



# *Consiglio di Stato*

INSEDIAMENTO DEL  
PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO  
INAUGURAZIONE DELL'ANNO GIUDIZIARIO 2016

Alessandro Pajno  
*Presidente del Consiglio di Stato*



*Roma, Palazzo Spada  
16 febbraio 2016*



## INDICE

RELAZIONE	pag.	1
1. <i>Indirizzi di saluto</i>	pag.	3
2. <i>Il giudice amministrativo in tempi di cambiamenti</i>	pag.	3
3. <i>Le crisi della legislazione e dell'amministrazione</i>	pag.	6
4. <i>Le crisi istituzionali e la giustizia amministrativa: le rappresentazioni contraddittorie</i>	pag.	7
5. <i>Segue: le reali difficoltà</i>	pag.	8
6. <i>Le opportunità e la necessità di un rilancio</i>	pag.	10
7. <i>Il rilancio delle funzioni giurisdizionali</i>	pag.	11
7.1. <i>Il punto di partenza: indipendenza e "specialità"</i>		
7.2. <i>Il valore della nomofilachia</i>		
7.3. <i>Il nuovo riparto di competenze tra le Sezioni</i>		
7.4. <i>Giudice amministrativo ed economia</i>		
7.5. <i>I tempi della giustizia amministrativa</i>		
7.6. <i>Segue: i primi risultati su rapidità e qualità nelle materie economicamente sensibili</i>		
7.7. <i>Segue: i dati statistici generali</i>		
7.8. <i>Segue: il processo amministrativo telematico</i>		
7.9. <i>Segue: la creazione dell'Ufficio del processo</i>		
7.10. <i>Il respiro europeo e internazionale del giudice amministrativo</i>		
8. <i>Il rilancio delle funzioni consultive</i>	pag.	24
8.1. <i>Il parere sui decreti attuativi delle riforme in corso</i>		
8.2. <i>Il contributo all'opera di semplificazione e codificazione</i>		
8.3. <i>Il ruolo di problem solving preventivo attraverso l'istituto dei quesiti</i>		

9. <i>Il rilancio dell'organizzazione</i>	pag.	28
9.1. <i>Studio e ricerca</i>		
9.2. <i>Comunicazione istituzionale</i>		
9.3. <i>Informatica e statistica</i>		
10. <i>Il dialogo esterno</i>	pag.	30
10.1. <i>Il dialogo con le altre giurisdizioni</i>		
10.2. <i>Il dialogo con il Foro e l'Accademia</i>		
11. <i>Il dialogo interno</i>	pag.	32
11.1. <i>Il Consiglio di Presidenza</i>		
11.2. <i>Il Personale di magistratura e il personale amministrativo</i>		
12. <i>Conclusioni</i>	pag.	35
<i>GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO E DEL CGA 2015</i>	pag.	37
<i>DATI STATISTICI</i>	pag.	133





RELAZIONE





**INSEDIAMENTO DEL PRESIDENTE  
DEL CONSIGLIO DI STATO  
INAUGURAZIONE DELL'ANNO GIUDIZIARIO  
2016**

**1. INDIRIZZI DI SALUTO**

Signor Presidente della Repubblica, Autorità civili, militari e religiose, componenti del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa, esponenti del mondo accademico, colleghi di questa e delle altre magistrature, avvocati dello Stato, degli enti pubblici e del libero Foro, personale tutto della giustizia amministrativa.

**2. IL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN TEMPI DI CAMBIAMENTO**

Viviamo in tempi di cambiamento.  
Nel Mondo e nel nostro Paese. Nella società e nei suoi diritti.  
Si modificano i punti di riferimento.  
Mutano in primo luogo i rapporti tra spazio globale e realtà nazionali.

I grandi processi migratori e le conseguenze che essi innescano, gli obblighi di solidarietà e le esigenze di sicurezza pongono in una luce prima non conosciuta la questione della cittadinanza sociale, ma anche della libertà di circolazione.

Si modificano i rapporti tra gli ordinamenti statali e tra questi e gli ordinamenti sovranazionali. Nella relativa dinamica

si inseriscono elementi di competizione; per contro, le Corti nazionali e soprattutto le Corti supreme - civili e amministrative - dialogano con intensità mai conosciuta, tra di loro e con le Corti sovranazionali.

Si supera il rapporto tra giurisdizione e territorio, si afferma una tendenza alla globalizzazione dei diritti e delle tutele: la regola di diritto di Hans Kelsen prevale sulla regola di governo di Carl Schmitt.

Cambiano anche i tradizionali ancoraggi del diritto amministrativo: lo Stato, il potere pubblico, il giudice speciale.

Il termine di riferimento non è più lo Stato nazionale, mero elemento di unificazione del sistema, ma l'assetto costituzionale, che disegna la distribuzione e l'equilibrio dei poteri.

Il rapporto autorità-libertà acquisisce anch'esso parametri di riferimento sovranazionali.

Il modello di *multilevel governance* permea il sistema delle fonti del diritto, da quelle sovranazionali a quelle regionali e locali, alla regolazione dettata dalle Autorità indipendenti.

L'interesse pubblico da tempo non è più singolare, ma plurale.

I diversi interessi pubblici, tutti meritevoli di tutela, si pongono in una relazione non di gerarchia ma di equiordinazione e, talvolta, in contrasto tra loro.

Il procedimento amministrativo cerca una sintesi sempre più complessa tra essi, e con le istanze dei privati.

Lo stesso fenomeno di "pluralizzazione" si verifica per le situazioni soggettive private, che si riconfigurano nei confronti dell'autorità pubblica senza che la normativa di riferimento, concepita spesso in altro periodo storico, sia modificata: da "la proprietà" terriera a "le proprietà" care a Pugliatti, plasmate da diverse discipline pubblicistiche; dal "contratto" tra soggetti in posizione paritaria ai "contratti" tra parti in posizione disuguale, o ai contratti pubblici; dal "risarcimento" del danno aquiliano ai "risarcimenti" del danno estesi alla tutela dei diritti di credito e poi degli interessi legittimi e degli interessi diffusi; da "la società" nata con scopo di lucro a "le società", nelle loro infinite tipologie, ivi comprese quelle partecipate dallo Stato.

Aumenta il ricorso a strumenti consensuali.

Il concetto di ente pubblico diventa “a geometria variabile”, a seconda della normativa da applicare e degli interessi che vengono in rilievo.

Le discipline delle società partecipate e degli organismi privati di diritto pubblico si intersecano secondo logiche sostanziali e non più formali; i servizi pubblici vengono considerati con un approccio oggettivo e non più soggettivo.

All'indirizzo politico tende a sostituirsi, espandendosi, l'autodeterminazione privata; si denuncia il rischio che “il cittadino ceda all'individuo” e la “sovranità popolare ceda ai poteri diffusi dei privati” (Rescigno).

La protezione del consumatore migra progressivamente dal codice civile a leggi di settore, anche - ma non solo - su spinta europea.

Diritto alla riservatezza e diritto alla trasparenza, *privacy* e *freedom of information*, hanno confini continuamente mutevoli e talvolta incerti.

I rapporti tra potere pubblico e mercato sono sempre più complessi; gli investimenti privati si programmano in funzione della certezza delle regole e dell'azione amministrativa.

Al diritto amministrativo si chiede un riallineamento al processo economico, attraverso un metodo interdisciplinare.

Va rivisto il rapporto tra normative cogenti, regolazione tecnica, incentivi e disincentivi, *behavioural regulation* e *nudging* (le cd. “spinte gentili” di matrice anglosassone).

I processi economici di liberalizzazione e privatizzazione fanno nascere soggetti giuridici nuovi, autorità pubbliche esterne al sistema dell'art. 95 Cost., con funzioni “indipendenti” di regolazione, di controllo e vigilanza, di risoluzione di conflitti, che attraversano verticalmente la tripartizione di Montesquieu.

Se cambia il diritto amministrativo, cambia infatti anche la giustizia amministrativa, che registra la piena affermazione della sua anima liberale: essa, come ricordava E. García de Enterría, diventa lo strumento che solo tutela e garantisce lo “spazio di libertà che il cittadino contemporaneo ha conqui-

stato in modo definitivo e sulle cui fondamenta, soltanto, può edificare e proteggere l'integrità della sua vita personale".

### **3. LE CRISI DELLA LEGISLAZIONE E DELL'AMMINISTRAZIONE**

In questo contesto si collocano le grandi questioni che agitano il diritto amministrativo, tutte fra di loro connesse.

Esse si concretizzano in una duplice crisi nel nostro sistema pubblico: una crisi della legislazione e una crisi dell'amministrazione.

Sotto il primo profilo, si assiste a una vera e propria turbolenza e fibrillazione normativa.

La crisi di qualità della legislazione si manifesta sia con un'abnorme inflazione normativa sia con la scarsa chiarezza, la contraddittorietà, il difetto di generalità e astrattezza delle regole, con le conseguenti incertezze nella loro applicazione.

Sotto il secondo profilo, si registra la permanente mancanza di efficienza e funzionalità, e anche di autorevolezza, di una parte significativa della pubblica amministrazione, con la conseguente incapacità di procedere all'assunzione di responsabilità.

E la *maladministration*, spesso, genera la corruzione.

Queste due linee di crisi sono a loro volta intrinsecamente collegate.

L'impostazione dell'amministrazione rimane legalistica, ma la certezza del diritto rimane un miraggio.

La politica chiede all'amministrazione di assicurare l'attuazione del programma di governo, ma quest'ultima rimane spesso imbrigliata nella *routine*, o nel contrasto tra i vari interessi pubblici.

Alle difficoltà dell'amministrare si provvede talvolta con legge, con la conseguenza di incrementare ancora di più l'incertezza normativa, talvolta con il ricorso al giudice, che viene chiamato a sciogliere un conflitto tra gli interessi in gioco che l'amministrazione non è stata in grado di risolvere.

#### **4. LE CRISI ISTITUZIONALI E LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: LE RAPPRESENTAZIONI CONTRADDITTORIE**

La crisi dell'amministrazione e quella della legislazione chiamano direttamente in causa la giurisdizione, e in particolare la giurisdizione amministrativa.

Anche questa si colloca nel contesto della crisi istituzionale ed è da essa attraversata, contribuendo talora a risolvere i problemi e qualche volta a complicarli.

Derivano da qui le contraddittorie rappresentazioni che sembrano caratterizzare la giustizia amministrativa.

Da una parte, questa viene talvolta descritta come incapace di assicurare una tutela indipendente, proprio perché "amministrativa"; dall'altra, viene indicata come poco attenta all'interesse pubblico affidato all'amministrazione, e quindi "poco amministrativa".

Una giustizia, rappresentata paradossalmente come priva di indipendenza, perché legata all'amministrazione e, al tempo stesso, come incapace di guardare all'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione.

Il risultato è l'incremento non della tutela del cittadino, bensì dei comportamenti opportunistici, e in ultima analisi un improprio allungamento dei tempi di risoluzione delle controversie.

Tali rappresentazioni non considerano il fatto che la giustizia

amministrativa costituisce la principale risposta alla domanda di legalità e di efficienza che viene dal cittadino e risolve situazioni complesse interpretando, con senso pratico, normative talvolta incomprensibili.

Una giustizia che ha saputo percorrere il cammino che l'Europa ha dedicato alla tutela del cittadino nei confronti del potere pubblico.

Una Magistratura con "piena dignità" e indipendenza (secondo le parole della sentenza n. 204 del 2004 della Consulta), non più un "giudice speciale", bensì un giudice ordinario dell'esercizio del potere pubblico, in una visione di unità funzionale - non organica - della giurisdizione.

Una giustizia che, con tutte le sue difficoltà, ha contribuito a far fronte alle sfide che i tempi di cambiamento che viviamo le impongono.

In particolare, la Magistratura amministrativa:

- è divenuta un giudice europeo di diritto comune, quello che ha il più stretto collegamento con la Corte di giustizia e che dialoga costantemente con la Corte dei diritti dell'uomo;
- nonostante la difficoltà, ha dato una risposta efficiente alle esigenze del servizio pubblico.

Lo testimoniano:

- i tempi del contenzioso, decisamente migliori di quelli del contenzioso civile;
- la quantità dei procedimenti trattati, anche a confronto con altri paesi europei;
- la capacità di elaborare strumenti processuali soddisfattivi.

Ma di questo si dirà, più ampiamente, oltre.

## **5. *SEGUE: LE REALI DIFFICOLTÀ***

Ciò, nonostante, la giustizia amministrativa conosce una stagione di difficoltà, che non dipende solo da circostanze esterne o dall'incomprensione degli altri attori istituzionali.

Il problema più rilevante è la sua tendenziale autoreferenzialità.

Questo, forse, perché la giustizia amministrativa appare più preoccupata delle proprie questioni interne che di ciò che sta oltre la sua porta: una giustizia talvolta autocentrata, che rischia di perdere il proprio riferimento alla società e alle sue dinamiche e da questa pertanto non viene compresa e considerata.

È per tale ragione che la giustizia amministrativa rischia di essere assente nel dialogo istituzionale e di perdere, talvolta, la propria capacità di interloquire con il sistema Paese.

Questa autoreferenzialità è aggravata da una difficoltà di comunicazione: si produce un apprezzabile servizio pubblico, ma non si riesce a comunicare con il pubblico; non si riesce a trasmettere una chiara immagine del servizio reso.

È un danno per la giustizia amministrativa, ma è un danno anche per il Paese, perché si rischia di sottrarre ad esso risorse importanti, quali sono quelle legate all'esperienza viva dell'amministrazione e alla considerazione della coerenza del sistema giuridico-istituzionale.

In una situazione del genere rischia, altresì, di venir meno il ruolo culturale del Consiglio di Stato e dell'intera giustizia amministrativa, che non è quello di ricerca proprio delle istituzioni universitarie, ma l'altro di conoscere, pesare, soppesare l'amministrazione nel suo rapporto con il cittadino, di ascoltare ciò che viene dalla società, di progettare istituzioni più capaci di porsi al servizio del pubblico.

Non ci può essere un ruolo della giustizia amministrativa senza un progetto per le istituzioni e per i cittadini.

Il declino di questa funzione costituirebbe una perdita grave per il Paese, specie in un momento come quello presente, di importanti riforme e di cambiamento costituzionale ed istituzionale.

A questo processo di cambiamento la giustizia amministrativa deve dare il suo contributo.

## 6. LE OPPORTUNITÀ E LA NECESSITÀ DI UN RILANCIO

E tuttavia i contesti di crisi sono anche contesti di cambiamento, e quindi di opportunità.

La parola “crisi” deriva dal greco κρίσις, scelta, decisione (ma anche rottura); da κρίνω, distinguere, decidere.

“Un pessimista vede la difficoltà in ogni opportunità; un ottimista vede l’opportunità in ogni difficoltà”, diceva Winston Churchill.

Nella realtà, infatti, qualcosa sembra muoversi.

Le riforme in atto, sia a livello costituzionale (con la riforma seguita dal Ministro Boschi) sia a livello amministrativo (con la cd. legge Madia), costituiscono un segnale di consapevolezza dei problemi.

In questo percorso, anche la semplificazione del codice degli appalti rappresenta un momento decisivo.

Queste riforme affrontano problemi antichi e possiamo sperare che alla soluzione di essi sia apportato un contributo rilevante.

Per ciò che ci riguarda, faremo la nostra parte e cercheremo, se possibile, di fornire un valore aggiunto, nella migliore tradizione del Consiglio di Stato e della giustizia amministrativa, a cominciare dalle riforme della pubblica amministrazione, che saranno sottoposte al nostro parere.

Più in generale, siamo convinti che si possa uscire da una logica di gestione dell’esistente e costruire una strategia di rilancio, da attuare con progetti operativi.

Occorre restituire la giustizia amministrativa alla comprensione dei cittadini e al rapporto con le altre Istituzioni, nella consapevolezza che tale operazione può fornire un contributo nel contrastare le criticità del sistema.



Il rilancio passa attraverso una serie di interventi, attuabili in gran parte a legislazione vigente, valorizzando strumenti già esistenti e implementando una efficiente auto-organizzazione.

Esso si declina lungo tre direttive principali:

- un rilancio delle funzioni giurisdizionali, ispirato ai valori della chiarezza e della comprensibilità degli indirizzi, dell'adeguatezza dei tempi del processo, al dialogo tra giurisdizioni, al "respiro europeo" del giudice amministrativo;
- un rilancio delle funzioni consultive, sia sugli atti normativi sia sulla risposta ai quesiti, anche in funzione di prevenzione del contenzioso;
- un rilancio in chiave contemporanea dell'organizzazione della giustizia amministrativa, perseguendo un principio di efficienza e di fruibilità del servizio secondo meccanismi propri di un'amministrazione moderna e privilegiando le funzioni di comunicazione, studio e ricerca, informatica e statistica.

## **7. IL RILANCIO DELLE FUNZIONI GIURISDIZIONALI**

### **7.1. Il punto di partenza: indipendenza e "specialità"**

Una strategia di rilancio delle funzioni giurisdizionali deve tener conto del punto di partenza: come si è detto, la giurisdizione amministrativa è ormai una giurisdizione che tutela pienamente il cittadino nei confronti del potere pubblico.

In questo contesto, in cui gli strumenti processuali sono stati assimilati a quelli del giudice ordinario nel segno dell'effettività della tutela, il giudice amministrativo mantiene comunque una sua "specialità" in linea con le recenti tendenze in Europa, perfino nei sistemi di *common law*, che registrano forme significative di specializzazione.

È noto che nel Regno Unito la *judicial review* sugli atti e comportamenti dell'amministrazione è riservata ad una apposita divisione della *High Court*, chiamata *Administrative Court*, la quale agisce secondo le regole ed il metodo dell'*application for judicial review of administrative action*, e che anche negli Stati Uniti esistono regole differenziate per l'esercizio delle azioni nei confronti delle agenzie pubbliche, così evidenziando che pure in quegli ordinamenti un elevato livello di differenziazione è fondamentale per un sindacato più efficace sul pubblico potere.

La necessità della specializzazione del giudice è una conseguenza esplicita della modernità; sarebbe, pertanto, fuor di luogo mettere in discussione quella specializzazione che si manifesta come specialità proprio in un momento in cui, in coerenza con le esigenze dell'economia, l'intero sistema giurisdizionale va in questo senso.

Il rilancio della funzione giurisdizionale impone, allora, al giudice amministrativo di confermare la sua capacità di governare i cambiamenti, migliorando la qualità del servizio in relazione a una varietà di profili.

Tra questi:

- il rafforzamento della nomofilachia come rimedio alla crisi legislativa e amministrativa;
- la rivalutazione della relazione tra giustizia ed economia;
- la valorizzazione del rapporto tra tempo e processo;
- il respiro europeo e internazionale.

## **7.2. Il valore della nomofilachia**

Un primo strumento per far fronte alle crisi legislative e amministrativa è quello della funzione nomofilattica, nel suo significato di "garanzia dell'uniforme applicazione della legge".

Questa funzione spetta alle Corti Supreme. L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario la prevede per la Corte di cassazione; per il Consiglio di Stato è prevista dal codice del processo amministrativo ed è demandata all'Adunanza plenaria (art. 99).

In presenza di una norma costituzionale, l'art. 111 Cost., che sottrae espressamente le

sentenze dei giudici speciali all'impugnazione in Cassazione per violazione di legge e la consente per soli motivi attinenti alla giurisdizione, il compito di assicurare l'uniformità della giurisprudenza è affidato al Consiglio di Stato nelle materie di sua competenza.

In questa prospettiva, si colloca il richiamato art. 99 che, sulla falsariga di quanto stabilito dal codice di procedura civile, ha previsto che se una Sezione semplice non condivide il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria rimette ad essa la decisione del ricorso. L'esercizio della funzione di unificazione della giurisprudenza acquista un significato peculiare con riferimento alla giurisdizione amministrativa e ciò in conseguenza dell'effetto, oltre che di annullamento e di condanna, direttivo e conformativo della riedizione del potere, proprio delle sentenze del giudice amministrativo.

La nomofilachia risponde, oltre che alla domanda di giustizia nel caso singolo, alla domanda di giustizia del sistema.

In tempi di regole complesse, la chiarezza e la stabilità degli indirizzi conferiscono una plurima certezza: ai cittadini, per la tutela della propria situazione soggettiva; all'amministrazione, per il nuovo esercizio del proprio potere e per l'esercizio del potere in casi simili; alle imprese, perché assicura una ragionevole prevedibilità non solo delle decisioni giudiziarie, ma anche delle scelte dell'amministrazione.

Tanto è vero che, anche nei sistemi in cui non vi è un valore vincolante del precedente, gli *overruling* sono ammessi soltanto in presenza di mutate o motivate esigenze.

In definitiva, la soluzione delineata dal codice finisce per incidere indirettamente sulla stessa durata dei processi e si risolve, in ultima analisi, in un oggettivo incremento dell'*accountability* del sistema giudiziario.

Ciò non significa che non si debba consentire al sistema giuridico di evolversi, modificarsi e adattarsi ai mutamenti della realtà sociale ed economica (non a caso, l'art. 99 non vincola i giudici di primo grado), ma questo deve avvenire in una cornice che tenga fermi i pilastri che assicurano l'affidabilità del sistema stesso.

### **7.3. Il nuovo riparto di competenze tra le Sezioni**

Nell'ottica di assicurare la coerenza e la qualità degli indirizzi, è stato compiuto un primo passo con l'adozione, nello scorso gennaio, di un decreto di riparto delle competenze tra le Sezioni del Consiglio di Stato ispirato a criteri innovativi, condivisi con il Consiglio di Presidenza.

L'idea di fondo è quella di sostituire, con gradualità, al tradizionale criterio soggettivo, che guarda alla tipologia dell'amministrazione coinvolta nella controversia, un criterio oggettivo, fondato su una distribuzione per "materie organiche".

Si è così dato vita, seppure in forma embrionale, a una sezione per i contratti pubblici, a una per il diritto pubblico dell'economia, a una per il cd. *Welfare* e a una per il governo del territorio e per il pubblico impiego non privatizzato.

Il concetto di governo del territorio è stato inteso in senso ampio e comprensivo dell'urbanistica, dell'edilizia, del paesaggio e della tutela dell'ambiente.

Si è ritenuto che siffatta soluzione fosse in qualche misura imposta dalla recente evoluzione del diritto amministrativo. È mutata la nozione stessa di pubblica amministrazione, il cui alveo semantico si presenta oggi molto più che in passato, frammentato e variabile. Per un verso, è venuto meno il nesso di tendenziale coincidenza tra la natura di un ente e una specifica funzione e, per altro verso, hanno fatto ingresso nell'ordinamento organismi, anche di tipo societario, caratterizzati essenzialmente sul piano funzionale, piuttosto che su quello dello statuto soggettivo; anzi, l'utilità qualificatoria di quest'ultimo sembra inesorabilmente destinata a sbiadire. Concorre, d'altronde, alla dequotazione del tradizionale criterio di riparto degli affari l'incidenza del diritto dell'Unione europea: l'ordinamento sovranazionale è molto attento all'individuazione esatta della materia e alla conseguenziale attribuzione delle competenze, mentre sostanzialmente si disinteressa, salvo rare eccezioni, dei profili soggettivi dell'organizzazione amministrativa interna degli Stati membri.

