degli stessi, con relativo pagamento dell'imposta, prevedendo, al secondo comma, tassative eccezioni al divieto di rilascio di copia di atti, nelle more della registrazione.

A tali deroghe, previste dal legislatore, si sono aggiunte quelle rispettivamente introdotte: dalla sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2002, n. 522, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 66, d.lgs. n. 131 del 1986 “nella parte in cui non prevede che la disposizione di cui al comma 1 non si applica al rilascio dell'originale o della copia della sentenza o di altro provvedimento giurisdizionale, che debba essere utilizzato per procedere all'esecuzione forzata”; dalla sentenza della Corte costituzionale 10 giugno 2010, n. 198, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del medesimo art. 66 “nella parte in cui non prevede che la disposizione di cui al comma 1 non si applichi

al rilascio di copia dell'atto conclusivo (sentenza o verbale di conciliazione) della causa di opposizione allo stato passivo fallimentare, ai fini della variazione di quest'ultimo". La Sezione ha escluso di poter fare riferimento, *sic et simpliciter*, alla sentenza n. 522 del 2002 del giudice delle leggi, perché la stessa non ha i caratteri di una c.d. "additiva di principio" e non consente quindi al giudice comune di rimediare direttamente alle ulteriori lacune che gli vengano prospettate o che egli stesso individui, sia pure nel medesimo tessuto normativo già inciso dalle richiamate declaratorie di incostituzionalità.

In secondo luogo, l'azione di ottemperanza per conseguire l'attuazione delle sentenze dell'autorità giudiziaria ordinaria (ovvero degli altri provvedimenti ad esse equiparati) di condanna della p.a., al pagamento di una somma di denaro, non è un mero duplicato né comunque condivide la stessa natura dell'esecuzione forzata civile. Essa è infatti caratterizzata dall'esercizio di una giurisdizione estesa al merito, la quale consente di adeguare l'azione esecutiva alla situazione concreta e alla statuizione del giudice (Corte cost. n. 406 del 1998). Anche rispetto a questo tipo di pronunce, possono pertanto trovare applicazione le peculiarità funzionali del giudizio amministrativo, caratterizzate da potenzialità sostitutive e intromissive nell'azione amministrativa, non comparabili con i poteri del giudice dell'esecuzione nel processo civile (sentenza n. 406 del 1998, cit.). Vero è che le due tipologie di azioni convergono verso lo stesso fine di giustizia, sicché appare logico ritenere che anche l'azione di ottemperanza non possa essere condizionata dall'adempimento di un onere fiscale. Tuttavia all'integrazione di tale lacuna ordinamentale non è possibile procedere attraverso l'interpretazione analogica, in ragione del già evidenziato carattere derogatorio, rispetto alla disciplina generale, delle fattispecie regolate dal secondo comma dell'art. 66, d.P.R. n. 131 del 1986. Si rende pertanto necessaria, a giudizio della Sezione, una ulteriore sentenza additiva della Corte costituzionale, in ossequio al principio di certezza del diritto e con valenza *erga omnes*.

- *Decreto della Corte d'appello per indennizzo da eccessiva durata del processo.*

La sez. IV, con sentenza 16 febbraio 2021, n. 1423 ha affermato che a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 5-*sexies*, l. 24 marzo 2001, n. 89, introdotto dall'art. 1, comma 777, l. 28 dicembre 2015, n. 208, ai fini della proposizione del ricorso per l'ottemperanza di un decreto con cui la Corte d'appello abbia condannato la p.a. al pagamento di un indennizzo da eccessiva durata del processo non è più necessaria la previa notifica del titolo azionato presso la sede reale dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 14, comma 1, d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 febbraio 1997, n. 30.

Ha ricordato la Sezione che all'indomani della novella da ultimo richiamata, ci si è posti il problema del rapporto tra tale disposizione, nella parte in cui impone di rilasciare all'amministrazione debitrice una apposita "dichiarazione, ai sensi degli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, attestante la mancata riscossione di somme per il medesimo titolo, l'esercizio di azioni giudiziarie per lo stesso credito, l'ammontare degli importi che l'amministrazione

è ancora tenuta a corrispondere, la modalità di riscossione prescelta” (comma 1), assegnando all’amministrazione un termine di sei mesi per provvedere al pagamento (comma 5) e stabilendo che l’azione esecutiva può essere proposta solo dopo l’inutile decorso di tale termine (comma 7).