Il nuovo criterio, che è in linea con le recenti tendenze delle Corti europee, presenta un secondo pregio: esso consente di focalizzare l'attività giurisdizionale delle Sezioni su gruppi omogenei di normative, favorendo in tal modo sia la rapida formazione di uniformi indirizzi "di sezione", sia una pronta conclusione del processo.

#### **7.4. Giudice amministrativo ed economia**

Nella prospettiva di rilancio delle funzioni giurisdizionali non può mancare la consapevolezza del rapporto tra giustizia ed economia.

Il fatto che l'economia sia strutturalmente connessa alla questione dell'amministrazione e della giurisdizione può sorprendere solo chi trascuri la lezione di Max Weber, che le ritiene entrambe strutture fondamentali dello stato razionale; ovvero soltanto chi omette di considerare che, nel diritto globale, il diritto amministrativo è divenuto la forma organizzativa della dimensione economica.

La giustizia amministrativa incontra per due volte l'economia: da una parte, l'economia si fa potere, anzi potere pubblico, dall'altra, l'economia si fa oggetto del potere e del suo esercizio.

Il sindacato del giudice amministrativo viene, di conseguenza, esercitato sia sulle scelte riguardanti l'esercizio del potere economico sia sulle iniziative d'impresa e a tutela di queste.

È forse proprio questa sorta di sovraesposizione della giustizia amministrativa che ha reso, in qualche modo, più problematici i rapporti con l'economia, mettendo in luce l'apparente anima ambigua e contraddittoria del processo amministrativo.

Il processo è stato visto ad un tempo come uno strumento capace di approntare una tutela rapida ed incisiva e come uno strumento del quale i soggetti più svariati (imprese, enti regionali e locali, associazioni di cittadini, soggetti privati) possono usufruire per contrastare o bloccare la realizzazione di una infrastruttura strategica.

Ogni intervento della giustizia amministrativa rischia, pertanto, di essere considerato o come un'indebita ingerenza nelle scelte di politica economica e nell'attuazione di esse ovvero come un diniego di tutela dell'iniziativa economico-imprenditoriale del privato.

Non è però questa una reale ambiguità del processo amministrativo, ma è una conseguenza imposta dalla trasformazione del diritto sostanziale e dalla stessa funzione che la Costituzione assegna alla giustizia amministrativa.

Va, allora, fugato il rischio che la nostra giustizia possa talvolta essere percepita come “a-economica”.

Per evitare tutto ciò, occorre che la giustizia amministrativa acquisisca ancora di più la capacità di cogliere le ricadute sistemiche delle sue decisioni sull’economia.

Devono, inoltre, essere sfruttate appieno le potenzialità del codice del processo amministrativo, che ha introdotto la pluralità delle azioni e ha superato i limiti della sola pronuncia annullatoria, facendo ricorso anche alle sentenze di condanna, di adempimento e di accertamento.

Infine, si può dar voce, nell’ambito del processo, al punto di vista dei tecnici e degli economisti che operano, ad esempio, nelle Autorità indipendenti, anche attraverso lo strumento dell’interrogatorio libero nei giudizi aventi a oggetto loro provvedimenti.

### **7.5. I tempi della giustizia amministrativa**

Questione strettamente connessa con il rapporto tra giudice ed economia è quella della relazione tra tempo e processo.

Da una parte, il tempo si caratterizza per essere un autentico bene della vita, dal momento che tutte le utilità si perseguono nel tempo e grazie a esso; dall’altra, il processo implica comunque una ‘pausa’, una diversa scansione temporale.

Il problema è stato affrontato in due modi, fra di loro complementari.

In primo luogo, con l’introduzione di riti speciali, fortemente accelerati: figure legate alla giurisdizione esclusiva, e dunque sensibili alla particolare delicatezza delle scelte politiche ed economiche in settori importanti per lo sviluppo del Paese, cui ha dato ulteriore impulso positivo il d.l. n. 90 del 2014, voluto dal Governo.

In secondo luogo, cercando di sciogliere la contrapposizione tra la spinta alla rapidità e l'esigenza di salvaguardia dei diritti.

La realtà, infatti, sembra metterci di fronte a un paradosso: il processo amministrativo può essere strumento di protezione dell'interesse personale, ma può diventare strumento di delusione dell'interesse generale.

L'aporia si risolve considerando il processo come una risorsa della collettività, da organizzare e da utilizzare in modo razionale ed economico.

Il processo è, infatti, la risultante di tutti i comportamenti, virtuosi e non virtuosi, di tutti gli attori che esso vede in campo.

Esso serve ad attribuire il bene della vita alla parte che lo richiede, ma costituisce anche una opportunità di tutela per tutti i consociati: pertanto, una utilizzazione impropria si risolve in un danno per la collettività, impedendo ad altri cittadini di accedere tempestivamente ed efficacemente al servizio pubblico della giustizia.

L'analisi economica del diritto riporta all'attenzione un antico adagio di Bulgaro - secondo cui il processo è *actus trium personarum* - sicché appare ragionevole ritenere che gli interventi riformatori debbano riguardare tutti gli attori del processo, i giudici come le parti.

In tale ottica si inseriscono, accanto ai riti accelerati, le iniziative riguardanti sia l'applicazione del principio di sinteticità degli atti (non solo dei difensori, ma anche dei giudici) sia il ricorso ai rimedi per contrastare l'abuso del processo.

#### **7.6. *Segue: i primi risultati su rapidità e qualità nelle materie economicamente sensibili***

Ma gli interventi non hanno valore senza una verifica dei risultati.

A tal fine, mancando analisi empiriche accurate, nel corso del 2014, l'Ufficio Studi della giustizia amministrativa ha avviato una ricerca in collaborazione con l'Università di Bologna e la LUISS-Guido Carli, riguardante le controversie su materie economicamente sensibili.

La prima fase della ricerca, di tipo quantitativo e basata sull'estrazione di dati dai sistemi informativi della giustizia amministrativa, si è conclusa.

È in corso la seconda fase, dal taglio più qualitativo, con approfondimenti mirati su istituti nevralgici come la tutela cautelare nei contratti pubblici, gli atti delle autorità indipendenti, il ricorso alla sentenza semplificata. Questa seconda fase dovrebbe chiudersi nei prossimi mesi. Per diffondere gli esiti della ricerca, l'Ufficio Studi sta lavorando a un'apposita pubblicazione.

**Le informazioni già raccolte offrono un quadro incoraggiante.**

**Se si considerano i ricorsi depositati dal 2010, dopo l'adozione del codice del processo amministrativo, e con dati aggiornati alla metà del 2015, la durata media dei giudizi dinanzi al Consiglio di Stato è inferiore a un anno.**

Questo dato è significativo perché si associa a un'elevata percentuale di ricorsi definiti: sopra il 90% per gli anni 2010 e 2011, sopra l'80% per gli anni dal 2012 al 2014.

Nel caso specifico del rito sui contratti pubblici, i tempi sono ancora più contenuti e cresce ulteriormente la percentuale dei giudizi definiti, che giunge quasi al 100% per gli anni 2010 e 2011.

Nei giudizi sugli atti delle autorità indipendenti i tempi di definizione, anche in ragione della particolare complessità delle relative controversie, sono leggermente superiori, attestandosi, per gli anni dal 2010 al 2014, in media a circa un anno e mezzo. Il tasso di definizione è del 100% per i giudizi instaurati nel 2010 successivamente all'introduzione del codice e oscilla intorno al 65% per i ricorsi depositati dagli anni dal 2011 al 2013.

I dati sembrano indicare il peso rilevante, nella definizione del giudizio, delle sentenze in forma semplificata.

Dalle indagini effettuate si può, infine, desumere, sempre a livello di prima approssimazione, che circa la metà delle sentenze pubblicate dopo il 2010 riguarda i giudizi anteriori al 2010.

L'arretrato sembra, pertanto, avere ancora un peso significativo che incide anche sui tempi di definizione dei giudizi più recenti.

**Positivi appaiono anche i dati sui giudizi cautelari dinanzi al Consiglio di Stato, che si attestano attorno a poco più di 30 giorni; per i Tribunali amministrativi la durata è di circa 45 giorni, ma per i giudizi sui contratti pubblici anche in primo grado la durata si riduce attorno ai 30 giorni.**



A un buon livello di celerità dei giudizi, si uniscono indicatori positivi anche sul versante qualitativo.

I ricorsi accolti dai Tribunali amministrativi sono circa il 30% del totale, lo stesso accade per gli appelli dinanzi al Consiglio di Stato che però sono proposti solo rispetto a circa un quinto delle sentenze di primo grado.

Questi valori, inoltre, sembrano restare sostanzialmente stabili nel tempo.

La sentenza di primo grado contiene la definizione del giudizio (o perché non impugnata o perché confermata) per circa il 90% dei casi.

Ciò dimostra che la giustizia è amministrata in gran parte dal giudice di primo grado con pronunce capaci di resistere in sede di appello.

Vi sono dunque le garanzie di prevedibilità degli esiti e di certezza giuridica che sono considerati indicatori di qualità della giustizia e dell'efficienza del sistema nel suo insieme.

I dati fin qui raccolti sembrerebbero così indicare che i tempi del processo amministrativo, nelle materie economicamente sensibili, si collocano, anche rispetto a quelli di altre giurisdizioni, all'interno degli standard europei - anzi, nella fascia migliore - e risultano conformi ai principi costituzionali e internazionali di ragionevole durata del processo.

Gli esiti della ricerca di cui si è detto sembrano trovare conferma anche nei dati complessivi elaborati dal nostro Ufficio per l'informatica, per l'anno 2015, che inoltre registrano la diminuzione dell'arretrato nel complesso Tribunali amministrativi - Consiglio di Stato: il 2014 si era concluso con 292.273 ricorsi pendenti, mentre il 2015 con 268.246 ricorsi.

Per il resto dei dati, rimando alla relazione scritta.

## **7.7. Segue: i dati statistici generali**

Sul piano quantitativo, nell'anno trascorso si è avuta una diminuzione dei ricorsi proposti dinanzi ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato.

I ricorsi proposti erano stati, infatti, 74.484 nel 2014; sono stati, invece, 72.546 nel 2015. E ciò in controtendenza rispetto al biennio precedente, che aveva visto un incremento dei ricorsi pervenuti nel 2014 rispetto al 2013, anno, quest'ultimo, in cui erano stati proposti 64.500.

Il calo si è, però, verificato solo in primo grado: nel 2015 sono stati proposti 61.723 ricorsi in luogo dei 63.723 del 2014; innanzi al Consiglio di Stato ai 10.671 appelli del 2014 si contrappongono i 10.823 appelli del 2015.

Al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana i ricorsi proposti nel 2015 sono stati 1.300, mentre gli affari pervenuti alla sezione consultiva 1.099.

I problemi di organico della magistratura hanno portato a un leggero calo dei ricorsi definiti dai Tribunali amministrativi e dal Consiglio di Stato: da 109.478 del 2014 a 97.198 del 2015, pari all'11,22%.

Nei Tribunali amministrativi si è passati da 99.169 ricorsi definiti nel 2014 a 87.594 del 2015; al Consiglio di Stato da 10.309 a 9.604, con un decremento pari a 6,84%; al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana sono stati definiti nel 2015 1.110 ricorsi.

Il complessivo incremento di abbattimento dell'arretrato si pone in linea con quanto registrato negli anni precedenti: nel 2011 i ricorsi pendenti erano 467.419; nel 2012 erano 373.258 e nel 2013 erano 322.456.

Una parte non irrilevante dell'arretrato è stato definito con decreto monocratico, a seguito della comunicazione della parte della sopravvenuta carenza di interesse o di dichiarazione di perenzione. Nel 2015, nei processi innanzi al Consiglio di Stato, sono stati definiti con sentenza (anche in forma semplificata) 5.198 ricorsi, mentre con decreto 1.662; nei processi innanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana sono stati definiti con sentenza (anche in forma semplificata) 585 ricorsi, mentre con decreto 60; nei processi innanzi ai Tribunali amministrativi regionali stati definiti con sentenza (anche in forma semplificata) 49.283 ricorsi, mentre con decreto 35.305.

Rilevante è l'intervento del giudice amministrativo nella fase cautelare: nel 2015 le pronunce cautelari, in primo grado, sono state 18.543; innanzi al Consiglio di Stato 4.616 e al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana 711.

Anche l'attività consultiva è stata proficua.

Al Consiglio di Stato nel 2015 sono pervenuti 2.355 affari e ne sono stati definiti 2.682 (di cui 2.476 ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, 38 quesiti, 16 richieste di parere, 72 regolamenti e 30 richieste di riesame e 50 revocazioni); la pendenza si è ridotta a 4.084 affari.

Al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana nel 2015 sono pervenuti 1.099 affari e ne sono stati definiti 1.174 (di cui 1.164 ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica e 10 richieste di parere); la pendenza si è ridotta a 1.454 affari.

Le rappresentazioni grafiche e i relativi dati, sono, in dettaglio, riportati nelle tabelle allegate alla presente relazione.

### **7.8. *Segue: il processo amministrativo telematico***

Un impulso positivo alla questione dei tempi potrà venire certamente dal processo amministrativo telematico (PAT).

Una recente disposizione normativa ha previsto che esso prenda avvio dal 1° luglio prossimo e che, nel frattempo, si proceda alla relativa sperimentazione, che stiamo organizzando grazie anche alla disponibilità manifestata dal Ministero della giustizia e dall'Arma dei Carabinieri, che hanno messo a disposizione tecnici altamente qualificati.

Si tratta di una grande sfida di innovazione e modernità che la giustizia amministrativa è pronta a cogliere, come è stato chiarito anche nel parere reso, agli inizi di gennaio, dalla Sezione consultiva per gli atti normativi.

Saranno introdotte funzionalità tecnologiche particolarmente innovative, studiate non soltanto nell'interesse dei magistrati e delle segreterie ma anche e soprattutto nell'interesse degli utenti tutti e, precipuamente, nell'interesse di un servizio-giustizia più moderno, efficiente e vicino alle esigenze dei suoi fruitori.

Siamo consapevoli che l'informatizzazione accresce la rapidità e l'effettività della tutela, assicura la trasparenza delle procedure e riduce i costi del servizio.

Una migliore conoscenza della tipologia di contenzioso rende altresì possibili, a legislazione invariata, programmi mirati di eliminazione dell'arretrato.

Si pensi, ad esempio, a quali vantaggi, in termini di risparmio di tempo e di costi saranno conseguiti dagli avvocati per effetto dell'immediato incardinamento del ricorso introduttivo del giudizio con modalità telematiche; della possibilità di presentare, con

le medesime modalità, istanze urgenti (anche *ante causam*) che potranno essere esaminate e definite in tempo reale; della obbligatoria redazione in forma digitale di tutti i provvedimenti giurisdizionali, che non appena sottoscritti digitalmente verranno immediatamente pubblicati ed accessibili alle parti di causa all'interno del proprio fascicolo elettronico; alla significativa agevolazione, in termini di organizzazione del proprio lavoro, costituita dalla possibilità di visualizzare, da remoto, fascicoli di causa completi di tutta la necessaria documentazione, ivi compresi gli atti delle amministrazioni non costituite e degli ausiliari del giudice.

**Insomma, il processo amministrativo si svolgerà con modalità telematiche “dalla A alla Zeta”, con l'unica esclusione della trattazione orale in camera di consiglio e in udienza pubblica.**

Il parere della Sezione normativa ha fornito alcune osservazioni sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri concernente il “Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo telematico” ai sensi dell'articolo 13 dell'Allegato 2 al Codice del processo amministrativo. Il parere si è soffermato sull'assoluta novità, rispetto a tutte le altre esperienze di informatizzazione processuale, implicata dal tenore dell'articolo 136, comma 2-*bis*, del Codice e consistente nella integrale digitalizzazione del giudizio, a partire dal suo primo incardinarsi.

Si è, altresì, dato atto dello sforzo istruttorio compiuto per coagulare, in relazione all'impianto del provvedimento, un ampio consenso di tutte le componenti del mondo della giustizia amministrativa, dal Consiglio di Presidenza alle Associazioni forensi e all'Avvocatura dello Stato.

Nella consultazione si è ribadito che l'intero sistema della giustizia amministrativa fornirà il proprio convinto contributo all'avvio del processo amministrativo telematico, nella considerazione che la digitalizzazione costituisce il presupposto per un migliore funzionamento del servizio offerto ai cittadini e alle imprese.

Il parere della Sezione normativa ha infine chiarito che per realizzare l'obiettivo è auspicabile - oltre a qualche adattamento della disciplina di rango primario - il riconoscimento di adeguate risorse finanziarie, fino ad oggi mancate, così che la giustizia amministrativa possa stare al passo delle altre Magistrature impegnate sul fronte della informatizzazione.

### **7.9. *Segue: la creazione dell'Ufficio del processo***

Un ulteriore ausilio sotto il profilo dei tempi potrebbe derivare dall'introduzione, anche presso la giustizia amministrativa,

di un “Ufficio del processo”, analogamente a quanto avvenuto, con legge, per la giustizia civile.

Si tratta di una struttura di staff, a supporto di uno o più magistrati, che tra l’altro consente di valorizzare, oltre al nostro personale amministrativo, la positiva esperienza dei tirocini formativi che i neolaureati attualmente già svolgono presso i nostri uffici.

La struttura è, infatti, composta da personale amministrativo, da stagisti e da tirocinanti (e anche da magistrati onorari, nella giustizia ordinaria) ed è coordinata dal presidente di sezione o da un magistrato delegato. A questo riguardo, è importante che il flusso di stagisti e tirocinanti sia continuo in modo da assicurare la continuità di funzionamento.

L’ufficio è assegnato a supporto di uno o, meglio, più magistrati; negli uffici più grandi si può pensare di assegnarlo ad una sezione, in modo da favorire il coordinamento del lavoro di supporto. In generale, i suoi compiti sono:

- ricerche dottrinali e dei precedenti giurisprudenziali;
- stesura di relazioni (ad esempio, redazione di una scheda processuale con le principali informazioni);
- massimazione di sentenze;
- collaborazione diretta con il magistrato per la preparazione dell’udienza;
- rilevazione dei flussi dei dati statistici;
- ogni altra attività volta a sostenere l’attività del magistrato.

Per una fase di *start up*, si dovrebbe:

- operare un censimento della situazione esistente (ad es., numero di convenzioni attive e di stagisti e/o tirocinanti presenti presso i vari uffici);
- creare un piccolo gruppo di lavoro - composto da magistrati amministrativi di varia provenienza - per analizzare le esperienze più avanzate (*best practices*), elaborare un modello di ufficio del processo, diffonderlo, valutarne la realizzazione ed eventualmente introdurre correzioni.

### **7.10. Il respiro europeo e internazionale del giudice amministrativo**

Il rilancio delle funzioni giurisdizionali impone una sempre maggiore consapevolezza della dimensione europea e internazionale in cui opera il giudice.

Il diritto amministrativo diventa sempre più un diritto comune europeo, dagli appalti all’ambiente, dalle comunicazioni all’energia, alla tutela del consumatore. Ed è già parte

di un diritto amministrativo “globale”.

Si impongono forme di integrazione che operano a livello legislativo, amministrativo e giurisdizionale.

La pubblica amministrazione è pertanto chiamata, in attuazione di una nozione allargata di legalità, a conoscere e a dare attuazione a tale normativa sovranazionale e a sperimentare nuovi modelli organizzativi che vedono, sempre più spesso, enti europei e nazionali chiamati ad operare insieme in un complesso sistema di rete tra pubbliche amministrazioni.

Il giudice amministrativo italiano è già un protagonista nel dialogo tra giurisdizioni nazionali e sovranazionali.

Il Consiglio di Stato è il giudice di ultima istanza che, in Europa, ha adottato il maggiore numero di ordinanze di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, contribuendo all'interpretazione uniforme del diritto europeo e nazionale.

Il giudice amministrativo può essere, a tutti gli effetti, un giudice dal “respiro europeo”, adattando le forme di tutela tradizionali ai cambiamenti imposti dal nuovo scenario e facendo un uso sapiente delle tecniche dell'interpretazione conforme e del cd. “margine di apprezzamento” connesso alla specificità del nostro ordinamento.

## **8. IL RILANCIO DELLE FUNZIONI CONSULTIVE**

La strategia di rilancio riguarda anche le funzioni consultive del Consiglio di Stato, in considerazione della loro idoneità a contrastare l'inflazione normativa e a favorire la prevenzione del contenzioso.

Si tratta di funzioni previste dalla Costituzione a garanzia oggettiva dell'ordinamento e dell'interesse generale, e non dell'interesse della pubblica amministrazione.

Già nel 1997, il legislatore ha posto al centro dell'attenzione

la funzione consultiva rivolta all'attività normativa e alla produzione delle regole.

Difatti, ha fortemente limitato l'attività di consulenza obbligatoria su contratti e altri singoli provvedimenti dell'amministrazione, affermando la necessità del parere per i soli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni, esaltando la funzione consultiva sugli atti normativi del Governo, anche con l'istituzione di un'apposita sezione del Consiglio di Stato.

Tale scelta va, oggi, rilanciata sotto almeno tre profili:

- la partecipazione attiva del Consiglio di Stato alle riforme in corso attraverso il parere sui relativi decreti attuativi;
- il contributo del Consiglio di Stato all'opera di semplificazione e codificazione;
- il ruolo di definizione preventiva di casi complessi, attraverso l'istituto del "quesito".

### **8.1. Il parere sui decreti attuativi delle riforme in corso**

Quanto al primo profilo, il Consiglio di Stato è chiamato proprio in questi giorni a fornire il proprio contributo nella fase di predisposizione di importanti atti normativi che si apprestano a trasformare in modo profondo l'assetto dell'amministrazione e i suoi rapporti con il cittadino.

La riforma di cui alla legge n. 124 del 2015 prevede un ambizioso disegno di trasformazione dell'organizzazione amministrativa nella prospettiva dell'unità, della semplificazione amministrativa e della maggiore differenziazione tra politica e amministrazione.

L'"unità" è stata pensata attraverso la revisione del ruolo degli uffici territoriali dello Stato, che diventano "punto di contatto unico tra amministrazione periferica dello Stato e cittadini", nonché attraverso l'istituzione del rappresentante unico statale, anche nella conferenza di servizi, con funzione di accentramento delle competenze che concorrono nella definizione di determinati assetti di interessi.

La "semplificazione amministrativa" è attuata, da un lato, grazie a una completa riscrittura della disciplina della conferenza di servizi, finalizzata ad assicurare forme più celeri di composizione degli interessi delle diverse amministrazioni coinvolte; dall'al-

tro, mediante un potenziamento dell'istituto della segnalazione certificata di inizio attività, che prevede, tra l'altro, una ricognizione, in funzione di certezza delle regole di azione, di tutti i procedimenti per i quali l'attività economica può essere subito intrapresa con un controllo pubblico successivo.

La valorizzazione dell'"autonomia della dirigenza", infine, è assicurata dalla previsione di una procedura comparativa con avviso pubblico per il reclutamento dei dirigenti, che, come ha ricordato di recente Sabino Cassese, apre nuovi canali di promozione a "capaci e meritevoli" in diretta attuazione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa.

La revisione della disciplina sostanziale dell'organizzazione e dell'attività amministrativa si accompagna, nelle intenzioni del Governo, ad una dichiarata finalità di semplificazione legislativa, grazie alla redazione di testi unici nei settori delle società pubbliche, dei servizi pubblici locali e del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione.

**A questa importante riforma si affiancherà quella dei contratti pubblici imposta dalla necessità di recepire le direttive europee del 2014 in tema di appalti e concessioni.**

Per emanare in tempi rapidi, ma anche con la necessaria qualità, i pareri sulle norme attuative di tali riforme, si sta provvedendo alla costituzione di Commissioni speciali, secondo una felice tradizione che valorizza il contributo di tutti i magistrati del Consiglio ad integrazione dei componenti della Sezione per gli affari normativi.

Anche qui intendiamo fare la nostra parte e fornire, se possibile, un valore aggiunto.

## **8.2. Il contributo all'opera di semplificazione e codificazione**

Il secondo profilo riguarda il contributo che le funzioni consultive possono dare per la semplificazione e la riduzione dello stock normativo vigente.

Tale modello è già oggi consentito dalla legge (art. 14, n. 2, del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054) e vi sono precedenti virtuosi di codici e testi unici redatti direttamente dal Consiglio di Stato: quello del processo amministrativo, ma anche, in passato, quello delle espropriazioni.



Si potrebbe, allora, ipotizzare che il Governo, in certi casi, richieda al Consiglio di redigere direttamente schemi di codici, testi unici, disegni di legge o normative attuative delle riforme.

L'Istituto potrebbe assolvere a questi compiti previa consultazione dei diretti destinatari delle normative e integrando, sulla base di un'apposita previsione legislativa a costo zero, la sua composizione con esperti esterni, provenienti dai settori tecnici di competenza, che completino le commissioni incaricate, di volta in volta, della redazione dei singoli codici di riassetto settoriale.

Questi problemi sono stati dibattuti in modo approfondito in sede di Commissione bicamerale per la semplificazione. Un'altra proposta che potrebbe essere valutata è quella di prevedere l'acquisizione, anche durante il procedimento legislativo, del parere del Consiglio di Stato, in tempi brevissimi, in relazione a specifiche proposte o disegni di legge, sia al fine di risolvere criticità giuridiche sia per segnalare quali siano gli interventi necessari sul piano del miglioramento della qualità normativa, della riduzione degli oneri amministrativi e, infine, sul piano del *goldplating*.

### **8.3. Il ruolo di *problem solving* preventivo attraverso l'istituto dei quesiti**

La finalità di prevenzione del contenzioso potrà perseguirsi anche attraverso il rilancio dell'istituto del "quesito", che consente all'Istituzione che lo richiede di avere indirizzi certi su questioni complesse, o di evitare l'innescarsi, in settori delicati, di controversie seriali.

La valorizzazione del quesito al Consiglio di Stato su questioni di rilevanza generale, altamente complesse o incerte, può:

- aiutare a risolvere preventivamente problemi giuridici delicati, su cui le amministrazioni rischiano di bloccarsi a lungo per incertezza e paura;
- identificare una linea interpretativa generale, utile anche per i privati (che a loro volta devono orientarsi nell'applicazione delle normative, specie se si tratta di imprese);

- favorire un indirizzo applicativo omogeneo a livello nazionale per le amministrazioni;
- fornire un elemento di certezza del diritto e di prevenzione e deflazione del contenzioso.

Potrebbe, allora, valorizzarsi il ruolo del Consiglio di Stato di *advisory board* delle Istituzioni pubbliche (Governo, Parlamento, Regioni, Autorità indipendenti, etc.), in un quadro di leale collaborazione istituzionale ma anche in un'ottica - più moderna - di *problem solving* preventivo.

Si potrebbero anche realizzare, a sostegno, alcuni eventuali interventi complementari, a costo zero, quali ad esempio l'apertura della proposizione di quesiti al Consiglio di Stato anche alle associazioni rappresentative degli *stakeholders*, ai portatori di interessi collettivi e diffusi, nella qualità di componenti dello Stato-comunità, accanto a quelli dello Stato-apparato.

In tal modo, su alcune questioni generali vi sarebbe un procedimento preventivo e partecipato di soluzione dei problemi, con il coinvolgimento dei soggetti interessati e la riduzione di contenziosi successivi.

## 9. IL RILANCIO DELL'ORGANIZZAZIONE

Il rilancio non può prescindere da una revisione dell'attuale modello organizzativo.

È indispensabile che esso sia ripensato in modo da introdurre meccanismi operativi propri di un'amministrazione moderna, prevedendo funzioni strumentali che valorizzino il servizio-justizia.

Queste funzioni sono almeno tre.

### 9.1. Studio e ricerca

La prima è quella di studio e di ricerca: per una magistratura

**che rifletta sul proprio oggetto e sul proprio futuro, che elabori un progetto per se stessa e per le Istituzioni, che sia proattiva e non reattiva.**

La qualità, l'efficacia e l'efficienza nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali e consultive presuppongono l'acquisizione di vaste conoscenze e lo scambio costante di informazioni e di esperienze con le Università, con le altre Magistrature e con gli ordinamenti degli altri Stati, non soltanto europei.

Il diritto amministrativo e la sua dimensione europea e sovranazionale richiedono un costante aggiornamento professionale dei giudici amministrativi.

Ad opera del Consiglio di Presidenza, con il contributo dell'Ufficio Studi, Formazione e Massimario, sono stati realizzati programmi di formazione di livello sovranazionale, incentrati sugli scambi culturali con giurisdizioni di altri Paesi e su stage di breve e lunga durata presso uffici giudiziari europei, nonché di formazione di tipo nazionale, connotata da un'accentuata multidisciplinarietà, grazie al coinvolgimento di esperti non soltanto giuristi.

Una proficua collaborazione è stata avviata anche con la Scuola Superiore della Magistratura, al fine di realizzare l'obiettivo di una formazione comune dei magistrati amministrativi e ordinari in ambiti di interesse condiviso.

## **9.2. Comunicazione istituzionale**

**La seconda è la funzione di comunicazione istituzionale: per meglio trasmettere i contenuti della nostra attività, per spiegare in modo trasparente le ragioni delle nostre scelte, per comprendere ciò che il Paese si aspetta da noi.**

Innovando una tradizione secolare di riserbo, appare ormai indispensabile che anche la giustizia amministrativa si confronti con il mondo della comunicazione e si apra ai *social network*, sebbene con le cautele imposte dal ruolo e dalla delicatezza delle funzioni svolte. Una comunicazione istituzionale, sobria nelle forme e nei contenuti, appare oggi utile per una maggiore trasparenza e per scongiurare il ripetersi di episodi, purtroppo non infrequenti nel recente passato, di non adeguata comprensione del significato giuridico di alcune decisioni. Ancorché le pronunce dei giudici amministrativi abbiano un elevato contenuto tecnico, occorre nondimeno che il senso dei provvedimenti della giustizia amministrativa, in particolare quelli che più incidono sul tessuto sociale, sia esternato in maniera corretta, affinché i cittadini siano sempre in grado di controllare il nostro operato.

### **9.3. Informatica e statistica**

La terza è la funzione legata all'informatica e alla statistica: per un'istituzione che conosca e possieda il proprio oggetto, che lo valuti e che lo misuri, e che per questa ragione possa affrontare meglio i problemi che la riguardano.

“Conoscere per deliberare”: l'indimenticata lezione di Luigi Einaudi deve essere calata nell'ambito della giustizia amministrativa.

Per migliorare il servizio offerto ai cittadini e per governare efficacemente il sistema è indispensabile acquisire una cognizione ancor più precisa dei dati statistici, anche nella prospettiva dell'adozione di soluzioni più incisive per lo smaltimento dell'arretrato.

Un adeguato sistema informativo, alla cui realizzazione daranno un significativo contributo anche talune nuove funzionalità del processo amministrativo telematico, ci consentirà di far conoscere, all'esterno, il livello di produttività della magistratura amministrativa e di tempestività della risposta alla domanda di giustizia, almeno nelle materie disciplinate dai riti accelerati.

## **10. IL DIALOGO ESTERNO**

Questi obiettivi non possono essere realizzati da soli: occorre il coinvolgimento degli altri attori del sistema istituzionale e sociale, nonché di tutti coloro che operano all'interno del mondo della magistratura amministrativa.

Una giustizia che non dialoga è una giustizia che non conosce il proprio oggetto e che, paradossalmente, fa a meno di esso, finendo con lo scrivere sull'acqua i propri progetti.

### **10.1. Il dialogo con le altre giurisdizioni**

In questa prospettiva, è, innanzitutto, necessario intensificare ancora di più il dialogo con le altre giurisdizioni.

La pluralità delle giurisdizioni rafforza la capacità del sistema di far fronte alla complessità della società e richiede che siano intensificati i canali di comunicazione tra le giurisdizioni stesse.

Sul piano sostanziale, la recente legislazione europea e nazionale si muove in questa direzione in settori nevralgici per l'economia e per la tutela dei diritti dei consumatori: si pensi alle recenti normative che attribuiscono al giudice amministrativo e al giudice civile ambiti diversi ma connessi di tutela nei settori delle pratiche commerciali scorrette, delle clausole abusive, dell'*enforcement* a garanzia della concorrenza.

Si dovrebbero moltiplicare vie stabili e qualificate di comunicazione, elaborazione e integrazione tra le giurisdizioni.

Dovrebbero valorizzarsi e istituzionalizzarsi, in via di autorganizzazione, i metodi di cooperazione nelle attività di formazione, di elaborazione dei precedenti giurisprudenziali, di scambio delle esperienze e di comunicazione con gli uffici del massimario, l'ufficio studi della giustizia contabile e la stessa Scuola Superiore della Magistratura, con la quale è in corso di perfezionamento un'apposita convenzione.

Nei rapporti con la Corte di cassazione è indispensabile che si riprendano forme di colloquio finalizzate a ridurre gli ambiti di incertezza relativi alle regole di riparto della giurisdizione.

Si potrebbe pensare anche a modifiche normative volte a consentire scambi istituzionali tra le giurisdizioni, con temporanee assegnazioni di giudici dotati di particolare esperienza, e in prospettiva valutare forme ulteriori di sperimentazione e integrazione su materie di rilevanza comune.

### **10.2. Il dialogo con il Foro e l'Accademia**

Nell'opera di rilancio, va ulteriormente valorizzata una storica tradizione della giustizia amministrativa; una tradizio-

ne nella quale il giudice raccoglie gli stimoli della comunità scientifica e del mondo forense.

È importante il dialogo con l'Accademia, valorizzando sempre di più gli apporti della dottrina anche ai fini della definizione degli indirizzi giurisprudenziali.

Analoga apertura va assicurata nei confronti del Foro, nella consapevolezza che anche il processo amministrativo è *actus trium personarum*: senza gli avvocati non solo non c'è giustizia amministrativa, ma non c'è giustizia *tout court*.

Si potrebbe, inoltre, pensare a un rafforzamento del dialogo con gli ordini professionali o con le associazioni degli avvocati, per il miglioramento del servizio giustizia anche attraverso forme di consultazione periodica.

## **11. IL DIALOGO INTERNO**

Sul fronte interno, gli obiettivi indicati possono essere raggiunti soltanto grazie all'apporto decisivo del Consiglio di presidenza e con la collaborazione di tutti i magistrati e del personale amministrativo.

Non meno importante sarà il contributo propositivo delle Associazioni dei magistrati e delle Organizzazioni sindacali.

### **11.1. Il Consiglio di Presidenza**

Il percorso di riforma e di autoriforma della giustizia amministrativa non può avvenire senza il concorso del Consiglio di Presidenza, che ha già avviato sul tema un'approfondita riflessione, giungendo a una prima elaborazione di significative proposte.

Tra le tante affrontate, una questione importante è quella del procedimento disciplinare, retto da norme non più attuali e tra loro non coordinate.

Il Consiglio di Presidenza ha il merito di aver formulato, nel corso degli anni, plurime proposte di revisione del procedimento: esse sono state poste all'attenzione del Governo e richiedono una normativa di rango primario.

Auspichiamo che, in tempi brevi, si possa portare a completamento tale importante riforma.

Un ulteriore profilo su cui il Consiglio di presidenza si è soffermato è quello degli incarichi. In tale settore, grazie anche a opportuni interventi legislativi, si è provveduto a una loro significativa riduzione, nella prospettiva della salvaguardia soltanto di quelli che hanno un valore esclusivamente istituzionale.

## **11.2. Il Personale di magistratura e il personale amministrativo**

Occorre riscoprire il senso della missione di tutti i magistrati amministrativi.

I Tribunali amministrativi e il Consiglio di Stato sono una ricchezza gli uni per l'altro. Senza i Tribunali amministrativi non vi sarebbe un sistema ordinario di giustizia esteso su tutto il territorio nazionale; senza il Consiglio di Stato non vi sarebbe un ordine autonomo di giustizia amministrativa.

I magistrati amministrativi hanno la cultura, la preparazione e l'entusiasmo per affrontare il profondo cambiamento che i tempi richiedono.

Ci è d'aiuto un comune sentire: riteniamo infatti che l'indipendenza della giurisdizione, oltre a poggiare sulle garanzie costituzionali assicurate a tutte le Magistrature, debba essere costruita, giorno per giorno, attraverso l'impegno personale, responsabilmente orientato nella direzione di una costante crescita professionale.

In questo senso, la forza e la legittimazione della giurisdizione riposano sul valore condiviso del merito, merito che del resto caratterizza la nostra attività fin dal suo inizio, giacché

l'ingresso nei ruoli dei Tribunali amministrativi e del Consiglio di Stato è possibile soltanto a seguito del superamento di concorsi particolarmente selettivi; anche i colleghi di nomina governativa sono sempre altamente qualificati e scelti tra le carriere di vertice dello Stato, con concorsi in ingresso anch'essi estremamente rigorosi.

Il nostro impegno è massimo.

Nonostante le contingenti difficoltà di funzionamento di molti uffici giudiziari, anche a causa dei relativi organici, il 2016 si è aperto con la buona notizia della firma del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, recante l'autorizzazione a bandire concorsi per 78 posti di referendario di Tribunale amministrativo regionale, nel triennio 2016/2018.

Nel 2016 giungerà a conclusione anche il concorso per cinque posti di consigliere di Stato e, in considerazione dell'auspicato imminente ingresso nei ruoli dell'Istituto di numerosi consiglieri di nomina governativa e di altri consiglieri provenienti dai Tribunali amministrativi, è ragionevole sperare che si riesca a porre rimedio alla attuale, grave carenza di personale.

Una significativa apertura al cambiamento manifesta il nostro personale amministrativo, che costituisce una componente essenziale del sistema di giustizia.

A tutte le donne e gli uomini che quotidianamente, con assoluta dedizione, creano le condizioni perché i magistrati amministrativi possano svolgere il loro lavoro, e a cui in buona parte è affidato il funzionamento del servizio giustizia, va il sentito ringraziamento mio e di tutti i colleghi.



## 12. CONCLUSIONI

Signor Presidente della Repubblica, Signore e Signori.

Ho delineato quelle che potrebbero essere le tendenziali linee evolutive di una giustizia amministrativa in grado di confrontarsi con le sfide del presente.

Sono certo che i traguardi che ho indicato sono alla nostra portata.

Le considerazioni che precedono si risolvono, a un tempo, in un progetto di autoriforma del sistema di giustizia amministrativa a legislazione invariata e in una scelta di discontinuità con esperienze autocentrate e autoreferenziali.

Dalla realizzazione di questo progetto possono derivare utilità per l'intero sistema amministrativo, sul piano:

- della semplificazione normativa e della qualità delle regole;
- della restituzione di autorevolezza e indipendenza all'amministrazione, attraverso la funzione di indirizzo della giurisprudenza e l'indicazione di buone pratiche e di efficienti modelli organizzativi;
- del contrasto alla *maladministration*, attraverso una giurisprudenza chiara e non formalistica, che tenda a configurare un'amministrazione attenta ai risultati e non ai profili meramente procedurali e burocratici.

Si tratta di un programma impegnativo, che ha lo scopo di mantenere la giustizia amministrativa nella contemporaneità.

L'impegno è gravoso, ma in questi primi giorni qualche segnale è stato già dato.

Alla base di questa azione vi è una visione della giustizia non come "potere", ma come "servizio", inteso nel senso più elevato dell'espressione.

Il "potere" del giudice non è fine a sé stesso, come espressione di autorità, ma è diretto a fornire una risposta ai cittadini che domandano giustizia.

Ciò vale anche per la giustizia amministrativa: in un contesto in cui tutti i poteri pubblici stanno cambiando, accentuando la

caratteristica di servizio, i giudici sono infatti a presidio del corretto esercizio del potere altrui.

Un servizio da rendere all'affidabilità delle Istituzioni, alla competitività del Paese nel contesto europeo e mondiale, ma innanzitutto ai diritti e al benessere dei cittadini.

Un servizio cui deve ispirarsi il nostro modo di lavorare, per dare risposta alla domanda di giustizia.

Un servizio che non guarda solo all'interno del nostro mondo, ma che tiene conto del contesto esterno, valutando le conseguenze delle decisioni al di fuori del processo.

Un servizio che consideri la funzionalità e l'efficienza non come accessori o come modalità, ma come componenti integranti dello *ius dicere*.

Perché il nostro impegno è, semplicemente, per un lavoro comune, al servizio degli altri.

*GIURISPRUDENZA  
DEL CONSIGLIO DI STATO  
E DEL CGA 2015*



## **Attività del Consiglio di Stato e del C.G.A. 2015** (a cura del Cons. Giulia Ferrari)

**Sommario: 1. Fonti. 2. Autorità indipendenti e altri soggetti giuridici. 3. Procedimento. 4. Contratti e accordi. 5. Sanità. 6. Servizi. 7. Economia. 8. Espropriazione. 9. Edilizia. 10. Patrimonio culturale. 11. Stranieri. 12. Imposte e tasse. 13. Ricorso straordinario al Capo dello Stato. 14. Responsabilità. 15. Giurisdizione. 16. Processo.**

### **1. Fonti.**

#### **1.1. Applicazione immediata nell'ordinamento interno delle norme Cedu: Cons. Stato, A.P., ord., 14 luglio 2015, n. 7.**

Con l'ordinanza n. 7 del 14 luglio 2015 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha preso in esame i rapporti tra normativa Cedu e norma interna, escludendo che il contrasto tra legislazione nazionale interna e normativa Cedu debba essere risolto con la disapplicazione della prima. Le norme della Convenzione EDU non sono infatti assimilabili, ai fini dell'applicazione immediata nell'ordinamento interno, alle norme comunitarie *self executing*. La Corte costituzionale (sentenze n. 183 del 1973 e n. 170 del 1984) ha infatti chiarito che solo le norme comunitarie "debbono avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, si da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari". Il fondamento costituzionale di tale efficacia diretta è stato individuato nell'art. 11 Cost., nella parte in cui consente le limitazioni della sovranità nazionale necessarie per promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni. Tale conclusione non si estende però alle norme Cedu, non potendo venire in considerazione l'art. 11 Cost., "non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale" (sentenza n. 188 del 1980). Evidente è la distinzione tra le norme Cedu e le norme comunitarie, in quanto le prime, pur assolvendo alla funzione primaria di tutela e di valorizzazione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, con connessa disapplicazione delle norme interne in eventuale contrasto. L'art. 117, comma 1, Cost., nel testo introdotto nel 2001 con la riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione, ha confermato il citato orientamento giurisprudenziale della Corte Costituzionale. La di-

sposizione costituzionale ora richiamata distingue infatti, in modo significativo, i vincoli derivanti dall'«ordinamento comunitario» da quelli riconducibili agli «obblighi internazionali». Ha chiarito l'Adunanza plenaria che la differenza non è soltanto terminologica, ma anche sostanziale. Con l'adesione ai Trattati comunitari l'Italia è, infatti, entrata a far parte di un «ordinamento» più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce, quindi, norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale, pur con caratteristiche significativamente peculiari, da cui derivano «obblighi» per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri.

Il Massimo Consesso ha altresì ribadito, richiamando costante giurisprudenza della Consulta (sentenze nn. 348 e 349 del 2007), l'esclusione delle norme CEDU, in quanto norme pattizie, dall'ambito di operatività dell'art. 10, comma 1, Cost.. Ha chiarito il giudice delle leggi (sentenza n. 188 del 1980) che il comma 1 dell'art. 10 Cost., con l'espressione «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l'adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell'ordinamento giuridico italiano. Le norme convenzionali, ancorché generali, contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali, esulano pertanto dalla portata normativa del suddetto art. 10. Di questa categoria fa parte la Cedu, con la conseguente «impossibilità di assumere le relative norme quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale, di per sé sole ovvero come norme interposte *ex art. 10 Cost.*» (ordinanza n. 143 del 1993).

Le norme della CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, assumono rilevanza nell'ordinamento italiano quali norme interposte. Alla Cedu è quindi riconosciuta un'efficacia intermedia tra legge e Costituzione, volta ad integrare il parametro di cui all'art. 117, comma 1, Cost. che vincola i legislatori nazionali, statale e regionali, a conformarsi agli obblighi internazionali assunti dallo Stato. Tale posizione non è mutata neanche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che, all'art. 6, prevede l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione CEDU. Anche tale innovazione non ha «comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della CEDU nel sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale la concezione delle norme interposte» (Corte cost., sentenza n. 80 del 2011). Di conseguenza, il giudice del caso concreto, allorché si trovi a decidere di un contrasto tra la Cedu e una norma di legge interna, sarà tenuto a sollevare un'apposita questione di legittimità costituzionale. Rimane salva l'interpretazione «conforme alla Convenzione», e quindi conforme agli impegni internazionali assunti dall'Italia, delle norme interne. Tale interpretazione, anzi, si rende doverosa

per il giudice che, prima di sollevare un'eventuale questione di legittimità, è tenuto ad interpretare la disposizione nazionale in modo conforme a costituzione (Corte cost. 24 luglio 2009, n. 239, punto 3 del considerato in diritto).

Ha infine chiarito la sentenza in rubrica che poiché, come chiarito, le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale della norma interna deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, comma 1, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione. In sintesi, la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 Cost..