In particolare, ci si è chiesti se il termine semestrale introdotto dalla disposizione testé citata sia destinato a cumularsi con quello di 120 giorni già previsto dall’art. 14, d.l. n. 89 del 2001.

Su tale questione si è espressa la Corte costituzionale con la sentenza n. 135 del 26 giugno 2018 (richiamata anche dall’odierna appellante) con la quale, nel respingere le censure di incostituzionalità del nuovo art. 5-sexies della l. n. 89/2001 siccome introduttivo di ulteriori ostacoli all’esercizio del diritto di azione costituzionalmente tutelato ex art. 24 Cost., ha chiarito che, in considerazione della specialità della disciplina contenuta nella l. n. 89 del 2001, il termine di sei mesi stabilito dalla detta disposizione non si somma a quello di 120 giorni di cui all’art. 14, d.l. n. 669 del 1996, ma lo assorbe.

Nonostante la Corte non abbia espressamente preso posizione in tal senso, la rilevata “specialità” della disciplina contenuta nella l. n. 89 del 2001 non può non implicare che essa in parte qua escluda in toto l’applicazione del d.l. n. 669 del 1996, e che – pertanto – gli adempimenti di cui all’articolo 5-sexies esauriscano le incombenze a carico del creditore vittorioso in giudizio, escludendo la necessità di provvedere anche a quanto prescritto in via generale dall’art. 14, d.l. n. 669 del 1996.

Opinare diversamente, e quindi ritenere che l’interessato, dopo aver provveduto alla dichiarazione di cui all’art. 5-sexies in modo da far decorrere il relativo termine semestrale (ormai unico e onnicomprensivo termine dilatorio previsto a favore dell’Amministrazione, come chiaramente indicato dalla Corte costituzionale), debba anche assolvere all’obbligo di notificazione di cui al precitato art. 14, significa imporre al privato un ulteriore adempimento ingiustificato e sostanzialmente inutile, se si tiene conto: a) che ai fini della valida instaurazione del giudizio di ottemperanza, a differenza che nel processo di esecuzione in sede civile, non è prevista la notificazione del titolo azionato munito di formula esecutiva; b) che, ai sensi del comma 3 del medesimo art. 5-sexies, i Ministeri interessati hanno provveduto ad approvare appositi moduli da impiegare per la dichiarazione de qua, il cui invio all’Amministrazione debitrice assolve di fatto alla finalità di piena conoscenza del debito discendente dal *decisum* giudiziale cui è strumentale la notificazione presso la sede “reale” dell’Amministrazione prevista in via generale dall’art. 14, d.l. n. 669 del 1996.

47.24. Rito del silenzio.

La sez. IV, con sentenza 18 marzo 2021, n. 2335 ha affermato che gli atti del commissario *ad acta* nominato nello speciale rito avverso il silenzio della p.a. possono essere contestati dalle parti del giudizio solo dinanzi allo stesso giudice che ha nominato il commissario, attraverso lo strumento del reclamo di cui all’art. 114, comma 4, c.p.a.; non possono invece essere annullati in autotutela dall’Amministrazione.

Ha chiarito la Sezione che anche il commissario ad acta nominato nello speciale rito avverso il silenzio della p.a., ai sensi dell'art. 117, comma 3, c.p.a. così come quello nominato in sede di ottemperanza, è un ausiliario del giudice e non un organo straordinario dell'amministrazione. Pertanto, anche in tale ipotesi gli atti commissariali possono essere contestati dalle parti del giudizio solo dinanzi allo stesso giudice che ha nominato il commissario, attraverso lo strumento del reclamo di cui all'art. 114, comma 4, c.p.a., disposizione la cui applicazione, ancorché non espressamente richiamata, è implicita nel disposto del comma 4 del precitato art. 117 ("il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario"), chiaramente espressivo dell'intento del legislatore di concentrare in capo al giudice la cognizione di tutte le vicende conseguenti alla pronuncia avverso il silenzio-inadempimento, ivi incluso il sindacato sugli atti commissariali eventualmente emanati.