### **1.2. Disapplicazione norma interna in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: Cons. Stato, A.P., ord., 4 marzo 2015, n. 2.**

Con l'ordinanza in rubrica il Massimo consesso ha ricordato che il giudice amministrativo, così come quello ordinario, non può autonomamente disapplicare la norma interna che ritenga incompatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, analogamente a quanto previsto per il diritto dell'Unione Europea (a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia Simmenthal del 1978 e della Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170). Infatti, nonostante taluni orientamenti giurisprudenziali e dottrinari di segno contrario, il giudice delle leggi ha più volte chiarito come sulle norme interne contrastanti con le norme pattizie internazionali, ivi compresa la Cedu, spetti esclusivamente alla stessa Corte costituzionale il sindacato di costituzionalità accentrato (Corte cost., 348 e 349 del 2007; n. 39/2008; nn. 311 e 317 del 2009; nn. 138 e 187 del 2010; nn. 1, 80, 113, 236, 303, del 2011). Le norme della Cedu, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, assumono rilevanza nell'ordinamento italiano quali norme interposte. Alla Cedu è riconosciuta un'efficacia intermedia tra legge e Costituzione, volta ad integrare il parametro di cui all'art. 117, comma 1, Cost. che vincola i legislatori nazionali, statale e regionali, a conformarsi agli obblighi internazionali assunti dallo Stato. Tale posizione non muta anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che all'art. 6 prevede una adesione dell'Unione Europea alla Convenzione Cedu. Anche tale innovazione non ha "comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della Cedu nel sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale la concezione delle norme interposte" (Corte cost. n. 80 del 2011). Di conseguenza, qualsiasi giudice, allorché si trovi a decidere di un contrasto tra la Cedu e una norma di legge interna, sarà tenuto

a sollevare un'apposita questione di legittimità costituzionale. Rimane salva l'interpretazione "conforme alla convenzione", e quindi conforme agli impegni internazionali assunti dall'Italia, delle norme interne. Tale interpretazione, anzi, si rende doverosa per il giudice che, prima di sollevare un'eventuale questione di legittimità, è tenuto ad interpretare la disposizione nazionale in modo conforme a costituzione (*ex multis*, Corte cost. 24 luglio 2009, n. 239, punto 3 del considerato in diritto). Ha aggiunto l'Adunanza plenaria che anche nel caso in cui la violazione commessa dallo Stato sorga proprio a causa della sentenza passata in giudicato non viene meno l'obbligo per lo Stato, complessivamente considerato, di conformarsi alle sentenze di Strasburgo. Sul punto, la Corte europea e gli organi del Consiglio d'Europa hanno peraltro progressivamente individuato la "riapertura" del processo quale soluzione maggiormente idonea a garantire la *restitutio in integrum* a favore delle vittime delle violazioni non altrimenti rimediabili (cfr. Raccomandazione R(2000)2 del 19 gennaio 2000 del Comitato dei Ministri). In questi casi, la rimozione del giudicato formato risulta indispensabile per rimuovere la violazione dei diritti commessa dallo stato-giudice nel corso del processo. Tale obbligo di riapertura dei processi iniqui è stato con maggior forza affermato dalle istituzioni del Consiglio d'Europa con riferimento ai processi penali, dove chiaramente i valori in gioco, in primis quello della libertà personale, rendono del tutto intollerabile il perdurare di violazioni di diritti fondamentali degli imputati e/o dei condannati accertate in via definitiva dalla corte sovranazionale. Ciò ha portato molti Stati aderenti alla Convenzione a prevedere la possibilità di riapertura dei processi mediante norme legislative o interventi giurisprudenziali. Anche l'Italia si è posta in tale solco culminato con la sentenza della Corte cost. n. 113 del 2011 che, con sentenza additiva, ha previsto la possibilità di revisione del processo penale *ex art. 630 c.p.p.*, qualora ciò si renda necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani. Il Massimo Consesso ha quindi affermato che un contrasto tra le norme processuali interne e l'obbligo gravante sullo Stato di conformarsi alle sentenze Cedu può sussistere anche nel caso in cui è in discussione l'ammissibilità del ricorso per la revocazione di una sentenza del giudice amministrativo. Infatti, le raccomandazioni del Consiglio d'Europa circa la riapertura dei processi, seppur dedicano particolare enfasi al processo penale, non escludono dall'ambito della raccomandazione stessa i processi civili o amministrativi. Gli Stati, infatti, sono incoraggiati a "riaprire" i processi nel caso in cui ricorrano due condizioni: a) la parte lesa continui a soffrire serie conseguenze negative a causa della sentenza nazionale, alle quali non è possibile adeguatamente rimediare mediante la *just satisfaction* accordata dalla Corte europea *ex art 41 Cedu* e non possono essere rimosse se non mediante una riapertura del processo stesso; b) la Corte Cedu abbia riconosciuto la sentenza domestica quale fonte di una violazione degli obblighi convenzionali per ragioni sostanziali o procedurali (par. II, Raccomandazione R(2000)2 del 19 gennaio 2000 del Comitato dei Ministri). Ha ricordato la sentenza che la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la sentenza passata in giudicato della stessa Adunanza Plenaria n. 4 del 2004 fosse fonte di una duplice



violazione dei diritti convenzionali, segnatamente del diritto di accesso ad un Tribunale (art. 6 Cedu) e del diritto alla proprietà (art. 1, Prot. n. 1, Cedu) che veniva in rilievo con riferimento alle prestazioni previdenziali che i ricorrenti assumono essere loro spettanti. Qualora non fosse ammissibile la revocazione del giudicato, l'ordinamento italiano non fornirebbe ai ricorrenti alcuna possibilità per veder rimediata la violazione dei diritti fondamentali dagli stessi subita. La Corte di Strasburgo, pur precisando che il diritto di accesso ad un tribunale non è assoluto, ma può essere di volta in volta limitato o condizionato, ha ritenuto che, nel caso di specie, il diritto di accesso ad un tribunale sia stato leso nella sua sostanza essendovi dunque stata una violazione dell'art. 6 par. 1 della Convenzione.

Ha quindi concluso l'Adunanza plenaria che le norme processuali nazionali che disciplinano i casi di revocazione delle sentenze del giudice amministrativo - *id est* l'art. 106 c.p.a. e, in quanto richiamati dallo stesso, gli artt. 395 e 396 c.p.c. - si pongano in tensione con il vincolo per il legislatore statale di rispetto degli obblighi internazionali sancito dall'art. 117, comma 1, Cost. e che viene in rilievo con riferimento all'impegno assunto dallo Stato - con la legge di ratifica ed esecuzione 4 agosto 1955, n. 848 - di conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo. Infatti, non contemplando tra i casi di revocazione quella che si renda necessaria per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, le norme processuali appaiono in contrasto con l'art. 46 Cedu che, invece, sancisce tale obbligo per gli Stati aderenti. Inoltre, l'assenza nell'ordinamento italiano di un apposito rimedio volto a "riaprire" il processo giudicato "iniquo" dalla Corte europea sembra potersi porre in contrasto con i principi sanciti dall'art. 111 Cost. e (si ritiene di dover aggiungere) con l'art. 24 Cost. Infatti, le garanzie di azionabilità delle posizioni soggettive e di equo processo previste dalla nostra Costituzione non sono inferiori a quelle espresse dalla Cedu e può argomentarsi un contrasto tra le dette norme costituzionali e le previsioni legislative che non consentono la revocazione del giudicato di cui è stata accertata in sede Cedu l'"ingiustizia" per violazione di un diritto fondamentale come quello di accesso ad un Tribunale. Come si è detto, l'Adunanza plenaria non può autonomamente disapplicare le norme interne incompatibili con la Convenzione europea. Altresì non si ritiene che nel caso di specie il contrasto tra le norme processuali interne e quelle convenzionali possa essere risolto tramite un'"interpretazione adeguatrice". Basti dire che i casi di revocazione delle sentenze amministrative ammessi dal nostro ordinamento sono tassativamente elencati dal combinato disposto degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c.. L'Adunanza plenaria ha quindi ritenuto di dover sollevare questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c. in relazione agli artt. 117, comma 1, 111 e 24 Cost. nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

## 2. Autorità indipendenti e altri soggetti giuridici.

### 2.1. Imposizione alle Autorità di regolamentazione di limiti e vincoli di carattere finanziario: Cons. Stato, sez. IV, ord., 15 maggio 2015, n. 2475.

Con l'ordinanza in epigrafe la sez. VI ha affrontato la questione relativa all'interpretazione e all'applicazione nell'ordinamento nazionale delle disposizioni della direttiva 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, per come modificata dalla direttiva 2009/140/CE (c.d. 'direttiva quadro'), con particolare riguardo ai requisiti di indipendenza e imparzialità che devono essere assicurati alle Autorità nazionali di regolamentazione (ANR) ai sensi dell'art. 3 della medesima direttiva. Più in particolare, l'ordinanza individua i limiti (ove esistenti) imposti ai Legislatori nazionali laddove intendano imporre anche alle Autorità di regolamentazione (con particolare riguardo all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni) taluni limiti e vincoli di carattere finanziario volti a conseguire generali obiettivi di contenimento di spesa e di razionalizzazione delle finanze pubbliche.

Con l'appello all'esame della sezione l'Agcom ha impugnato l'elenco ISTAT pubblicato il 28 settembre 2012 e ha dedotto che le disposizioni legislative (art. 1, comma 2, l. 31 dicembre 2009, n. 196, modificato dall'art. 5, comma 7, d.l. 2 marzo 2012, n. 16) e amministrative, che le impongono il rispetto delle disposizioni in materia di finanza pubblica, sono incompatibili con il principio di autonomia finanziaria che le deve essere assicurata in quanto ANR nel settore delle reti e servizi di comunicazione elettronica. Ha affermato che l'incondizionato assoggettamento delle ANR alle norme nazionali in tema di finanza pubblica (e in tema di contenimento e razionalizzazione delle spese delle amministrazioni pubbliche) priva tali Autorità "di qualsiasi margine di autonomia nella scelta dei modi e delle tecniche attraverso le quali realizzare il contenimento della spesa"; che l'assoggettamento a tali norme comporta l'applicazione nei suoi confronti "[di] misure limitative estremamente specifiche, tali da escludere qualsiasi margine di autodeterminazione delle stesse con riguardo alle strategie da adottare per conseguire l'obiettivo del contenimento della spesa". Ha aggiunto che, se proprio il Legislatore nazionale avesse ritenuto di estendere nei suoi confronti la normativa in materia di contenimento e razionalizzazione delle spese delle amministrazioni pubbliche, avrebbe potuto e dovuto limitare tali riduzioni alla sola quota di bilancio che deriva da erogazioni di fonte statale (ma si è visto che si tratta di una quota del tutto minimale, dal momento che l'Autorità trae oltre il 90 per cento del fabbisogno a copertura dei propri costi dai contributi versati dagli enti e organismi sottoposti a vigilanza).

Tali essendo i profili dedotti dall'Agcom, la sezione ha ritenuto che al fine del decidere era necessario stabilire se la normativa nazionale, che assoggetta anche le Autorità nazionali di regolamentazione di cui all'articolo 13 della direttiva 2002/21/CE alle generali disposizioni in materia di finanza pubblica che interessano tutte

le pubbliche amministrazioni e, in particolare, alle disposizioni in tema di contenimento e razionalizzazione delle spese delle amministrazioni pubbliche, risulti in contrasto: con i principi di imparzialità ed indipendenza - anche sotto il profilo finanziario ed organizzativo - che devono essere necessariamente riconosciuti alle richiamate autorità nazionali di regolamentazione; con il principio di sostanziale autofinanziamento delle attività di gestione, controllo e applicazione del regime di autorizzazione generale ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2002/20/CE (c.d. 'direttiva autorizzazioni'). Ad avviso della sezione sussistono effettivi dubbi di compatibilità fra le disposizioni nazionali e le pertinenti disposizioni del diritto dell'UE. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE (3 dicembre 2009, C-424/07) ha a sua volta sottolineato che gli Stati membri sono tenuti a garantire l'indipendenza delle ANR affinché queste ultime esercitino i loro poteri in modo imparziale e trasparente. Vi è ragione di ritenere che la richiamata indipendenza possa comportare non solo il riconoscimento di "*risorse finanziarie e umane adeguate per svolgere i compiti loro assegnati*" (direttiva 2002/21/CE, articolo 3, paragrafo 3), ma anche una piena autonomia per le ANR nel decidere se e in quale misura operare eventuali riduzioni di spesa complessiva. Ha quindi affermato la sezione che il richiamato principio di indipendenza (al quale la direttiva 2009/140/CE aggiunge anche il principio dell'autonomia di bilancio) comporti, in alternativa, o un'integrale sottrazione delle ANR alle disposizioni in materia di finanza pubblica, che valgono per la generalità delle amministrazioni pubbliche; oppure la sola possibilità per il Legislatore nazionale di imporre alle ANR vincoli e obiettivi 'di risultato', lasciando comunque le Autorità medesime libere di individuare, nell'ambito della loro autonomia, le modalità concrete con cui perseguire le finalità generali di finanza pubblica (si tratta di un modello che il Legislatore italiano ha riservato, ad esempio, alla Banca d'Italia (art. 3, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122). In tal caso, resterebbe vietato al Legislatore nazionale di imporre alle ANR tagli di bilancio di tipo 'lineare' - *id est*, in misura percentuale fissa - quali quelli di cui all'art. 1, comma 5 l. 30 dicembre 2004, n. 311, e all'art. 22, d.l. 4 luglio 2006, n. 223. Ad avviso della sezione il principio di tendenziale autofinanziamento delle attività di gestione, controllo ed applicazione del regime di autorizzazione (direttiva 2002/20/CE, art. 12) consente ai Legislatori nazionali di imporre tagli di bilancio alle ANR, ma soltanto per le quote di bilancio che derivano da fonte statale (e che esulano, quindi, dal regime di autofinanziamento). In tal caso, quindi, i tagli di bilancio non potrebbero operare nei confronti delle quote di bilancio delle ANR che derivano da un regime di autofinanziamento. L'ordinanza ha però chiarito che pur non essendo in grado di individuare con certezza la corretta interpretazione ed applicazione delle disposizioni del diritto dell'UE rilevanti ai fini del decidere - con conseguente obbligo di rimettere la questione al giudice comunitario - nondimeno ritiene maggiormente plausibile la tesi secondo cui l'Ordinamento giuridico dell'UE non osta all'applicazione nei confronti di una ANR ai sensi della direttiva 2002/21/CE delle citate disposizioni nazionali. Ha innanzitutto escluso che i principi di indipendenza

e imparzialità delle ANR risultino violati e compressi in modo 'automatico' per il solo fatto che nei confronti di tali Autorità vengano applicate le generali disposizioni nazionali in materia di finanza pubblica (ovvero, disposizioni specifiche di riduzione delle spese quali quelle di cui all'art. 1, comma 5, l. n. 311 del 2004, o quelle di cui all'art. 2, d.l. n. 223 del 2006). Allo stadio attuale di evoluzione del diritto dell'Unione europea e nazionale, alle ANR sono certamente riconosciuti particolari prerogative di indipendenza e imparzialità, ma non uno *status* talmente differenziato e speciale rispetto alla generalità delle altre amministrazioni pubbliche da rendere *ipso facto* illegittima una qualunque disposizione nazionale la quale assoggetti tali Autorità alle disposizioni in materia di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica che operano per la generalità delle amministrazioni pubbliche. Una siffatta disposizione nazionale potrebbe essere considerata in contrasto con la pertinente normativa dell'Unione europea solo laddove sia dimostrato in concreto che, per i caratteri quantitativi o qualitativi del taglio disposto, si determini un impedimento effettivo e concreto alla capacità, per la singola ANR, di disporre "di tutte le risorse necessarie, sul piano del personale, delle competenze e dei mezzi finanziari, per l'assolvimento dei compiti loro assegnati" (direttiva 2002/21/CE, considerando 11). La sezione ha altresì escluso che sia assecondabile l'assunto dell'Agcom secondo cui, pur ammettendo l'estensione alla stessa di tali misure di contenimento della spesa, queste si sarebbero dovute limitare alla quota di finanziamento riferibile al bilancio statale, senza potersi estendere alla quota di sostanziale autofinanziamento che l'Autorità trae dalle proprie attività di vigilanza ed autorizzazione (quest'ultima ai sensi della direttiva 2002/20/CE, art. 20). E' innegabile che la direttiva 2002/20/CE (considerandi 30 e 31 e art. 12) fissi il principio della tendenziale corrispondenza fra i diritti amministrativi riscossi dalle ANR e "i costi amministrativi veri e propri di tali attività". Tuttavia il principio in questione mira in primo luogo ad impedire che la fissazione di diritti amministrativi finisca per "distorcere la concorrenza o creare ostacoli per la concorrenza sul mercato". Al contrario, non sembra che da tali disposizioni possa essere tratto il principio del sostanziale divieto per i Legislatori nazionali di imporre misure di contenimento e razionalizzazione della spesa nei confronti delle ANR quando queste traggano dal sistema dei costi amministrativi una parte prevalente delle proprie entrate. La sezione ha quindi concluso ricordando che, come già osservato dalla Corte costituzionale con la sentenza 20 giugno 2007, n. 256 e dal Consiglio di Stato con la sentenza 28 novembre 2012, n. 6014, i contributi e i diritti amministrativi, che le Autorità amministrative indipendenti possono riscuotere dai soggetti sottoposti alla relativa attività di vigilanza, controllo e regolazione, hanno pur sempre natura sostanzialmente tributaria in quanto consistono in prestazioni patrimoniali imposte da puntuali disposizioni di legge (art. 23 Cost.). Pertanto, la natura stessa di tali contributi e diritti amministrativi è di carattere tributario e rientra nella generale potestà impositiva dello Stato/Legislatore (anche quando - come nel caso che qui interessa - l'imposizione di tali contributi e diritti amministrativi derivi dal recepimento di disposizioni di normativa dell'Unione europea).

**2.2. Competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta: Cons. Stato, sez. VI, ord., 18 ottobre 2015, n. 4351.**

La sez. VI, con l'ordinanza in rubrica, ha rimesso all'Adunanza Plenaria alcune questioni interpretative inerenti il comma 1 *bis* dell'art. 27 del Codice del consumo, approvato con d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, comma introdotto dall'art. 1, comma 6, lett. a), d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 (recante attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori). Secondo tale norma: "anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze". La sez. VI ha in particolare rimesso all'Adunanza plenaria la questione relativa a: a) se il citato l'art. 27, comma 1 *bis*, sia da interpretarsi come norma attributiva di una competenza esclusiva all'Agcm in materia di pratiche commerciali scorrette, anche a fronte di condotte disciplinate da specifiche norme settoriali di derivazione europea (ritenute idonee a reprimere il comportamento sia con riguardo alla completezza ed esaustività della disciplina, sia con riguardo ai poteri sanzionatori, inibitori e conformativi attribuiti all'Autorità di regolazione); b) in caso affermativo, se la circostanza che lo *jus superveniens* abbia attribuito all'Agcm la competenza all'esercizio del potere sanzionatorio in materia di pratiche commerciali scorrette comporti il venir meno dell'interesse alla decisione in ordine alla censura di incompetenza - formulata con riguardo alla sanzione adottata da tale Autorità nel precedente regime - anche nell'ipotesi in cui la nuova norma abbia aggravato il procedimento di irrogazione della sanzione con la previsione della necessaria acquisizione del parere dell'Autorità di regolazione. La sez. VI ha infatti indicato due diverse opzioni interpretative, che possono ingenerare un contrasto giurisprudenziale. Secondo una lettura basata sul dettato letterale e sulla finalità di interpretazione autentica del principio di specialità, all'Agcm deve essere riconosciuta una competenza generale ed esclusiva ad intervenire in materia di pratiche commerciali scorrette, dunque anche con riferimento ai settori regolati e a condotte disciplinate da specifiche norme settoriali di matrice europea; per una seconda interpretazione, imperniata sulla persistente applicazione delle norme comunitarie inerenti il riparto di competenza (v. Considerando n. 10 e art. 3, comma 4, della Direttiva 2005/29/CE) e già applicata da Cons. Stato, A.P., 11 maggio 2012, nn. 11-16, la disciplina generale del Codice del consumo resterebbe applicabile da parte dell'Agcm, anche nei settori regolati e in via esclusiva, solo quando la disciplina di settore non abbia

preventivamente ed esaustivamente disposto la regola comportamentale applicabile, individuando nell'Autorità di regolazione il soggetto competente a sanzionare la violazione delle disposizioni.

### **2.3. Intese restrittive della concorrenza: Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123.**

La sez. VI si è pronunciata sulla legittimità della sanzione comminata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad alcuni operatori del settore del trasporto marittimo passeggeri per aver posto in essere un'intesa nella forma di una pratica concordata, consistente nel parallelo aumento generalizzato e significativo dei prezzi dei servizi di trasporto marittimo passeggeri, con o senza veicoli gommati al seguito, su una serie di rotte da e per la Sardegna (segnatamente, sulle rotte Civita-vecchia-Olbia, Genova-Olbia e Genova-Porto Torres), con riferimento alla stagione estiva 2011, qualificata come illecito anticoncorrenziale in quanto non giustificabile con spiegazioni economiche alternative se non con la concertazione tra le imprese ricorrenti, nonché lesiva dell'art. 101 TFUE, poiché idonea a restringere il commercio fra gli Stati membri, costituendo i collegamenti marittimi per la Sardegna una parte rilevante del trasporto marittimo in Italia. Ha ricordato che l'art. 101 TFUE, vieta "(...) tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; (...)". Ha aggiunto che mentre la fattispecie dell'accordo ricorre quando le imprese abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, la "pratica concordata" corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza. I criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire tale nozione, vanno intesi alla luce dei principi in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato. La suddetta esigenza di autonomia, anche se non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti, vieta però rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato. L'intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese, uniformi e paralleli, che costituiscano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali, sicché nella pratica concordata manca, o comunque non è rintracciabile da parte dell'investigatore, un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile, ove si consideri che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica an-

ticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tentano con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti o accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto. La giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena, ritiene che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti.

Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali: la durata, l'uniformità e il parallelismo dei comportamenti; l'esistenza di incontri tra le imprese; gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; i segnali e le informative reciproche; il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate. La sezione ha poi ricordato che la giurisprudenza comunitaria e nazionale distingue tra parallelismo naturale e parallelismo artificiosamente indotto da intese anticoncorrenziali, di cui la prima fattispecie da dimostrare sulla base di elementi di prova endogeni, ossia collegati alla stranezza intrinseca delle condotte accertate e alla mancanza di spiegazioni alternative, nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello riscontrato, e la seconda sulla base di elementi di prova esogeni, ossia di riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita al di là della fisiologica stranezza della condotta in quanto tale. La differenza tra le due fattispecie e correlative tipologie di elementi probatori - endogeni e, rispettivamente esogeni - si riflette sul soggetto, sul quale ricade l'onere della prova: nel primo caso, la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'Autorità, mentre, nel secondo caso, l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa. In particolare, qualora, a fronte della semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti sul mercato, il ragionamento dell'Autorità sia fondato sulla supposizione che le condotte poste a base dell'ipotesi accusatoria oggetto di contestazione non possano essere spiegate altrimenti se non con una concertazione tra le imprese, a queste ultime basta dimostrare circostanze plausibili che pongano sotto una luce diversa i fatti accertati dall'Autorità e che consentano, così, di dare una diversa spiegazione dei fatti rispetto a quella accolta nell'impugnato provvedimento. Qualora, invece, la prova della concertazione non sia basata sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma dall'istruttoria emerga che le pratiche possano essere stati frutto di una concertazione e di uno scambio di informazioni in concreto tra le imprese, in relazione alle quali vi siano ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese l'onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti.

**2.4. Contributo dovuto all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni dai soggetti gestori di telefonia mobile: Cons. St., sez. III, 1 aprile 2015, n. 1712.**

Con la sentenza in rubrica la sez. III ha affrontato la questione relativa all’applicazione del contributo dovuto all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni dai soggetti gestori di telefonia mobile, per la gestione del regime di autorizzazione e per la concessione dei diritti d’uso. Ha affermato che l’onere contributivo, dovuto all’Agcom, e posto a carico degli operatori dei servizi di telecomunicazione, deve essere commisurato non alle spese di funzionamento generale ma a quelle specifiche sostenute per la gestione dell’autorizzazione generale; deve quindi trattarsi di un prelievo sobrio, come prescritto dall’art. 12, § 2) della dir. n. 2002/20/CE che, a questo riguardo, impone alle Autorità nazionali di regolazione (A.N.R.), compresa quindi anche l’Agcom, di “... pubblicare un rendiconto annuo dei propri costi amministrativi e dell’importo complessivo dei diritti riscossi...”. Si tratta di un documento che non coincide con il bilancio dell’Autorità, né lo doppia, giacché serve al calcolo, anch’esso soggetto a facile ed immediata leggibilità, delle differenze tra l’importo totale dei diritti riscossi ed i costi amministrativi sopportati, al fine pure di apportare le opportune rettifiche, in dare o in avere con le imprese contribuenti. Il prelievo, oltre che semplice e di facile attuazione, non può concernere il regime di autorizzazione generale, ma nei soli limiti nei quali essa si ricolleggi a mercati non efficienti che, perciò, abbiano bisogno d’una regolazione *ex ante* e, ovviamente, finché tal necessità permanga. Ha aggiunto la sezione che l’attitudine alla contribuzione delle imprese soggette al prelievo *de quo*, è chiaramente individuata dalla norma primaria UE nel rapporto di diretta proporzionalità tra aliquota, base imponibile e presupposto, da un lato ed entità dei costi sostenuti dalle A.N.R. per le sole attività di regolazione *ex ante*. Poiché quest’ultima è preordinata ad impedire gli effetti abusivi e distorsivi nel mercato relativo prima che se ne verifichino i danni, le sole attività, da finanziare col prelievo, sono sole quelle strumentali al rilascio ed a tutti gli aspetti di disciplina e gestione della stessa autorizzazione generale.

**2.5. Frequenze televisive per il digitale terrestre: Cons. Stato, sez. III, ord., 16 ottobre 2015, n. 4774.**

L’ordinanza in rubrica ha rimesso alla Corte di giustizia le questioni pregiudiziali, relative all’art. 3 *quinquies*, comma 6, d.l. 2 marzo 2012, n. 16 del 2012, il quale, dopo la definitiva transizione dalla televisione analogica alla televisione digitale (*switch over*), nell’annullare in via legislativa il bando in G.U. 8 luglio 2011 e relativo disciplinare di gara per il c.d. *beauty contest*, ha stabilito le procedure per l’assegnazione dei diritti d’uso delle frequenze per le reti televisive digitali per le frequenze per le reti nazionali in DVB-T (digitale terrestre) e in DVB-H (TV sui telefonini); in particolare va chiarito: 1) se l’intervento normativo contestato e i conseguenti atti applicativi hanno o meno violato le regole secondo le quali le funzioni di regolamentazione del mercato televisivo spettano ad una autorità amministrativa



indipendente (artt. 3 ed 8 della direttiva 2002/21/CE, c.d. direttiva quadro, come modificata dalla direttiva 2009/140/CE); 2) se l'intervento normativo contestato e i conseguenti atti applicativi hanno o meno violato le disposizioni (art. 7 della direttiva 2002/20/CE, c.d. direttiva autorizzazioni, e art. 6 della direttiva 2002/21/CE, c.d. direttiva quadro), che prevedono il previo svolgimento di una consultazione pubblica da parte dell'Autorità indipendente nazionale di regolamentazione del settore; 3) se il diritto dell'Unione europea, in particolare, l'art. 56 TFUE, l'art. 9 della direttiva 2002/21/CE, c.d. direttiva quadro, gli artt. 3, 5 e 7 della direttiva 2002/20/CE, e gli artt. 2 e 4 della direttiva 2002/77/CE, c.d. direttiva concorrenza, nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità, effettività e pluralismo dell'informazione, osta all'annullamento della procedura di *beauty contest* - che era stata indetta per rimediare, nel sistema dell'assegnazione delle frequenze digitali televisive, all'illegittima esclusione di operatori del mercato e per consentire l'accesso degli operatori minori - ed alla sua sostituzione con altra procedura di gara onerosa, laddove ha previsto l'imposizione ai partecipanti di requisiti ed obblighi non richiesti in precedenza agli *incumbents*, rendendo oneroso e diseconomico il confronto concorrenziale; 4) se il diritto dell'Unione europea, in particolare, l'art. 56 TFUE, l'art. 9 della direttiva 2002/21/CE, cd. direttiva quadro, gli artt. 3, 5 e 7 della direttiva 2002/20/CE, gli artt. 2 e 4 della direttiva 2002/77/CE, e l'art. 258 del TFUE, nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità, effettività e pluralismo dell'informazione, osta alla riconfigurazione del Piano di assegnazione delle frequenze, con la riduzione delle reti nazionali da 25 a 22 (e la conservazione agli *incumbents* della stessa disponibilità di mux), la riduzione dei lotti di gara a 3 mux, l'assegnazione di frequenze in banda VHF-III a rischio di forti interferenze; 5) se la tutela del principio del legittimo affidamento, così come elaborato dalla Corte di giustizia, sia compatibile con l'annullamento della procedura di *beauty contest* che non ha consentito alle appellanti, già ammesse alla procedura gratuita, di risultare sicure aggiudicatrici di alcuni dei lotti oggetto della gara; 6) se la normativa dell'Unione in materia di assegnazione dei diritti di uso delle frequenze (artt. 8 e 9 della direttiva 2002/21/CE, cd. direttiva quadro, artt. 5 e 7 della direttiva 2002/20/CE, artt. 2 e 4 della direttiva 2002/77/CE) sia compatibile con l'emanazione di una disposizione, come quella di cui all'art. 3 *quinquies*, d.l. n. 16 del 2012, che è distonica rispetto alle caratteristiche proprie del mercato radiotelevisivo.

**2.6. Costi addebitabili in caso di recesso di un abbonato dal contratto:  
Cons. Stato, sez. III, 16 ottobre 2015, n. 4773.**

La sezione, con la sentenza in rubrica, ha giudicato legittima la delibera n. 484/08/Cons del 29 luglio 2008, con la quale l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha ordinato a Sky Italia s.r.l. di adempiere agli obblighi di cui all'art. 1, comma 3, d.l. 31 gennaio 2007, n. 7 (cd. "decreto Bersani"), convertito con modificazioni nella l. 2 aprile 2007, n. 40, in tema di costi di recesso e di adeguare, quindi, le

proprie condizioni generali di abbonamento alle indicate disposizioni. Tale disposizione si inserisce in un contesto di liberalizzazioni del mercato delle comunicazioni elettroniche e contiene misure volte a promuovere la concorrenza e la tutela del consumatore, in particolar modo del contraente più debole, che nella sottoscrizione dei contratti per adesione risulta privo di un sostanziale potere di negoziazione L'art. 1, comma 3, della cit. l. n. 40 del 2007, nell'autorizzare l'operatore a richiedere all'utente, che recede anticipatamente dal contratto, il rimborso dei "costi sostenuti", intende riferirsi alle (sole) spese effettivamente affrontate dal fornitore del servizio per la disattivazione dell'impianto ed in funzione della stessa. Lo scopo della disposizione in questione è, infatti, di consentire all'utente, che intenda recedere dal rapporto prima della scadenza del termine contrattualmente fissato, di farlo liberamente, salvo preavviso non superiore a trenta giorni e quindi senza che lo stesso sia gravato di costi diversi da quelli che sono sostenuti dall'operatore per il recesso. Ha quindi concluso la sezione che al fine di individuare i costi, ai quali il decreto Bersani fa riferimento, le Linee guida, approvate dalla Direzione tutela dei consumatori di Agcom, correttamente hanno fatto riferimento al concetto di "pertinenza del costo". Sebbene infatti la disposizione in questione, nel far riferimento ai "costi sostenuti" oggetto di recupero nel caso di recesso anticipato, non specifichi anche che tali costi sono solo quelli sostenuti per la disattivazione, tuttavia si deve ritenere che la volontà del legislatore sia stata effettivamente quella di escludere dal rimborso dovuto all'operatore costi non strettamente legati al recesso e, quindi, non pertinenti alla disattivazione degli impianti. Infatti diversamente opinando, ritenere cioè che i costi dell'operatore ai quali si riferisce la legge non potrebbero che essere tutti i costi comunque sostenuti per il servizio, si riferiscano essi alla fase iniziale, a quella di gestione o a quella del recesso in senso stretto, si finirebbe con lo svuotare di contenuto la previsione normativa, posto che in tal modo qualsiasi costo sostenuto dall'operatore nel corso della durata del rapporto contrattuale potrebbe essere addebitato all'utente che chiede di recedere, in aperto contrasto con lo spirito della norma, che, come si è detto, intende liberalizzare il recesso ed il possibile conseguente passaggio da un operatore ad un altro, prevedendo che l'utente paghi solo i costi del recesso.

#### **2.7. Criteri di calcolo dell'informativa economica di sistema (IES) relativa alla piattaforma commerciale di un operatore economico: Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2015, n. 582.**

La sentenza in rubrica ha affrontato la questione dell'ascrivibilità dell'intero volume dei ricavi da abbonamenti pay tv della piattaforma di Sky Italia s.r.l. entro il perimetro dell'informativa economica di sistema (IES). In particolare, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni aveva richiesto alla società i dati economici relativi alla IES, per gli anni 2010, 2011 e 2012, ed aveva, poi, irrogato alla stessa una sanzione pecuniaria per aver comunicato solo il valore degli introiti strettamente riferibili ai contenuti editi direttamente da Sky, omettendo, in violazione della richiesta della stessa Autorità, di trasmettere l'importo complessivo dei ricavi relativi

agli abbonamenti pay tv. La sezione ha ritenuto corretto l'agire dell'Autorità. Ha chiarito, quanto al novero dei soggetti tenuti all'informativa in questione, che la semplice lettura dell'art. 1, comma 28, d.l. 23 ottobre 1996, n. 545 (da valersi quale fonte attributiva del potere nella specie scrutinato, e, quindi, quale paradigma della sua legittimità) e dei coerenti regolamenti con cui l'Autorità ha disciplinato in via generale l'informativa economica di sistema (e, segnatamente, l'art. 1 delle delibere nn. 129/02, 116/10 e 303/11) rivela l'univoca volontà di assoggettare agli obblighi di comunicazione in questione tutte le imprese che operano nel settore dei media. Il catalogo degli operatori ivi contenuto, infatti, risulta comprensivo di tutte le tipologie di soggetti legittimate ad operare, a qualsiasi titolo, nel mercato, per quanto qui interessa, delle produzioni e delle trasmissioni radiotelevisive. Che la volontà del legislatore fosse quella di costruire un meccanismo informativo idoneo a consegnare all'Autorità i dati economici riferibili a tutti gli operatori, senza alcuna esclusione, risulta, poi, confermato dal medesimo art. 1, comma 28, d.l. n. 545 del 1996, là dove, dopo aver catalogato tutte le tipologie di imprese soggette agli obblighi in questione, aggiunge "o che, comunque, esercitano in qualsiasi forma e con qualsiasi tecnologia, attività di radiodiffusione sonora o televisiva", con ciò manifestando chiaramente l'intenzione (peraltro coerente con le finalità della disposizione, agevolmente identificabili nell'esigenza di consentire all'Autorità di regolazione una conoscenza completa delle dinamiche economiche del mercato) di comprendere, nel proprio ambito applicativo soggettivo, ogni impresa autorizzata ad operare nel settore delle televisioni. In particolare, la dizione "in qualsiasi forma e con qualsiasi tecnologia" manifesta l'univoca volontà del legislatore di estendere gli obblighi informativi alla totalità degli operatori televisivi e di precludere all'interprete qualsivoglia opzione ermeneutica riduttiva della sua latitudine precettiva. Non vale, quindi, dibattere sulla qualificazione di Sky Italia s.r.l. come "fornitore di servizi media audiovisivi", posto che la normativa di riferimento non limita gli obblighi informativi in questione ai soli "fornitori di media", ma vi comprende tutte le imprese che, a qualsiasi titolo e con qualsiasi modalità, operano nel settore delle televisioni (anche mediante la trasmissione e la commercializzazione, con il sistema degli abbonamenti pay tv, di contenuti editi da altri soggetti). La sezione ha altresì escluso che possa attribuirsi un significato dirimente, in favore della tesi dell'appellante, all'omessa inclusione nel catalogo dei soggetti obbligati alla IES della figura dei "fornitori di servizi interattivi o di servizi di accesso condizionato", atteso che quest'ultima tipologia di operatori va, comunque, ricompresa nella clausola generale, e risulta, in ogni caso, correttamente inclusa nelle delibere dell'Autorità che hanno disciplinato, in via generale, le modalità applicative della IES.

**2.8. Estensione ai dipendenti Ivass delle misure di razionalizzazione e riduzione della spesa per il personale dipendente da amministrazioni pubbliche: Cons. Stato, sez. VI, 27 gennaio 2015, n. 384.**

La sentenza in rubrica ha ritenuto infondata la pretesa dei dipendenti dell'Istituto

per la Vigilanza sulle Assicurazioni (Ivass, già Istituto Vigilanza Assicurazioni Private e di Interesse Collettivo - Isvap) di non estendere loro le previsioni in tema di razionalizzazione e riduzione della spesa per il personale dipendente da amministrazioni pubbliche di cui all'art. 9, d.l. 31 maggio 2010, n. 78. Ha chiarito che l'art. 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 va riferita in modo puntuale ai soli Enti (in particolare: la Banca d'Italia) che operano istituzionalmente nel settore della tutela del risparmio il quale, correlato al credito, entra a far parte della liquidità monetaria conferibile al sistema economico, e non anche agli Enti che (al pari dell'Isvap/Ivass) non svolgano funzioni primarie in tale materia e laddove l'erogazione di denaro si configuri piuttosto come corrispettivo per l'acquisto di un servizio erogato in corrispondenza della neutralizzazione di un'ampia gamma di "rischi" della vita sociale. Ha aggiunto che il personale dell'Ivass va certamente escluso dal regime c.d. di privatizzazione, con la conseguenza di rendere applicabile nei suoi confronti le disposizioni del citato art. 3, d.lgs. n. 165 del 2001 in tema di 'personale in regime di diritto pubblico', nonché - in via mediata - le disposizioni di cui all'art. 9, d.l. n. 78 del 2010. Ha premesso la sezione che, pur dovendosi escludere che le previsioni di cui ai commi 17 e 21 dell'art. 9 abbiano natura tributaria, nondimeno è innegabile che il blocco per un triennio dei meccanismi di adeguamento retributivo, degli automatismi stipendiali correlati all'anzianità di servizio e di ogni effetto economico delle progressioni in carriera comunque denominate per il personale non contrattualizzato, sia idoneo a determinare evidenti quanto rilevanti pregiudizi di carattere patrimoniale in danno dei soggetti interessati. Pertanto, trattandosi di disposizioni di carattere evidentemente pregiudizievole per i rispettivi destinatari, deve ritenersi - in applicazione di generali principi - che le relative prescrizioni vadano intese in modo rigoroso e che esse risultino insuscettibili di applicazioni di carattere estensivo, laddove non giustificate dal puntuale disposto testuale delle disposizioni in parola. Peraltro ha ritenuto la sezione che, fermo restando quanto osservato, un complesso di elementi di ordine testuale e sistematico del tutto prevalente e di segno univoco induce a sostenere che al personale dell'Isvap/Ivass siano comunque riferibili le disposizioni di cui all'art. 9, d.l. n. 78 del 2010, cit.. Ha osservato al riguardo che: l'art. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, pur recando un elenco non tassativo di categorie di dipendenti il cui statuto resta escluso dal regime di c.d. privatizzazione, risulta invero riferito all'intero novero del 'personale in regime di diritto pubblico' (come è desumibile dalla stessa *rubrica legis*); non appare dubitabile che il rapporto di lavoro del personale dipendente dall'Isvap/Ivass è ancora oggi assoggettato alla disciplina pubblicistica e resta escluso dal regime di c.d. 'contrattualizzazione' proprio del personale di cui all'art. 2, comma 2 (Cass. civ., s.u., ord., 19 dicembre 2005, n. 27893); tale ordinanza ha del tutto condivisibilmente individuato un complesso di indici che confermano il permanente assoggettamento del personale dell'Istituto al regime di diritto pubblico. Depongono in particolare in tal senso il fatto che: a) il rapporto di impiego viene costituito sulla base di un atto unilaterale di nomina e non da un contratto, restando tale rapporto governato dalla disciplina pubblicistica; b) il trattamento giuridico ed economico dei

dipendenti dell'Istituto è regolato da un atto normativo di competenza del Consiglio dell'Istituto, e non dal contratto collettivo; c) la complessiva disciplina normativa del rapporto di impiego alle dipendenze dell'Isvap/Ivass (per come delineata dalla l. 12 agosto 1982, n. 576, come modificata dalla l. 9 gennaio 1991, n. 20, dal decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 49, e dal d.P.R. 18 aprile 1994, n. 385) mantiene un carattere pubblicistico "che rende non comparabile la posizione giuridica dei dipendenti dell'ISVAP con quella dei lavoratori pubblici contrattualizzati"; d) la mancata, espressa menzione del personale dell'ISVAP/IVASS nell'ambito del 'catalogo' di cui all'art. 3, d.lgs. n. 165 del 2001 non impedisce in alcun modo l'inclusione di tale personale nell'ambito di quello in regime di diritto pubblico di cui al medesimo art. 3, "ben potendo ciò essere stabilito da altre fonti legislative, con effetto ampliativo della categoria". La sezione ha quindi affermato che l'esame testuale e sistematico dei commi 17 e 21 dell'art. 9, d.l. n. 78 del 2010 rende palese una *voluntas legis* volta a coinvolgere nell'applicazione delle disposizioni in tema di contenimento della spesa pubblica una platea estremamente estesa di dipendenti, sia in regime di diritto pubblico che di diritto privato. Depone in particolare in tal senso il richiamato comma 17, il quale riferisce il blocco per un triennio delle procedure contrattuali e negoziali sia al personale di cui all'art. 2, comma 2 d.lgs. n. 165, sia a quello di cui al successivo art. 3, in tal modo palesando che l'intenzione del Legislatore fosse nel senso di non lasciare residuare veri e propri 'vuoti disciplinari' o aree di esenzione dalla disciplina in tema di contenimento della spesa connessa al personale pubblico. Sarebbe quindi oggettivamente antisistemico ipotizzare una sorta di 'svista' del Legislatore, il quale avrebbe richiamato il catalogo - non completo - di cui all'art. 3 invece di riferirsi in modo onnicomprensivo al 'personale in regime di diritto pubblico'. Allo stesso modo non è ipotizzabile che il Legislatore abbia prodotto l'effetto di esentare dagli interventi in tema di contenimento della spesa una sola categoria di dipendenti appartenenti a un solo Istituto, in assenza - peraltro - di una palese disposizione di esenzione (come quella che interessa il personale dipendente della Banca d'Italia, ai sensi del comma 3 dell'art. 3, d.l. n. 78 del 2010). Con riferimento, poi, all'espressa - quanto parziale - esenzione che riguarda il personale dipendente della Banca centrale nazionale (espressamente invocata dagli appellanti a sostegno delle proprie tesi) ha osservato la sezione, in senso contrario, che l'applicazione del generale principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* non consente di invocarne l'applicazione anche nei confronti del personale dell'Istituto appellato.

## **2.9. Nomina del Presidente dell'Autorità portuale di Brindisi: Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2015, n. 1210.**

La questione affrontata dalla sez. IV con la sentenza in epigrafe riguarda la legittimità della preposizione di un cittadino straniero (appartenente, peraltro, a uno Stato membro dell'Unione europea) alla presidenza di un'Autorità portuale. Ha ricordato che la Corte di giustizia, sez. II, 10 settembre 2014, n. C-270/13, ha statuito che l'art. 45, par. 4, T.F.U.E. deve essere interpretato nel senso di non consentire a uno Stato

membro di riservare ai propri cittadini l'esercizio delle funzioni di presidente di un'Autorità portuale. La Corte ha osservato che la nozione di "lavoratore", ai sensi dell'art. 45 T.F.U.E., ha portata autonoma propria del diritto dell'Unione e non va interpretata restrittivamente; pertanto, deve essere qualificato "lavoratore", ai sensi del cit. art. 45, chiunque svolga attività reali ed effettive, ad esclusione di attività puramente marginali e accessorie; la caratteristica del rapporto di lavoro è data, secondo la giurisprudenza della Corte, dalla circostanza che una persona fornisca per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione. Ne consegue che il rapporto di subordinazione e il pagamento di una retribuzione formano gli elementi costitutivi di qualsiasi rapporto di lavoro dipendente, purché l'attività professionale in questione presenti un carattere reale ed effettivo. Quanto al rapporto di subordinazione, dalla l. 28 gennaio 1994, n. 84 risulta che il Ministro dispone di poteri direttivi e di controllo nonché, se del caso, sanzionatori nei confronti del presidente di un'Autorità portuale. La remunerazione, definita da un decreto del ministro del 31 marzo 2003 e determinata in base al trattamento economico fondamentale previsto per i dirigenti generali del ministero, è versata al presidente di un'Autorità portuale come corrispettivo per lo svolgimento dei compiti che gli sono affidati dalla legge e presenta dunque le caratteristiche di prevedibilità e di regolarità insite in un rapporto di lavoro subordinato. Pertanto il presidente di un'Autorità portuale deve essere considerato un lavoratore ai sensi dell'art. 45, par. 1, T.F.U.E.. Inoltre, secondo la giurisprudenza della Corte, la nozione di "pubblica amministrazione" ai sensi dell'art. 45, par. 4, T.F.U.E. deve ricevere un'interpretazione e un'applicazione uniformi nell'intera Unione e non può essere rimessa alla totale discrezionalità degli Stati membri. La sezione ha ancora ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte, la nozione di "pubblica amministrazione" *ex art. 45, par. 4, T.F.U.E.* comprende i posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri e alle mansioni che hanno a oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche e presuppongono pertanto, da parte dei loro titolari, l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato nonché la reciprocità dei diritti e doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza. La sezione ha quindi preso posizione sulle riserve, manifestate dall'Avvocatura generale dello Stato. Ha ricordato l'orientamento della Corte costituzionale 24 giugno 2010, n. 227 in tema di rapporto fra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea, individuandone "fin dalle prime occasioni nelle quali è stata chiamata a definire il rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario il sicuro fondamento nell'art. 11 Cost." (in particolare, sentenze n. 232 del 1975 e n. 183 del 1973; ma già in precedenza, le sentenze n. 98 del 1965 e n. 14 del 1964). È in forza di tale parametro, collocato non senza significato e conseguenze tra i principi fondamentali della Carta, che si è demandato alle Comunità europee, oggi Unione europea, di esercitare in luogo degli Stati membri competenze normative in determinate materie, nei limiti del principio di attribuzione. È sempre in

forza dell'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto il potere-dovere del giudice, e prima ancora dell'amministrazione, di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa; ovvero di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto fosse con norme comunitarie prive di effetto diretto (sentenze n. 284 del 2007 e n. 170 del 1984). È, infine, in forza delle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto la portata e le diverse implicazioni della prevalenza del diritto comunitario anche rispetto a norme costituzionali (sentenza n. 126 del 1996), individuandone il solo limite nel contrasto con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero dei diritti inalienabili della persona (sentenza n. 170 del 1984)". In particolare, nella sentenza n. 183 del 1973, la Corte costituzionale ha affermato che "esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie, - non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno dei singoli Stati -, debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di recezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione uguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari. Risponde altresì alla logica del sistema comunitario che i regolamenti della C.E.E., - sempreché abbiano compiutezza di contenuto dispositivo, quale caratterizza di regola le norme intersoggettive - come fonte immediata di diritti ed obblighi sia per gli Stati sia per i loro cittadini in quanto soggetti della Comunità, non debbano essere oggetto di provvedimenti statali a carattere riproduttivo, integrativo o esecutivo, che possano comunque differirne o condizionarne l'entrata in vigore, e tanto meno sostituirsi ad essi, derogarvi o abrogarli, anche parzialmente".