La Sezione ha invece escluso che gli atti adottati dal commissario *ad acta* nominato dal giudice in esito allo speciale giudizio avverso il silenzio-inadempimento della Pubblica amministrazione non possono essere rimossi in autotutela dall'amministrazione sostituita dal commissario. Dato decisivo al fine di dirimere la *res controversa* è costituito non dal tipo di attività (segnatamente, dall'ampiezza della valutazione discrezionale) che il commissario è chiamato a svolgere nel contesto del giudizio di ottemperanza e del giudizio avverso il silenzio-inadempimento, bensì dalla natura intrinseca degli atti commissariali, in quanto tali.

Questi, infatti, non sono geneticamente riconducibili all'ordinario esercizio della potestà amministrativa, ma, al contrario, conseguono proprio, a monte, al rilievo giurisdizionale di un illegittimo esercizio di tale potestà o di un'illegittima omissione di tale doveroso esercizio.

Ne consegue, in un sistema che costituzionalmente non tollera vuoti di tutela giurisdizionale, l'esigenza di una supplenza giudiziaria, veicolata tramite una specifica figura che, sostituendosi all'Amministrazione, emani, quale ausiliario del giudice e nell'esercizio, dunque, di un potere soggettivamente giurisdizionale, i necessari atti.

L'Amministrazione sostituita, pertanto, non viene indebitamente "espropriata" del potere di autotutela, che, nel caso degli atti commissariali, in radice non le compete, proprio perché il commissario non è un organo straordinario dell'Amministrazione, bensì un organo ausiliario del giudice. Di converso, l'Amministrazione non è privata della facoltà di contestare gli atti commissariali, potendo attivare l'apposito rimedio del reclamo.

47.25. Rito appalti.

- *Controinteressati nel rito appalti.*

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 31 marzo 2021, n. 276 ha affermato che prima della formale aggiudicazione della gara il primo graduato all'esito della procedura non riveste la qualifica di controinteressato, al quale il

ricorso deve essere notificato. Ha ricordato il C.g.a. che il concorrente primo in graduatoria, in assenza di un provvedimento di aggiudicazione, non rivestiva una posizione di controinteressato in senso tecnico.

Le gare di appalto, come tutte le procedure concorsuali, si caratterizzano per la loro articolazione in due fasi: la fase di ammissione alla procedura e la fase di svolgimento della gara vera e propria.

Nella fase di ammissione, il candidato è titolare di un interesse legittimo “strumentale” alla partecipazione, per cui vanta un interesse legittimo oppositivo alla esclusione, rispetto al quale non sussistono interessi qualificati di altri concorrenti a meno che non sia medio tempore intervenuta l’aggiudicazione in loro favore.

La fase di svolgimento della gara, invece, si contraddistingue per la scarsità dei beni della vita ai quali i concorrenti ammessi aspirano.

In particolare, nelle gare di appalto, il “bene della vita”, costituito dall’aggiudicazione, è unico, per cui, mentre nell’ammissione può essere eventualmente soddisfatto l’interesse legittimo “strumentale” di ogni candidato, in esito allo svolgimento della gara può essere soddisfatto uno e uno solo interesse legittimo “finale” ad ottenere l’affidamento dell’appalto.

La vicenda contenziosa all’esame attiene alla fase dell’ammissione, in quanto, sebbene la gara si sia svolta e sia stata formata la graduatoria, la stazione appaltante non ha ancora proceduto all’aggiudicazione ed ha escluso dalla procedura le prime due classificate.

In altri termini, non rileva la circostanza che la gara, al momento di proposizione del ricorso, è già stata espletata, con la formazione della relativa graduatoria.