Sulla base di questa giurisprudenza costituzionale la sezione ha ritenuto che le disposizioni sulla libertà di circolazione all'interno dell'Unione, poste dall'art. 45 T.F.U.E., sono da considerarsi recepite nell'ordinamento interno, nell'ambito del quale il diritto dei cittadini dell'Unione di accedere a posti di lavoro nel nostro Paese è assistito dalla garanzia generale del succitato art. 45. L'art. 51 Cost. non richiede quindi alcuna disapplicazione, poiché in conformità all'art. 11 Cost. va letto nel senso di consentire l'accesso dei cittadini degli Stati dell'Unione europea agli uffici pubblici e alle cariche pubbliche nazionali in via generale, sulla base del principio della libera circolazione delle persone *ex* art. 45 T.F.U.E., salvo gli eventuali limiti espressi o legittimamente ricavabili dal sistema. E' alla luce delle disposizioni del cit. art. 45, come interpretato dalla Corte di giustizia, che, in definitiva, deve essere interpretata, applicata e, occorrendo, integrata la normativa dettata al riguardo dal legislatore nazionale (art. 37, d.lgs. n. 29 del 1993, indi art. 24, d.lgs. n. 80 del 1998 e art. 38, d.lgs. n. 165 del 2001; decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 7 febbraio 1994, n. 174).

**2.10. Trasformazione diretta da associazione a fondazione: Cons. Stato, sez. I, 30 gennaio 2015, n. 296.**

Con il parere in rubrica la sez. I si è pronunciata in ordine alla possibilità di trasformazione diretta di una associazione a fondazione, escludendola. Ha chiarito che la possibilità di effettuare un'operazione di trasformazione diretta tra enti del Libro I del codice civile - in particolare, da associazione (con o senza personalità giuridica) in fondazione - si è posta a seguito dell'introduzione nel codice civile delle c.d. trasformazioni eterogenee da parte del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*). L'incertezza è dovuta all'assenza, nel nostro ordinamento giuridico, di una disciplina espressa regolante il procedimento per ottenere la trasformazione diretta di un soggetto associativo in uno fondazionale, nonché dalla differente valenza interpretativa data dai sostenitori dei due opposti orientamenti alle novità in materia di trasformazioni eterogenee introdotte dalla riforma del diritto societario (secondo alcuni, da intendere quale conferma della presenza, all'interno del nostro ordinamento, del principio della generale trasformabilità tra enti diversi; secondo altri, invece, da interpretare in senso restrittivo, tassativo e non estendibile ad ulteriori fattispecie non espressamente normate). Sul punto si sono registrate due posizioni di segno opposto: da un lato, dottrina dominante e prassi notarile, favorevoli; dall'altro, giurisprudenza prevalente, Prefetture e Regioni italiane (ossia, le Autorità amministrative alle quali spetta il compito di autorizzare o meno il compimento dell'operazione in oggetto, in quanto deputate al controllo in sede di riconoscimento della personalità giuridica e di modificazioni agli statuti di associazioni e fondazioni ai sensi del d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361), contrari. Nel parere in esame si è chiarito che "il quesito sottoposto appare emblematico di un modo di essere dell'ermeneutica giuridica contemporanea, che produce l'esatto contrario dello storico postulato di certezza del diritto. Un modo d'essere ascrivibile al cd. metodo umanistico, ossia alla tesi che il diritto - in quanto scienza sociale - si sottragga ai metodi di studio propri delle scienze esatte e sia caratterizzato da ampi margini di opinabilità. Nel caso in esame, gli interpreti sono spaccati a metà e l'aspetto paradossale - ma tipico dei conflitti tra giuristi - è che gli argomenti sono inversamente simmetrici: i due orientamenti utilizzano gli stessi dati testuali, sistematici, teleologici, ma intendendoli in modo opposto. In siffatte situazioni l'intervento consultivo (ma analogo discorso potrebbe farsi per le pronunce delle Sezioni unite della Corte di cassazione) rischia di essere dirimente più per l'autorevolezza - o la formale autorità - del parere che per la possibilità di accreditare come oggettivamente superiore una delle tesi. C'è da dire, infatti, che il conflitto tra opinioni è generato non tanto da errori interpretativi, ma dalla scelta del legislatore, il quale non ha dettato una disposizione generale sull'ammissibilità della trasformazione eterogenea di enti giuridici, con eventuale previsione di deroghe (positive o negative, a seconda che la regola generale sia rispettivamente negativa o positiva), ma ha disciplinato talune ipotesi particolari, racchiuse nell'ambito societario, in cui cioè la società è l'ente originario



o l'ente originato dall'operazione di trasformazione. Scelta che, quale che sia la trama argomentativa prescelta, comporta una interpretazione che viene a risolversi nell'opzione per uno dei valori rilevanti, ossia, da un lato, il dogma dell'autonomia privata e il principio di semplificazione, dall'altro la tutela dell'interesse pubblico e il formalismo giuridico. Appare utile, dunque, dare rilievo a una interpretazione fondata sul postulato secondo il quale l'ordinamento giuridico - inteso come astratto insieme di norme positive - è costituito prevalentemente da inferenze deduttive, essendo sua essenziale funzione costruire regole di condotta, per cui occorre identificare con certezza quando a un determinato fatto segua un effetto". Con riferimento al caso sottoposto all'esame del Consiglio di Stato la difficoltà è data dal fatto che il legislatore non ha codificato esplicitamente il rapporto regola/eccezione, ma si è limitato a prevedere alcuni casi di trasformazione eterogenea. In realtà, impiegando un metodo casistico e selettivo, ha implicitamente fatto riferimento alla disciplina generale dell'ente interessato dalla trasformazione, integrata per gli enti non lucrativi dal d.P.R. 10 febbraio 2000, n.361. In tale quadro gli artt. 2500 *septies* e 2500 *octies* cod. civ. rappresentano una deroga, dettando una normativa di favore per la trasformazione diretta, che non può applicarsi alle ipotesi non espressamente contemplate, per le quali riprende vigore la disciplina generale. Ciò implica l'inammissibilità della trasformazione diretta da associazione a fondazione, poiché il procedimento normativamente previsto per la costituzione della fondazione è incompatibile con la preesistenza di una struttura associativa, in particolare con l'art. 3, comma 1, d.P.R. n. 361 del 2000, secondo cui "ai fini del riconoscimento è necessario che siano state soddisfatte le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo".

### 3. Procedimento.

#### 3.1. Responsabile unico del procedimento: C.g.a. 16 dicembre 2015, n. 683.

Con la succitata sentenza il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana ha giudicato illegittima la decisione dell'Amministrazione di dichiarare inammissibile la domanda di ammissione a contributi pubblici di un Comune per il completamento di una rete di distribuzione di metano sulla base dell'asserita assenza di competenze tecniche in capo al Responsabile unico del procedimento (*id est*, qualifica di ingegnere). E ciò in quanto il R.U.P. ha un ruolo organizzativo e d'impulso e non è pertanto necessario che egli possieda competenze tecniche potenzialmente estese al compimento di ogni singola operazione tecnica, che, se del caso, deve essere affidata a professionisti anche esterni alla struttura. Ha affermato che le competenze richieste al R.U.P. devono essere riferite al ruolo che esso è chiamato ad esercitare nell'iter di realizzazione dell'opera pubblica, assimilabile a quello di *project manager*, che si occupa di controllare e coordinare tutta l'attività istruttoria. Ad esso

non sono invece richieste capacità meramente tecniche, come per il progettista e l'esecutore dell'opera, ma solo capacità di gestione e di coordinamento di tutte le fasi progettuali. A sostegno della propria posizione, il Consiglio ha richiamato non solo quanto analogamente già affermato dal Consiglio di Stato (parere n. 304 del 2004), per il quale il ruolo del R.U.P. è quello di "provvedere a creare le condizioni procedurali affinché l'intervento risulti condotto in modo unitario in relazione ai tempi ed ai costi preventivati ed agli obiettivi richiesti" (parere n. 304/2004), ma anche la posizione assunta al riguardo dell'Anac (Determina n. 10/2001 e Delibera n. 141 del 28 luglio 2004), per cui la capacità richiesta a tale soggetto è organizzativa e propositiva ed appare suscettibile di essere acquisita anche sulla base dell'esperienza operativa e gestionale determinata dall'anzianità del servizio esercitato nel ruolo di appartenenza, al di là del possesso della laurea o dell'abilitazione professionale. Il C.g.a. ha poi evidenziato come il ruolo ed alla funzione così ascritti al R.U.P. appaiono inoltre in linea con il dettato del cit. art. 10, comma 5, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il quale dispone in generale che le sue "competenze "devono essere "adeguate ai compiti per cui è stato nominato". In tal senso, si legge nella sentenza, esse si riferiscono non già alle competenze specialistiche proprie del progettista o dell'esecutore del progetto, bensì ai suoi compiti organizzativi e gestionali.

#### **4. Contratti e accordi.**

##### **4.1. Presupposti di applicabilità della direttiva europea in materia di appalti, prima del suo recepimento e in pendenza del relativo termine: C.g.a. 15 gennaio 2015, n. 1; Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n.2660; sez. V, 11 settembre 2015, n. 4253; sez. III, 5 novembre 2015, n. 5359.**

Ha chiarito il Consiglio di Stato con le sentenze in rubrica che, prima della scadenza del termine per il recepimento, resta inconfigurabile qualsiasi efficacia diretta nell'ordinamento interno e, in particolare, nei c.d. rapporti verticali delle direttive europee (che, quindi, non possono essere qualificate, in tale situazione, come *self-executing*), per quanto dettagliate e complete, e che, nondimeno, le stesse conservano un'efficacia giuridica, ancorché limitata, che vincola sia i legislatori sia i giudici nazionali ad assicurare, nell'esercizio delle rispettive funzioni, il conseguimento del risultato voluto dalla direttiva. Quanto ai contenuti di tale ridotta efficacia, ha in particolare chiarito il C.g.a. n. 1 del 2015 che, in pendenza del termine per il recepimento, il rispetto del principio di leale collaborazione sancito all'art. 4, par.3, del Trattato UE impedisce, per un verso, al legislatore nazionale l'approvazione di qualsiasi disposizione che ostacoli il raggiungimento dell'obiettivo al quale risulta preordinata la direttiva (Corte giust. Ue 18 dicembre 1997, C-129/96, Inter-Environnement Wallonie) e impone, per un altro verso, ai giudici nazionali di preferire l'opzione ermeneutica del diritto interno maggiormente conforme alle norme eurou-

nitare da recepire, di guisa che non venga pregiudicato il conseguimento del risultato voluto dall'atto normativo europeo (Corte giust. Ue 15 aprile 2008, C-268/08, Impact). Non solo, ma è stato anche escluso che possa riconoscersi qualsivoglia efficacia alle direttive non ancora recepite, che introducono nell'ordinamento un istituto nuovo, che, come tale, esige una compiuta disciplina normativa interna, necessariamente riservata in tutti i suoi aspetti al legislatore nazionale (Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2097). Ha aggiunto la sentenza della sez. III n. 5359 del 2015 che la regola dell'interpretazione giuridica conforme risulta del tutto inconfigurabile nei riguardi di previsioni della direttiva finalizzate ad introdurre negli ordinamenti nazionali istituti del tutto innovativi che, come tali, esigono la coerente declinazione dei loro elementi costitutivi e dei pertinenti presupposti di applicabilità. Anche a fronte di una disciplina europea sufficientemente dettagliata ed esauriente, risultano, infatti, necessarie la previsione di disposizioni (nazionali) di coordinamento con la normativa vigente e, soprattutto, l'adozione di un regime intertemporale, che chiarisca i tempi di operatività della nuova disciplina, rispetto (ad esempio) alle gare già bandite al momento del recepimento della direttiva. Orbene, prima della formalizzazione di tali scelte, necessariamente consacrate nell'atto legislativo nazionale di recepimento, l'enunciazione nella direttiva di un nuovo istituto, quale può essere quello della sostituzione del terzo ausiliario (finora sconosciuto sia alla normativa nazionale che a quella europea), resta del tutto sprovvista di qualsivoglia efficacia, non solo diretta (come già chiarito), ma anche nella ridotta valenza come paradigma ermeneutico. In difetto, infatti, di una disciplina nazionale, che regoli condizioni e tempi di operatività del nuovo istituto della regolarizzazione del terzo ausiliario (e, ovviamente, in pendenza del termine per la sua introduzione con l'atto di recepimento della direttiva), resta del tutto inimmaginabile un'interpretazione della vigente disciplina dell'avvalimento che, in luogo dell'esclusione dell'operatore economico che si sia avvalso dei requisiti di un'impresa ausiliaria (che, tuttavia, non li possiede), si risolva in una disapplicazione di tale regola e nella sua sostituzione, in via meramente interpretativa (ma, in realtà, creatrice di una nuova norma), con quella della surrogazione dell'ausiliario inadempiente (prima che il legislatore nazionale regoli gli elementi costitutivi della relativa fattispecie).

#### **4.2. Affidamento diretto da parte dell'Università dei propri servizi al Consorzio interuniversitario Cineca: Cons. Stato, sez. II, 30 gennaio 2015, n. 298 e sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660.**

Il Consiglio di Stato ha affrontato, in sede giurisdizionale e consultiva, la questione relativa alla possibilità per l'Università di affidare in via diretta i propri servizi al Consorzio interuniversitario Cineca, partecipato dal Ministero dell'istruzione, dell'Università e della ricerca, da Università e da Enti pubblici di ricerca di prestazioni di servizio nel campo dell'informatica per il sistema universitario, della ricerca e scolastico, pervenendo a soluzioni diverse.

In sede giurisdizionale il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2660 del 2015 ha

escluso che il Cineca sia titolare di un diritto di esclusiva. Ha premesso che l'art. 7, comma 42 *bis*, d.l. 6 luglio 2012, n. 95 - il cui fine dichiarato è contenere i costi, evitando il dispendio di risorse (in termini di strutture, personale e attività) - ha qualificato il Cineca come "unico soggetto a livello nazionale", non in quanto titolare di un diritto di esclusiva ai sensi dell'art. 19, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (come soggetto, cioè, a favore del quale è prevista una "riserva" nello svolgimento di una certa attività), ma nel senso che, all'esito del previsto processo di accorpamento dei consorzi interuniversitari Cineca, Cilea e Caspu, rimane l'unico soggetto esistente sul piano nazionale, in luogo dei tre consorzi prima operanti. Ha aggiunto che l'attribuzione di un diritto di esclusiva ai sensi dell'art. 18 della direttiva 2004/18/CE, attuato con l'art. 19, d.lgs. n. 163 del 2006, implicando la creazione di una situazione di monopolio, per la sua portata significativamente derogatoria della concorrenza e delle regole dell'evidenza pubblica, richiederebbe una esplicita formulazione della volontà legislativa, nel caso di specie assente. In ogni caso, non si può non rilevare come, ai sensi dell'art. 18 della direttiva 2004/18/CE (e dell'art. 19, d.lgs. n. 163 del 2006, che vi ha dato attuazione), il diritto di esclusiva, per poter giustificare la deroga alle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica, deve essere previsto da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative che siano "compatibili con il Trattato". Nel caso di specie, il requisito della compatibilità sarebbe insussistente: non si ravvisa, infatti, alcun motivo imperativo di interesse generale che, in base alle disposizioni del Trattato, possa giustificare la creazione di questa riserva a favore del Cineca, e non risulterebbero, comunque, rispettati i principi di necessità, proporzionalità e trasparenza.

Di diverso avviso, Cons. St., sez. II, n. 298 del 2015, che ha invece ammesso la possibilità di affidamento diretto (*in house*) al Consorzio Cineca da parte del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca; tale Consorzio infatti, sebbene svolga la propria attività di servizio eminentemente nel settore dell'istruzione superiore e della ricerca scientifica, può essere considerato istituzionalmente titolare della capacità di operare su incarico dello stesso Ministero anche nell'interesse del settore scolastico. Ha osservato la Sezione consultiva del Consiglio di Stato che nella specie sussiste il requisito del controllo analogo, esercitato sul Consorzio da parte del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, e ciò per effetto sia della partecipazione di quest'ultimo al capitale e agli organi direttivi dell'ente, sia dell'attribuzione di talune specifiche prerogative, tra le quali il potere di approvare eventuali modifiche allo Statuto del Cineca e il diritto di veto sulle più importanti deliberazioni del Consiglio consortile. Quanto al requisito dello svolgimento dell'attività prevalente nei confronti dei soggetti pubblici consorziati va rilevato innanzitutto che il Consorzio non ha scopo di lucro e che i suoi compiti consistono nell'esclusivo svolgimento di prestazioni a favore degli Enti consorziati. Ha soggiunto che il dato della "prevalenza" dell'attività trova ormai una compiuta e dettagliata quantificazione nell'art. 12, par. 1, lett. b, della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 secondo cui "oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate

nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice". Il successivo par. 5 del citato art. 12, stabilendo che "per determinare la percentuale delle attività di cui al paragrafo 1, comma 1, lett. b), al par. 3, comma 1, lett. b), e al par. 4, lett. c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto", pone disposizioni di completezza tale da farle ritenere *self-executing*, avendo indubbiamente "contenuto incondizionato e preciso".

#### **4.3. Partecipazione alla gara di enti non profit: Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2015, n. 84.**

La sentenza della sez. V n. 84 del 2015 ha chiarito che l'orientamento giurisprudenziale, sul quale fa perno la sentenza appellata, che considera inattendibili le offerte prive di un margine di utile, non sia estensibile, per mancanza della *ratio* che lo spiega e lo giustifica, all'ipotesi in cui la proposta economica sia formulata da soggetti costituzionalmente non animati da uno scopo di lucro, quali le Onlus e le cooperative sociali. Assume rilievo centrale, al fine di pervenire a tale conclusione, la considerazione che il principio del c.d. "utile necessario" trova condivisibile fondamento, in assenza di una base normativa espressa, nel carattere innaturale e, quindi, intrinsecamente inaffidabile di un'offerta in pareggio che contraddica lo scopo di lucro e, in definitiva, la *ratio essendi* delle imprese e, più in generale, dei soggetti che operano sul mercato in una logica strettamente economica. Detta finalità, che è alla base del principio e ne definisce di conseguenza i confini applicativi, non è estensibile a soggetti che operano per scopi non economici, bensì sociali o mutualistici, per i quali l'obbligatoria indicazione di un utile d'impresa si tradurrebbe in una prescrizione incoerente con la relativa vocazione non lucrativa, con l'imposizione di un'artificiosa componente di onerosità della proposta. Ne deriva che, diversamente da quanto accade per gli enti a scopo di lucro, l'offerta senza utile presentata da un soggetto, che tale utile non persegue, non è, solo per questo, anomala o inaffidabile in quanto non impedisce il perseguimento efficiente di finalità istituzionali che prescindono da tale vantaggio *stricto sensu* economico. Ha chiarito la sezione che non giova alla tesi opposta l'invocazione del principio della *par condicio*, posto che detto canone richiede l'applicazione delle medesime regole di gara a tutti i concorrenti, ma certo non impedisce che, in sede di applicazione delle stesse, ogni concorrente esprima le proprie potenzialità competitive valendosi di asimmetrie virtuose collegate alle proprie caratteristiche ontologiche e alle proprie capacità concorrenziali. In definitiva - una volta ammesso, in conformità alle statuizioni della Corte di Giustizia (sentenza n. 305 del 23 dicembre 2009) che "...la definizione comunitaria di impresa non discende da presupposti soggettivi ma da elementi puramente oggettivi quali l'offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti - con la conse-

guenza che non v'è ragione di escludere che anche soggetti economici senza scopo di lucro possano soddisfare, ai fini della partecipazione ad una gara di appalto, i necessari requisiti ed essere qualificati come "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi" ai sensi delle disposizioni vigenti in materia sempre che questa possibilità trovi riscontro nella disciplina statutaria del singolo soggetto giuridico" - si deve ritenere che proprio lo statuto sociale e mutualistico deve disciplinare il *modus operandi* di tali soggetti in sede di partecipazione alle procedure d'evidenza pubblica. Ha aggiunto la sentenza che la previsione dell'indefettibilità dell'utile, oltre che distonica rispetto alla vocazione di tali soggetti, lederebbe ingiustificatamente anche l'interesse pubblico a usufruire delle offerte più vantaggiose conseguibili in un mercato contendibile da attori con diverse caratteristiche. Può ammettersi, pertanto, la sussistenza di una relazione biunivoca fra l'idoneità soggettiva degli enti no profit alla partecipazione alla gara e la possibilità di presentare offerte con utile pari a zero, basata sul principio di non contraddizione imposto dall'opzione ermeneutica prescelta sul punto dalla richiamata Corte di giustizia: le misure correttive che, ai sensi del 4° considerando della direttiva 2004/187CE, devono essere prese per evitare distorsioni della concorrenza qualora agli appalti partecipino organismi non profit o enti pubblici (destinatari di benefici tributari, previdenziali o di veri e propri aiuti di Stato), gravano infatti sugli Stati membri e non sulle singole stazioni appaltanti; queste ultime possono, e in taluni casi devono prendere in considerazione tali benefici esercitando un rigoroso controllo in sede di verifica dei requisiti generali e di anomalia dell'offerta, ma non possono considerare *ex se* invalida un'offerta che sia priva di utile, purché non sia sottocosto o non disveli, unitamente ad altri elementi, un fine predatorio o anticoncorrenziale. In conclusione, l'inapplicabilità della tesi rigorosa (ovvero quella che ravvisa presuntivamente incongrua un'offerta in caso di utile pari a zero), non sta a significare che sia consentito agli enti no profit di praticare politiche di *dumping* salariale, dovendo l'amministrazione appaltante vigilare affinché ciò non accada. Ha poi ricordato la sezione che le conclusioni cui è pervenuta risultano avvalorate dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia UE (11 dicembre 2014, C-113, relativa all'affidamento di servizi di trasporto sanitario d'urgenza ad organismi no profit in regime di convenzione quadro), secondo cui: a) un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto da parte dell'onlus concorrente, in quanto ha scarsa rilevanza accertare se i costi, che devono essere rimborsati dalle pubbliche amministrazioni alle associazioni no profit, coprano unicamente i costi diretti collegati allo svolgimento delle prestazioni interessate o, in aggiunta, una parte delle spese generali; b) il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e, in particolare, quello concernente gli appalti pubblici di servizi: I) è diretto a garantire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata e più ampia possibile negli Stati membri; II) presume che gli appalti relativi ai servizi ricompresi nell'allegato II B della direttiva 2004/18 non presentino, a priori, data la loro natura specifica, un interesse transfrontaliero tale da

giustificare che la loro aggiudicazione avvenga in esito ad una procedura di gara d'appalto intesa a consentire a imprese di altri Stati membri di venire a conoscenza del bando e di partecipare alla gara d'appalto; c) la presenza sul mercato delle associazioni di volontariato si giustifica perché tende a garantire che i servizi (specie di interesse generale), siano assicurati in condizioni di equilibrio economico a livello del bilancio (evitandosi ogni spreco di risorse finanziarie, umane e tecniche) ma al contempo secondo *standard* di elevata qualità; d) in tale contesto è necessario che le associazioni di volontariato non perseguano obiettivi diversi da quelli menzionati al precedente punto e, pertanto, che non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni (anche se destinato ai loro membri), a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime; e) al contempo, pur essendo ammissibile che le onlus si avvalgano di lavoratori (poiché, in caso contrario, dette associazioni sarebbero in molti casi private della possibilità effettiva di agire), l'attività delle associazioni in parola deve rispettare rigorosamente i requisiti loro imposti dalla legislazione nazionale in considerazione del principio generale del diritto dell'Unione costituito dal divieto dell'abuso di diritto; quindi, l'attività delle associazioni di volontariato può essere svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento. All'interno di tali limiti - in particolare: la regolarità della retribuzione e delle garanzie previdenziali in favore dei lavoratori (in modo che si escluda ogni fenomeno di deflazione salariale o di *dumping* sociale), nonché il divieto generale di operare sotto costo - può pertanto ammettersi che le onlus, che partecipino ad una gara di appalto di servizi, possano presentare una offerta economica priva di margini di utile.

#### **4.4. Commissione di gara e sua composizione: Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 473.**

In occasione dell'impugnazione degli atti di gara pubblica e del provvedimento di composizione della commissione giudicatrice la sez. VI, con la sentenza n. 473 del 2015, ha preso posizione sui rapporti tra intensità del sindacato giurisdizionale consentito dall'ordinamento nazionale, e principio sancito dall'art. 1, par. 1 della direttiva 89/665 CE. Ha preliminarmente affermato, nel respingere la censura dedotta avverso la commissione per non essere i suoi componenti esperti *ex art.* 84, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che la qualifica di esperto, richiesta dalla citata norma non richiede, necessariamente il possesso del diploma di laurea. Il possesso del titolo di studio adeguato è un elemento che garantisce, quanto meno sul piano presuntivo, la competenza tecnica, ma ciò non esclude che la qualifica di esperto possa, sempre in via presuntiva, desumersi, pur mancando il diploma di laurea, dai numerosi incarichi svolti, indicativi di una esperienza tecnica acquisita sul campo, nel concreto svolgimento dell'attività professionale. La Sezione ha ritenuto altresì infondati i dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea sollevati dall'appellante, il quale ha contestato la compatibilità eurounitaria della giurisprudenza nazionale, che circoscrive il sindacato giurisdizionale sul giudizio di non anomalia dell'offerta nei limiti

della non macroscopica illogicità. Propone, pertanto, un sindacato più penetrante e, a tal fine, chiede che venga sottoposta alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale sopra trascritta. Ha affermato il giudice di appello che, ove il senso della richiesta di rinvio pregiudiziale fosse quello di sollecitare un sindacato esteso al merito sulle decisioni della stazione appaltante, basterebbe evidenziare che sui rapporti tra intensità del sindacato giurisdizionale consentito dall'ordinamento nazionale e il principio sancito dall'art. 1, par. 1 della direttiva 89/665 CE (ai sensi del quale gli Stati membri adottano, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalla direttiva 2004/18, i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci), la Corte di giustizia si è anche recentemente pronunciata (Corte giust. UE, sez. V, 11 dicembre 2014, C-440/13) nel senso di ritenere che la direttiva 89/665/CE, non postula l'introduzione di un sindacato esteso al merito ("un controllo in materia di opportunità", parr. 43 e 45 della sentenza citata), ma richiede soltanto un sindacato (pieno) di legittimità, volto a garantire il rispetto delle norme pertinenti del diritto dell'Unione oppure delle disposizioni nazionali che recepiscono dette norme, senza che tale controllo possa essere limitato al solo carattere arbitrario delle decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice e salva la facoltà per il legislatore nazionale di attribuire ai giudici nazionali competenti il potere di esercitare un controllo in materia di opportunità. Nel caso di specie, il controllo esercitato nella sede giurisdizionale, sia nel giudizio di primo grado sia in appello, è stato certamente un controllo volto a garantire il rispetto del quadro normativo fornito dal diritto dell'Unione e dalle norme nazionali di recepimento. Va ancora evidenziato che, con particolare riferimento al giudizio di anomalia delle offerte, la Corte di giustizia ha sempre ritenuto centrale il rispetto del principio del contraddittorio, imponendo alla stazione appaltante, prima di procedere all'esclusione dell'offerta, l'attenta valutazione e ponderazioni delle giustificazioni presentate dall'impresa "sospettata" di aver presentato un'offerta anormalmente bassa, atteso che l'esclusione automatica o, comunque, non attentamente ponderata di tale offerta rischia di pregiudicare i principi comunitari a tutela della concorrenza e della libertà di impresa. Inoltre, l'art. 55 della direttiva 2004/18/CE prevede espressamente che, tra gli elementi che la stazione appaltante può prendere in considerazione prima di respingere l'offerta che appare anormalmente bassa, vi sono: a) l'economia del metodo di prestazione del servizio (che include anche eventuali economie di scale legate alla contestuale erogazione di quel servizio a più soggetti); b) le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente (anche nell'acquisto dei materiali). Si tratta proprio degli elementi di valorizzazione del giudizio di non anomalia della stazione appaltante.

**4.5. Affidamento di servizi di rilevante complessità tecnica: Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2015, n. 4040 .**

Ha chiarito la sentenza in rubrica che, anche nell'affidamento di servizi di rilevante complessità tecnica, alla stazione appaltante è riconosciuta ampia discrezionalità



nella scelta del criterio di selezione tra l'offerta economicamente più vantaggiosa e l'offerta di solo prezzo. Infatti, nell'enucleare le "caratteristiche dell'oggetto dell'appalto", quale elemento discretivo nell'individuazione del criterio di selezione, l'art. 81, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, rimette alla fase preparatoria della gara, e cioè alla progettazione che ogni soggetto aggiudicatore deve svolgere in vista del futuro affidamento del contratto, la definizione delle caratteristiche di quest'ultimo e, all'esito di tale fase, gli ulteriori aspetti per i quali si prevede invece la ricerca presso gli operatori privati di soluzioni tecnico-qualitative in grado di conseguire prestazioni qualitativamente migliori rispetto a quelle individuate in sede progettuale. Questa notazione rende evidente che anche contratti d'appalto caratterizzati da rilevanti profili di complessità (ed in particolare anche appalti di opere pubbliche), possono essere affidati sulla base del solo criterio del massimo ribasso, laddove la progettazione svolta dalla stazione appaltante sia giunta ad un grado di dettaglio tale da non richiedere, secondo valutazioni di carattere discrezionale di quest'ultima, l'acquisizione di soluzioni tecniche migliorative.

#### **4.6. Avalimento: C.g.a., sez. giur., 21 gennaio 2015, n. 35.**

Ha chiarito il C.g.a., con la sentenza in rubrica, che il contratto atipico di avalimento non può essere assimilato né al contratto di affitto d'azienda né al contratto di *sub* appalto; sotto altro aspetto non sembra neppure pienamente equiparabile al contratto di mandato perché "mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto" è concetto non pienamente sovrapponibile all'obbligo del mandatario, *ex art. 1703 c.c.*, di compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra parte. Nello schema negoziale atipico dell'avalimento ricorrono tratti del mandato dell'appalto di servizi e aspetti di garanzia atipica da parte dell'ausiliario in favore della stazione appaltante per le prestazioni dovute dall'ausiliato. Una volta accolta la nozione di causa in concreto, quale sintesi degli interessi reali delle parti o ragione pratica del contratto (e respinta la diversa nozione di causa quale funzione economico-sociale del negozio), per consentire al giudice di effettuare il controllo sulla meritevolezza degli interessi perseguiti *ex art. 1322, comma 2, c.c.*, il contratto di avalimento deve essere a titolo oneroso oppure, in mancanza di corrispettivo in favore dell'ausiliario, deve emergere dal testo contrattuale l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario nell'assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avalimento e le relative responsabilità. Dall'interpretazione sistematica delle norme emerge che per il contratto di avalimento è richiesta la forma scritta *ad substantiam*. Tale conclusione si ricava dall'interpretazione letterale dell'art. 49, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, dalla esigenza di assicurare la responsabilizzazione del consenso dell'ausiliario e la certezza degli impegni assunti, nonché dalla necessità di garantire le esigenze proprie della c.d.

forma-contenuto. Non si può ricorrere all'istituto dell'avvalimento per dimostrare i requisiti di idoneità professionale. Dal confronto tra l'art. 1346 c.c. e l'art. 88, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 emerge che il regolamento al Codice dei contratti, a differenza del codice civile, ha richiesto che l'oggetto del contratto di avvalimento sia determinato, e non anche solo determinabile, e individuato potendosi al riguardo trarre convincimento dall'aggettivo "specifico" utilizzato dall'art. 88, d.P.R. n. 207 del 2010. Tale diversità di disciplina tra il codice civile e la normativa in materia di appalti si giustifica in ragione della necessità di evitare l'elusione dei requisiti prescritti dalla legge di gara ricorrendo a dichiarazioni e contratti di avvalimento generici non rispondenti alle esigenze di serietà ed effettività perseguite dalla legge. La necessità di verificare l'effettività e la serietà del rapporto intercorrente tra ausiliaria e ausiliata, nonché di scongiurare il rischio di "avvalifici" (attraverso mere finzioni preordinate ad eludere le regole delle gare pubbliche), esige l'accertamento del rapporto tra impresa ausiliaria e ausiliata. La normativa comunitaria, nella parte in cui permette l'avvalimento "a prescindere dalla natura giuridica" dei legami tra ausiliario e ausiliato, vieta discriminazioni basate sulla differente natura giuridica dei diversi "legami", ma non depona per l'irrelevanza dei rapporti tra avvalente e avvalso. Con riferimento alla specificità dell'oggetto l'ordinamento non distingue tra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo. Nel contratto, anche se riferito all'avvalimento dei requisiti economico-finanziario, devono essere adeguatamente indicati, a seconda dei casi, il fatturato globale e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, nonché gli specifici "fattori della produzione e tutte le risorse che hanno permesso all'ausiliaria di eseguire le prestazioni analoghe nel periodo richiesto dal bando".

**4.7. Indicazione degli oneri di sicurezza nell'appalto lavori: Cons. Stato, A.P., 20 marzo 2015, n. 3 e 2 novembre 2015, n. 9.**

L'Adunanza plenaria n. 3 del 2015 ha affermato che, nelle procedure di affidamento di lavori, i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non previsti nel bando di gara.

La questione che si è posta è se l'ultimo alinea dell'art. 87, comma 4, del Codice appalti, nella parte in cui dispone che "Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture", riguarda soltanto gli appalti di servizi e di forniture, cui si riferisce espressamente l'inciso finale del testo. Dalla lettura del comma emerge infatti che mentre il primo periodo ribadisce per tutti gli appalti che gli oneri della

sicurezza non sono soggetti a ribasso d'asta in relazione al piano di sicurezza e coordinamento, il secondo periodo precisa che l'indicazione relativa ai costi della sicurezza deve essere sorretta da caratteri di specificità e di congruità ai fini della valutazione dell'anomalia dell'offerta, facendo però riferimento esplicito, questa volta, solo ai settori dei servizi e delle forniture. Sulla questione l'orientamento dei giudici di primo e di secondo grado non è univoco. Secondo una prima lettura, di matrice estensiva, la *ratio* della norma, che impone ai concorrenti di indicare già nell'offerta l'incidenza degli oneri di sicurezza aziendali, risponde a finalità di tutela della sicurezza dei lavoratori e, quindi, a valori sociali e di rilievo costituzionale che assumono rilevanza anche nel settore dei lavori pubblici. Anzi, proprio in quest'ultimo settore il ripetersi di infortuni gravi, dovuto all'utilizzo di personale non sempre qualificato, porta a ritenere che l'obbligo di indicare sin dall'offerta detti oneri debba valere ed essere apprezzato con particolare rigore. Inoltre, depone in tal senso anche la collocazione sistematica della norma citata, che è appunto inserita nella parte del Codice dedicata ai "Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" (Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421; sez. V, 19 luglio 2013, n. 3929). Si è poi osservato (Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2013, n. 3565) che "tale indicazione costituisce sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture un adempimento imposto dagli artt. 86, comma 3 *bis*, e 87, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 all'evidente scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura da affidare; stante la natura di obbligo legale rivestita dall'indicazione, è irrilevante la circostanza che la *lex specialis* di gara possa non aver richiesto la medesima indicazione, rendendosi altrimenti scusabile una *ignorantia legis*; poiché la medesima indicazione riguarda l'offerta, non può ritenersene consentita l'integrazione mediante esercizio del potere/dovere di soccorso da parte della stazione appaltante, ex art. 46, comma 1 *bis*, cit. d.lgs. n. 163 del 2006, pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti". Un secondo orientamento (Cons. Stato, sez. V, 7 maggio 2014, n. 2343; 9 ottobre 2013, n. 4964) ha dato una lettura diversa, ritenendo che l'obbligo di indicare nell'offerta gli oneri di sicurezza aziendali riguardi solo gli appalti di servizi o di forniture in ragione della "speciale disciplina normativa riservata agli appalti di lavori, che appunto si connota per l'analisi preventiva dei costi della sicurezza aziendale, che a sua volta si spiega alla luce della maggiore rischiosità insita nella predisposizione di cantieri", aggiungendosi i che "l'obbligo di dichiarare, a pena di esclusione, i costi per la sicurezza interna previsto dall'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006 si applica alle sole procedure di affidamento di forniture e di servizi. Per i lavori, al contrario, la quantificazione è rimessa al piano

di sicurezza e coordinamento ex art. 100, d.lgs. n. 9 aprile 2008, n. 81, predisposto dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 131 del Codice dei contratti pubblici". Non si può infatti trascurare, si sostiene, che è comunque obbligatoria la valutazione, ai fini della congruità dell'offerta, del costo del lavoro e della sicurezza in forza del comma 3 *bis* dell'art. 86 del Codice secondo cui "... nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture", essendosi così indicate espressamente tutte le possibili tipologie di appalti pubblici, compresi quelli aventi ad oggetto i lavori, per cui si deve ritenere, a contrario, che, non avendo utilizzato la medesima locuzione estensiva nel comma 4 dell'art. 87, tale ultima norma va riferita ai soli contratti pubblici presi espressamente in considerazione, ossia quelli aventi ad oggetto servizi e forniture.

L'Adunanza plenaria ha aderito all'orientamento secondo cui nelle procedure di affidamento relative ai contratti pubblici di lavori i concorrenti devono indicare nell'offerta economica i costi per la sicurezza, interni o aziendali, e ciò in quanto il piano di sicurezza e coordinamento (Psc), di cui agli artt. 100, d.lgs. n. 81 del 2008 e 131 del Codice appalti, è riferito ai costi di sicurezza quantificati a monte dalla stazione appaltante, specialmente in relazione alle interferenze, e non alla quantificazione dei costi aziendali delle imprese. Ha altresì rilevato che non appare coerente imporre alle stazioni appaltanti di tenere espresso conto, nella determinazione del valore economico di tutti gli appalti, dell'insieme dei costi della sicurezza, e non imporre ai concorrenti, per i soli appalti di lavori, un identico obbligo di indicazione nelle offerte dei loro costi specifici, il cui calcolo emergerebbe soltanto in via eventuale, nella non indefettibile fase della valutazione dell'anomalia; così come non si rinviene la *ratio* di non prescrivere la specificazione dei detti costi per le offerte di lavori, nella cui esecuzione i rischi per la sicurezza sono normalmente i più elevati. Si tratterebbe, in definitiva, di una normativa che, incidendo negativamente sulla completezza della previsione dei costi per la sicurezza per le attività più rischiose, risulterebbe incoerente con la prioritaria finalità della tutela della sicurezza del lavoro, che ha fondamento costituzionale negli artt. 1, 2 e 4 e, specificamente, negli artt. 32, 35 e 41 Cost. e trascende i contrapposti interessi delle stazioni appaltanti e delle imprese partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, rispettivamente di aggiudicare questi ultimi alle migliori condizioni consentite dal mercato, da un lato, e dall'altro di massimizzare l'utile ritraibile dal contratto. Per evitare una soluzione ermeneutica irragionevole e incompatibile con le coordinate costituzio-

nali si deve allora accedere ad una interpretazione degli artt. 26, comma 6, d.lgs. n. 81 del 2008 e 86, comma 3-*bis*, del Codice, nel senso che l'obbligo di indicazione specifica dei costi di sicurezza aziendali non può essere assolto che dal concorrente, unico in grado di valutare gli elementi necessari in base alle caratteristiche della realtà organizzativa e operativa della singola impresa, venendo altrimenti addossato un onere di impossibile assolvimento alla stazione appaltante, stante la sua non conoscenza degli *interna corporis* dei concorrenti. Aggiungasi che un approccio ermeneutico, che non imponesse la specificazione dei costi interni nell'offerta per lavori, priverebbe il giudizio di anomalia delle preve indicazioni al riguardo da sottoporre a verifica, così inficiando l'attendibilità del giudizio finale. Cons. Stato, A.P., 2 novembre 2015, n. 9 ha da ultimo chiarito che, in caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza, non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2015.

**4.8. Esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici: Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2015, n. 2957.**

La sentenza n. 2957 del 2015 ha pronunciato sul ricorso proposto avverso l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione per asserita carenza del requisito di partecipazione consistente nel possesso della certificazione di qualità UNI da oltre un triennio, prevista dal disciplinare di gara, e di tale clausola di *lex specialis*. Era stato dedotto da parte appellante che, mediante questa previsione, era stato introdotto un requisito speciale e, conseguentemente, una causa di esclusione dalla gara in caso di sua mancanza, non conforme al principio di tassatività sancito dall'art. 46, comma 1 *bis*, del Codice dei contratti pubblici. Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello giudicando illegittimo l'autoannullamento per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici sancito dal citato art. 46, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 163, dal momento che l'art. 43 del medesimo Codice non prevede alcunché al riguardo e le esigenze sottese alla richiesta di tale certificazione sono soddisfatte dal fatto che l'impresa concorrente l'abbia comunque conseguita e ne sia fornita al momento della partecipazione alla gara. La previsione di un periodo temporale non risponde peraltro ad effettive esigenze dell'amministrazione di garanzia di qualità del servizio, poiché le stesse sono comunque assicurate dal possesso della certificazione in sé.

**4.9. Attestazioni SOA: Cons. Stato, A.P., 20 luglio 2015, n. 8.**

L'Adunanza plenaria segnalata in rubrica ha affrontato la questione relativa al se, nel regime transitorio dettato dall'art. 357, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e, in particolare, per il caso di bandi di gara pubblicati precedentemente alla data di entrata

in vigore del regolamento, sia comunque necessario, per usufruire della *prorogatio* successiva all'entrata in vigore del regolamento e per il periodo ivi considerato, il requisito della verifica triennale, come prescritta prima dall'art. 15 *bis*, d.P.R. n. 34 del 2000 e poi dall'art. 76, d.P.R. n. 207 del 2010; se, in definitiva, detto adempimento deve considerarsi doveroso o non nell'anzidetto periodo transitorio ai fini del valido utilizzo delle attestazioni SOA. L'Adunanza plenaria ha affermato che nel regime transitorio previsto dall'art. 375, comma 12, prima parte, è applicabile l'onere di verifica triennale imposto prima dall'art. 15 *bis*, d.P.R. n. 34 del 2000 e poi dall'art. 77, d.P.R. n. 207 del 2010; nel regime transitorio dettato dai commi 13, 16 e 17 dell'art. 375, d.P.R. n. 207 per le categorie "variate" non sussiste, durante il regime di proroga, l'obbligo di verifica triennale delle attestazioni Soa, di cui agli artt. 15 *bis*, d.P.R. n. 34 del 2000 e 77, d.P.R. n. 207 del 2010.

**4.10. Indicazione del nominativo del subappaltatore nell'offerta: Cons. Stato, A.P., 2 novembre 2015, n. 9 e 1 dicembre 2015, n. 11.**

La soluzione della questione in ordine alla configurabilità di un obbligo di indicare il nominativo del subappaltatore già nella fase dell'offerta da parte dell'impresa concorrente sprovvista della qualificazione in una o più categorie scorporabili (e, quindi, a fronte di un c.d. subappalto necessario) era stata rimessa all'Adunanza plenaria a fronte del contrasto giurisprudenziale. Al predetto problema erano, infatti, offerte due diverse soluzioni. Secondo una prima tesi la necessità della dimostrazione, ai fini della partecipazione alla procedura, della qualificazione per tutte le lavorazioni per le quali la normativa di riferimento la esige implica, quale indefettibile corollario, la necessità dell'indicazione del nominativo del subappaltatore già nella fase dell'offerta, di guisa da permettere alla stazione appaltante il controllo circa il possesso, da parte del concorrente, di tutti i requisiti di capacità richiesti per l'esecuzione dell'appalto; viceversa, secondo una diversa e minoritaria interpretazione dell'istituto, una corretta esegesi delle regole che presidiano i requisiti di qualificazione, e che escludono che, ai fini della partecipazione alla gara, sia necessario il possesso della qualificazione anche per le opere relative alle categorie scorporabili (esigendo il ricorso al subappalto solo per quelle a qualificazione necessaria e nella sola fase dell'esecuzione dell'appalto), imporrebbe la diversa soluzione dell'affermazione del solo obbligo di indicazione delle lavorazioni che il concorrente intende affidare in subappalto, ma non anche del nome dell'impresa subappaltatrice. Infatti l'art. 118, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006, nella parte in cui ha catalogato (articolandoli in quattro lettere) i requisiti di validità del subappalto, ha evidentemente inteso circoscrivere, in maniera tassativa ed esaustiva, a quei presupposti (e solo ad essi) le condizioni di efficacia del subappalto, con la conseguenza che ogni opzione ermeneutica che si risolvesse nell'aggiunta di un diverso ed ulteriore adempimento (rispetto a quelli ivi classificati) dev'essere rifiutata in quanto finirebbe per far dire

alla legge una cosa che la legge non dice (e che, si presume, secondo il suddetto canone interpretativo, non voleva dire). Ha quindi affermato l'Adunanza plenaria, con le due sentenze nn. 9 e 11 del 2015 che dall'esame della vigente normativa di riferimento può, in definitiva, identificarsi il paradigma (riferito all'azione amministrativa, ma anche al giudizio della sua legittimità) secondo cui l'indicazione del nome del subappaltatore non è obbligatoria all'atto dell'offerta, neanche nei casi in cui, ai fini dell'esecuzione delle lavorazioni relative a categorie scorporabili a qualificazione necessaria, risulta indispensabile il loro subappalto a un'impresa provvista delle relative qualificazioni (nella fattispecie che viene comunemente, e, per certi versi, impropriamente definita come "subappalto necessario"). La correttezza di tale soluzione è avvalorata dalle determinazioni dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (l'AVCP, prima, e l'ANAC, poi), che hanno ripetutamente affermato il principio dell'obbligatorietà della sola indicazione delle lavorazioni che si intendono affidare in subappalto e contestualmente escluso l'obbligatorietà dell'indicazione nominativa del subappaltatore (si vedano la determinazione ANAC n. 1 dell'8 gennaio 2015; il parere ANAC n. 11 del 30 gennaio 2014 e la determinazione AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012), approvando, in coerenza con tali enunciazioni, gli schemi dei bandi, con il valore vincolante ad essi assegnati dall'art. 64, comma 4 *bis*, d.lgs. cit. (e previo parere conforme del Ministero delle infrastrutture). Lo scrutinio delle direttive europee non conduce ad esiti differenti, confermando, anzi, la correttezza dei principi prima affermati. Le direttive in materia di appalti pubblici hanno, infatti, rimesso alla discrezionale scelta degli Stati membri o, comunque, delle stazioni appaltanti l'opzione regolatoria attinente alla doverosità dell'indicazione del nome del subappaltatore, ai fini della partecipazione alla gara, astenendosi, quindi, dall'imporre una qualsivoglia soluzione alla pertinente questione. Orbene, in difetto di un vincolo europeo all'introduzione (in via legislativa o amministrativa) dell'obbligo in discussione, la sua positiva affermazione esige una chiara, univoca ed esplicita sua previsione (con una specifica disposizione di legge, in mancanza della quale resta precluso all'interprete che altrimenti disporrebbe di una potestà discrezionale che le direttive comunitarie riconoscono invece solo allo Stato membro

**4.11. Discordanze fra le offerte espresse in lettere e quelle espresse in cifre:  
Cons. Stato, A.P., 13 novembre 2015, n. 10.**

L'Adunanza plenaria n. 10 del 2015 si è pronunciata sulla questione relativa all'esatta individuazione del criterio utile a dirimere le incertezze derivanti dall'emersione di discordanze fra le offerte espresse in lettere e quelle espresse in cifre, in sede di esame di quelle presentate da partecipanti ad una gara finalizzata all'affidamento di un contratto pubblico di lavori, servizi o forniture. La problematica sorge in conseguenza della divergenza di disciplina nell'art. 72, r.d. 23 maggio 1924, n. 827 e nell'art. 119 comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. La prima delle succitate disposizioni sancisce che "quando in una offerta all'asta vi sia discordanza fra il prezzo indicato in lettere e quello indicato in cifre, è valida l'indicazione più vantaggiosa

per l'amministrazione". Diversamente, l'art. 119, d.P.R. n. 207 del 2010 prevede al comma 2 che "il prezzo complessivo offerto, rappresentato dalla somma di tali prodotti, è indicato dal concorrente in calce al modulo stesso, unitamente al conseguente ribasso percentuale rispetto al prezzo complessivo posto a base di gara. Il prezzo complessivo ed il ribasso sono indicati in cifre ed in lettere. In caso di discordanza prevale il ribasso percentuale indicato in lettere". Al comma 3 dello stesso art. 119, si ribadisce che "nel caso di discordanza dei prezzi unitari offerti prevale il prezzo indicato in lettere". Il conflitto tra le disposizioni, dunque, potrebbe sorgere qualora l'operatore economico proponesse un'offerta in lettere discordante rispetto all'offerta in cifre e quest'ultima fosse maggiormente vantaggiosa per l'Amministrazione..