- Termine per la comunicazione del decreto di fissazione di udienza per il rito appalti.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con decreto 22 marzo 2021, n. 55 ha affermato che l’art. 71, comma 5, c.p.a., con riferimento alle cause sottoposte al rito dell’art. 120 c.p.a., si riferisce solo alla prima udienza di trattazione nel merito e non alle successive.

Il comma 5 dell’art. 71 c.p.a. dispone “Il decreto di fissazione è comunicato a cura dell’ufficio di segreteria, almeno sessanta giorni prima dell’udienza fissata, sia al ricorrente che alle parti costituite in giudizio. Tale termine è ridotto a quarantacinque giorni, su accordo delle parti, se l’udienza di merito è fissata a seguito di rinuncia alla definizione autonoma della domanda cautelare.”.

Ha chiarito il decreto che a tale conclusione si perviene perché, ai sensi dell’art. 120, comma 6, c.p.a.: a.1) il giudizio va definito a una udienza fissata d’ufficio e da tenersi entro 45 giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente; a.2) in caso di esigenze istruttorie o di difesa, la definizione del merito va rinviata ad una udienza da tenersi “non oltre trenta giorni”; a.3) l’ultima previsione menzionata conferma che, fermo il termine dilatorio di trenta giorni tra avviso alle parti e data dell’udienza quanto alla prima udienza di merito (in base al combinato disposto dell’art. 71, comma 5, e dell’art. 120, comma 6, primo periodo c.p.a.), le udienze di merito successive alla prima si devono tenere “non oltre trenta giorni” dalla precedente,

sicché i trenta giorni – peraltro di calendario e non liberi – sono un termine massimo e non un termine minimo, ben potendosi fissare l'udienza ad una distanza inferiore a 30 giorni dall'avviso; a.4) la previsione in commento, recata dall'ultimo periodo dell'art. 120, comma 6, c.p.a., rispondendo alla ratio acceleratoria che ispira al rito appalti, si deve applicare in ogni ipotesi di rinvio dell'udienza, quindi anche nel caso di rimessione della causa alla Plenaria e di fissazione della nuova udienza dopo la decisione della Plenaria.

47.25. Giudizio elettorale.

La sez. II, con decreto 16 settembre 2021, n. 5030 ha dichiarato inammissibile l'istanza di misure cautelari monocratiche nel procedimento elettorale *ex art. 129 c.p.a.*, connotato da un rito particolarissimo e iper-accelerato per la definizione dei procedimenti elettorali aventi a oggetto l'esclusione di liste e candidati, nel quale l'udienza di merito si tiene entro tre giorni dal deposito dell'appello e la sentenza che definisce il giudizio è pubblicata nello stesso giorno.

Ha chiarito il decreto che il legislatore, fissando i predetti termini, ha voluto strutturare un rito peculiarissimo, nel quale non v'è spazio, né tempo, per la pronuncia di misure cautelari – in quando esse sono destinate a essere integralmente surrogate dall'immediatezza della definitiva decisione di merito – in ragione delle peculiari esigenze di rapidità estrema (che, lungi dall'esser proprie di questa specifica controversia, come si deduce nell'atto di appello, sono invece comuni assolutamente a tutti i ricorsi elettorali anteriori ai comizi) le quali tuttavia si coniugano anche con l'esigenza di certezza e stabilità della decisione assunta, che può e deve essere garantita unicamente dalla rapidissima formazione del giudicato in un momento ben anteriore al giorno delle elezioni.

Il legislatore, fissando i predetti termini, ha voluto strutturare un rito peculiarissimo, nel quale non v'è spazio, né tempo, per la pronuncia di misure cautelari – in quando esse sono destinate a essere integralmente surrogate dall'immediatezza della definitiva decisione di merito – in ragione delle peculiari esigenze di rapidità estrema (che, lungi dall'esser proprie di questa specifica controversia, come si deduce nell'atto di appello, sono invece comuni assolutamente a tutti i ricorsi elettorali anteriori ai comizi) le quali tuttavia si coniugano anche con l'esigenza di certezza e stabilità della decisione assunta, che può e deve essere garantita unicamente dalla rapidissima formazione del giudicato in un momento ben anteriore al giorno delle elezioni.