Sulla questione la giurisprudenza del giudice amministrativo si è divisa. Secondo un primo orientamento l'art. 72, r.d. n. 827 del 1924 dovrebbe assurgere a criterio generale utile alla risoluzione del conflitto. Innanzitutto la norma, in assenza di un'esplicita disposizione, non può ritenersi espunta dall'ordinamento e, pertanto, non può essere svuotata di significato in virtù della sola esistenza di una disposizione cronologicamente più recente ma afferente ad una diversa fattispecie. In secondo luogo l'art. 119 comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, non può nemmeno considerarsi espressione di un principio innovativo, derivante da originali e mutate tendenze dell'ordinamento atteso che la disposizione in esso contenuta rappresenta la riproduzione di quanto già sancito, dapprima, con l'art. 5, l. 2 febbraio 1973, n. 14, secondo il cui comma 4 "i prezzi unitari sono indicati in cifre ed in lettere: vale, per il caso di discordanza, il prezzo indicato in lettere" e, successivamente, con una disposizione identica all'attuale formulazione, dall'art. 90, commi 2 e 3, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554. In terzo luogo se il criterio di valorizzazione dell'offerta espressa in lettere fosse elevato a soluzione di carattere generale, non si comprende per quale ragione la relativa disposizione non abbia abrogato l'art. 72, r.d. n. 827 del 1924. Infine l'art. 119, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 in effetti si riferisce esplicitamente ed in via esclusiva alle gare indette con il criterio dell'offerta a prezzi unitari. Il Massimo Consesso ha innanzi tutto osservato, in senso contrario a quanto innanzi esposto, che la valorizzazione dell'offerta maggiormente vantaggiosa per l'Amministrazione potrebbe creare problematiche nell'ambito delle gare in cui vi sia un meccanismo di esclusione delle offerte anomale nel senso che nel contrasto tra offerta espressa in lettere ed offerta espressa in cifre, quella che in astratto può apparire maggiormente vantaggiosa, potrebbe condurre, invece, ad una sua esclusione per anomalia. Inoltre l'art. 119, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, pur non introducendo una disposizione di carattere innovativo, risponde ad esigenze del tutto differenti rispetto all'art. 72, r.d. n. 827 del 1924, atteso che la tutela della concorrenza costituisce la più importante *ratio* ispiratrice dell'intera normativa del settore dei contratti della Pubblica Amministrazione e, in quest'ottica, anche la giurisprudenza di settore deve necessariamente orientarsi. La effettiva parità tra gli operatori economici, che partecipano ad una procedura finalizzata all'affidamento di un appalto, non può considerarsi secondaria rispetto ad altri e diversi interessi,



seppur questi rivestano un'importanza considerevole. Il legislatore europeo, prima, e nazionale, poi, nel delineare il *corpus* normativo afferente alla materia dei contratti, si è orientato nel senso di valorizzare primariamente la *par condicio* fra operatori economici, quale strumento per rendere virtuoso il sistema economico nel suo complesso. Ciò posto, dunque, il criterio di cui all'art. 119, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 è indubbiamente orientato all'effettiva parità fra coloro che partecipano ad una gara pubblica, poiché impone alla commissione un comportamento univoco, non soggetto a interpretazioni virtualmente difformi. Diversamente, l'art. 72, r.d. n. 827 del 1924 opera con precipuo riferimento all'interesse economico-finanziario dell'Amministrazione, come dimostra il suo inserimento all'interno di un sistema normativo finalizzato all'"amministrazione del patrimonio" ed alla "contabilità generale dello Stato" e l'intenzione di addossare sull'operatore il costo dell'errore in sede di compilazione dell'offerta.

**4.12. Offerta di gara e contratto collettivo applicato: Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2015, n. 5597.**

Con la sentenza in rubrica la sez. III ha chiarito che l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla *lex specialis* alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la sua mancata applicazione può essere *a priori* sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo, anziché di un altro, possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta. Ha aggiunto, richiamando un precedente della stessa sez. III (Cons. St., sez. III, 2.4.2015, n. 1743), che non possono non essere considerati, in sede di valutazione delle offerte, aspetti particolari che riguardano le diverse imprese, con la conseguenza che, ai fini di una valutazione sulla congruità dell'offerta, la stazione appaltante deve tenere conto anche delle possibili economie che le diverse singole imprese possono conseguire (anche con riferimento al costo del lavoro), nel rispetto delle disposizioni di legge e dei contratti collettivi.

**4.13. Offerte anomale nel caso di mancato rispetto delle tabelle ministeriali: Cons. Stato, sez. III, 13 ottobre 2015, n. 4699.**

La sentenza n. 4699 del 2015 ha ricordato che l'art. 86 del codice dei contratti pubblici individua, nei commi 1 e 2, distinti indici, a seconda che il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso ovvero quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'individuazione delle offerte che sono sospettate di essere anomale (cd. indicatori automatici di anomalia). In presenza di tali indicatori la stazione appaltante è quindi tenuta ad attivare una verifica sulla possibile anomalia dell'offerta. L'art. 86 al comma 3, con una clausola generale valida per entrambe le ipotesi, stabilisce poi che la stazione appaltante può procedere in ogni caso alla valutazione della congruità di ogni altra offerta che in base ad elementi specifici appaia anormalmente bassa. La scelta dell'Amministrazione di attivare in tali casi il

procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è, pertanto, ampiamente discrezionale e può, per questo, essere sindacata davanti al giudice amministrativo solo per manifesta illogicità o per la presenza di rilevanti errori di fatto. L'esercizio di tale facoltà comporta, pertanto, l'apertura di un subprocedimento in contraddittorio con il concorrente che ha presentato l'offerta ritenuta a rischio di anomalia, che può concludersi con un giudizio di anomalia o di non anomalia dell'offerta. Anche tale giudizio è ampiamente discrezionale e può essere sindacato, in conseguenza, davanti al giudice amministrativo solo per manifesta illogicità o per la presenza di rilevanti errori di fatto. Tenuto conto del rilievo che in molti contratti ha il costo del lavoro e tenuto conto delle esigenze di tutela dei lavoratori, il legislatore ha aggiunto, all'art. 86, con l'art. 1, comma 909, lettera a) della legge 27 dicembre 2006, n. 296, il comma 3 bis che prevede che gli enti aggiudicatori verifichino *“che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro ... il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture”*. Il Ministero del lavoro è, quindi, incaricato della predisposizione di apposite tabelle che tengono conto dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, delle differenti aree territoriali e dei diversi settori merceologici. In esito all'istruttoria disposta da questa Sezione, il Ministero del lavoro ha fornito ampi ragguagli sulle modalità con le quali in concreto tale funzione è esercitata. Per effetto di tale ultima disposizione il costo del lavoro è ritenuto indice di anomalia dell'offerta quando non risultino rispettati i livelli salariali che la normativa vigente - anche a base pattizia - rende obbligatori. Una determinazione complessiva dei costi basata su un costo del lavoro inferiore ai livelli economici minimi fissati normativamente (o in sede di contrattazione collettiva) per i lavoratori del settore può costituire, infatti, indice di inattendibilità economica dell'offerta e di lesione del principio della *par condicio* dei concorrenti ed è fonte di pregiudizio per le altre imprese partecipanti alla gara che abbiano correttamente valutato i costi delle retribuzioni da erogare. Il Consiglio di Stato ha quindi ricordato che la giurisprudenza consolidata del giudice amministrativo ha affermato che una anomalia dell'offerta non può essere automaticamente desunta dal mancato rispetto delle tabelle ministeriali, richiamate dall'art. 87, comma 2, lett. g), del codice dei contratti pubblici, considerato che i costi medi del lavoro, indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del lavoro, in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva, non costituiscono parametri inderogabili, ma sono indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta che costituiscono oggetto della valutazione dell'Amministrazione. Corollario di tale premessa è che devono considerarsi anormalmente basse le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del lavoro in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva, con la conseguenza che può ritenersi ammissibile un'offerta che da essi si discosti, purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede

di contrattazione collettiva. Mentre occorre, perché possa dubitarsi della congruità dell'offerta, che la discordanza sia considerevole ed ingiustificata. E' stato ulteriormente chiarito che non possono non essere considerati, in sede di valutazione delle offerte, aspetti particolari ed elementi che possono variare da azienda ad azienda. Ai fini di una valutazione sulla congruità dell'offerta, la stazione appaltante deve, pertanto, tenere conto anche delle possibili economie che le diverse singole imprese possono conseguire (ed anche con riferimento al costo del lavoro), nel rispetto delle disposizioni di legge e dei contratti collettivi. Ha però aggiunto il giudice di appello che occorre fare riferimento ai contratti sottoscritti dai sindacati maggiormente rappresentativi. Ove si ammettessero, infatti, senza riserve offerte che sono formulate facendo applicazione di costi del lavoro molto più contenuti, oggetto di contratti collettivi di lavoro sottoscritti da sindacati non adeguatamente rappresentativi, si determinerebbero pratiche di *dumping* sociale perché solo alcune imprese possono beneficiare di disposizioni che giustificano un costo del lavoro inferiore.

#### **4.14. Cottimo fiduciario: Cons. Stato, sez. IV, 21 dicembre 2015, n. 5808.**

Con la sentenza richiamata in rubrica la sez. IV è intervenuta sull'esperibilità della procedura di cottimo fiduciario quando l'appalto di servizi è sotto soglia, giusto quanto asseritamente previsto dall'art. 125, comma 11, del Codice dei contratti pubblici. Ha ricordato che sono due le ipotesi che legittimano il ricorso al cottimo: una che contempla la previa regolamentazione da parte della stazione appaltante, e l'altra che discende da alcune situazioni contingenti o urgenti direttamente e tassativamente individuate dal legislatore. E' sufficiente, in proposito, una rapida rassegna delle norme citate. Dalle stesse si ricava che il cottimo fiduciario è una procedura negoziata in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamento a terzi (art. 125, comma 4). L'acquisizione in economia di beni e servizi è ammessa in relazione all'oggetto e ai limiti di importo delle singole voci di spesa, preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche esigenze. Il ricorso all'acquisizione in economia è altresì consentito in caso di: a) risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel termine previsto dal contratto; b) necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso, ivi non previste, se non sia possibile imporne l'esecuzione nell'ambito del contratto medesimo; c) prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente necessaria; d) urgenza, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale (art. 125, comma 10).

Per servizi o forniture di importo pari o superiore a quarantamila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel

rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento. (art. 125, comma 11).

**4.15. Domanda di subentro nel contratto: Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4585.**

Il Consiglio di Stato ha ricordato, nella sentenza n. 4585 del 2015, che l'art. 121, comma 1, c.p.a., ha stabilito che "il giudice, che annulla l'aggiudicazione definitiva, dichiara l'inefficacia del contratto .... c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'art. 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento". La giurisprudenza ha osservato che, dopo l'entrata in vigore delle disposizioni attuative della direttiva 2007/66/Ce, riprese negli artt. 121 e 122 c.p.a., in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una pubblica gara, spetta al giudice amministrativo il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se mantenere o non l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato, così che l'inefficacia del contratto non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma costituisce oggetto di una specifica pronuncia giurisdizionale, costituendo quelle previsioni una significativa innovazione rispetto alla logica sequenza procedimentale che vede la privazione degli effetti del contratto strettamente connessa all'annullamento dell'aggiudicazione, e da questa dipendente, anche nella prospettiva delle esigenze di semplificazione e concentrazione delle tutele ai fini della loro effettività. Ha ancora ricordato l'Alto Consesso che ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a. in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati e tale regola vale anche quando il giudice, secondo quanto disposto dagli artt. 121 e 122 c.p.a., dichiara l'inefficacia del contratto, potendo in tal caso disporre il subentro del ricorrente solo quando l'accoglimento del ricorso non renda necessaria una ulteriore attività procedimentale dell'amministrazione per la individuazione del nuovo aggiudicatario della gara, aggiungendosi ancora che la circostanza che non sia stato rispettato il termine dilatorio di cui all'art. 11, comma 10 *ter*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. *stand still*) non può da sola comportare la caducazione dei contratti. La giurisprudenza ha escluso che la sola violazione del termine di c.d. *stand still* possa legittimare la declaratoria di inefficacia del contratto. La disposizione della lett. c) del comma 1 dell'art. 121 c.p.a., subordina, infatti, tale declaratoria, non solo all'accertamento che la violazione di quel termine abbia impedito all'interessato di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto, ma soprattutto al fatto che tale

violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

**4.16. Indennizzo ex art. 21 *quinquies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 per legittimo esercizio del potere di revoca dell'intera procedura di gara: Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2015, n. 2013.**

Ha chiarito la sez. V con la sentenza n. 2013 del 2015, in occasione dell'impugnazione, da parte dell'aggiudicataria provvisoria, del provvedimento con il quale la stazione appaltante ha disposto la revoca dell'intera procedura di gara, a partire dal bando, che nel caso di revoca legittima la stazione appaltante soggiace all'obbligo di indennizzo ex art. 21 *quinquies*, l. 7 agosto 1990, n. 241. Nell'ipotesi sottoposta al vaglio del giudice di appello la revoca era stata disposta per sopravvenute difficoltà finanziarie, ipotesi questa che una giurisprudenza costante del giudice amministrativo ritiene che possa legittimamente fondare provvedimenti di ritiro in autotutela di procedure di gara, benché queste siano giunte all'aggiudicazione definitiva. La perdita della copertura finanziaria rappresenta infatti una circostanza che legittimamente può indurre l'amministrazione a rivalutare i motivi di interesse pubblico sottesi all'affidamento di un contratto e dunque riconducibile alla principale ipotesi di revoca di provvedimenti amministrativi, secondo l'ampia nozione recepita dal citato art. 21 *quinquies* della legge generale sul procedimento amministrativo. Tale conclusione può, ad avviso del giudice di appello, essere estesa *a fortiori* a procedure aggiudicate solo in via provvisoria, ed anche se ad essa non sia seguito alcuno sviluppo procedimentale per molti mesi, lasciando l'impresa in una situazione di incertezza ed attesa per lungo tempo. Di fronte ad un atto espressivo di apprezzamenti di carattere ampiamente discrezionale, riconducibile ad una diversa valutazione del medesimo interesse pubblico che aveva originariamente indotto l'amministrazione ad emettere l'atto poi ritirato, qualsiasi affidamento privato è destinato a soccombere, tanto è vero che l'art. 21 *quinquies* più volte citato non attribuisce ad esso alcun rilievo impeditivo all'esercizio del relativo potere, diversamente da quanto previsto per l'annullamento d'ufficio dal successivo art. 21 *nonies*. La prima delle norme della legge generale sul procedimento amministrativo ora citato tutela infatti il contrapposto interesse destinato unicamente sul piano patrimoniale, attraverso l'indennizzo e dunque mediante un ristoro pecuniario conseguente ad un atto lecito ma pregiudizievole per i contrapposti interessi privati. Venendo alla quantificazione dell'indennizzo, lo stesso deve essere limitato alle spese inutilmente sopportate dalla ricorrente per partecipare alla gara, con esclusione di qualsiasi altro pregiudizio dalla stessa lamentato. Ciò in base ad un duplice ordine di rilievi. In primo luogo perché si tratta di un rimedio posto a protezione di interessi lesi da atti legittimi, come sopra accertato, e dunque leciti. Conseguentemente con esso non possono essere reintegrate tutte le conseguenze patrimoniali negative risentite dai relativi destinatari, come invece nel risarcimento del danno per fatti che l'ordinamento giuridico riprova, e dunque illeciti ex art. 2043 cod. civ. o commessi in violazione del dovere di buona fede nelle trattative precontrattuali sancito dall'art. 1337 cod. civ.. L'inden-

nizzo è per contro un istituto di giustizia distributiva, che impone una condivisione sul piano economico di tali negative conseguenze di carattere patrimoniale, secondo un bilanciamento rimesso all'equo componimento delle parti interessate o, in caso di disaccordo, al giudice amministrativo. In secondo luogo, conferma di quanto osservato si trae dal comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies*, il quale, nello specifico caso di revoca di atti amministrativi incidenti su rapporti negoziali circoscrive l'indennizzo "al solo danno emergente". La previsione in questione è applicabile *a fortiori* al caso in cui la revoca non incida su tali rapporti, essendo i contrapposti affidamenti privati evidentemente meno meritevoli di tutela rispetto a coloro che vedano vanificate le aspettative di integrale esecuzione di un contratto ormai stipulato. Deve essere invece escluso il danno curriculare perché il suo risarcimento è configurabile in caso di responsabilità da mancata aggiudicazione, trattandosi di voce diretta a ristorare l'interesse positivo all'ottenimento del contratto ed alla sua esecuzione, ma non già l'interesse negativo a non essere coinvolto in trattative contrattuali inutili, il quale viene invece in rilievo nella *culpa in contraendo*.

#### **4.17. Recesso dal contratto di forniture: C.g.a. 21 gennaio 2015, n. 49.**

Ha chiarito il C.g.a. che, qualora successivamente alla valida stipula di un contratto di forniture e servizi l'amministrazione, con riferimento ad una convenzione Consip, accerta la non economicità del contratto originariamente stipulato, deve avvalersi - nei limiti e alle condizioni previste - dell'istituto del recesso contrattuale di cui all'art. 1, comma 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, trattandosi di norma speciale prevalente rispetto al generale potere di revoca in autotutela ex art. 21 *quinquies*, l. 7 agosto 1990, n. 241. L'art. 1, comma 13, d.l. n. 95 del 2012 è applicabile anche agli affidamenti diretti di cui all'art. 34, comma 22, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 perché quest'ultima norma è volta solo a far salvi gli affidamenti disposti in vigenza di un quadro normativo differente da quello attuale (e meno conforme ai principi della concorrenza) e non impedisce la rivalutazione della convenienza del contratto, così come stabilito dall'art. 1, comma 13, d.l. n. 95 del 2012. La revoca pubblicistica di cui all'art. 21 *quinquies*, l. 241 del 1990 e il recesso dal contratto devono essere tenuti distinti perché: a) il potere di revoca della procedura di affidamento si colloca nell'ambito dell'azione amministrativa di tipo pubblicistico mentre il recesso contrattuale, lasciando impregiudicata la serie pubblicistica degli atti, incide solo sul vincolo contrattuale; b) è differente la qualificazione della posizione giuridica vantata dal privato nei confronti della revoca pubblicistica (interesse legittimo) e del recesso contrattuale (diritto soggettivo); c) la revoca può essere adottata in presenza delle condizioni legittimanti previste dall'art. 21 *quinquies*, l. n. 241 del 1990, mentre il potere di recesso è disciplinato da specifiche disposizioni di legge, tra cui l'art. 134 del Codice dei contratti e l'art. 1, comma 13, d.l. n. 95 del 2012; d) nel caso di revoca la determinazione dell'indennizzo segue le regole stabilite dall'art. 21 *quinquies*, comma 1 *bis*, l. n. 241 del 1990 mentre il ristoro pecuniario dovuto dall'amministrazione recedente è fatto oggetto di apposita disciplina nelle diverse

disposizioni di legge che lo regolano, oltre che innestarsi sulla previsione generale di cui all'art. 1373, comma 3, c.c. (se non derogata).

**4.18. Concessioni-contratto e istituto della penale: Cons. Stato, sez. IV, 3 dicembre 2015, n. 5492.**

Ha chiarito la sezione che il rapporto amministrazione/concessionario, fondato sulle (usualmente definite) "concessioni/contratto", proprio in ragione delle sue peculiarità originate dall'inerenza all'esercizio di pubblici poteri, non ricade in modo immediato, e tanto meno integrale, nell'ambito di applicazione delle disposizioni del codice civile, le quali, se possono certamente trovare applicazione in quanto applicabili ovvero se espressamente richiamate, tuttavia non costituiscono la disciplina ordinaria di tali convenzioni, né ciò è indicato dalla l. 7 agosto 1990, n. 241. Giova, infatti, ricordare che la l. n. 241 del 1990 disciplina nell'art. 11 gli "accordi" tra privati e pubblica amministrazione. In realtà, come segnalato da subito dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato (parere 17 febbraio 1987, n. 7/1987), sotto la comune dizione di "accordi", sono richiamati (e succintamente disciplinati) sia moduli più propriamente procedimentali, cioè attinenti alla definizione dell'oggetto dell'esercizio della potestà, sia accordi con contenuto più propriamente contrattuale, veri e propri contratti ad oggetto pubblico - secondo una definizione comunemente invalsa - in quanto disciplinanti aspetti patrimoniali connessi all'esercizio di potestà. La presenza contemporanea delle due figure rende distinta e, per così dire, "asimmetrica", l'applicazione delle stesse norme desumibili dall'art. 11, quali, in particolare, il comma 2, relativo all'applicabilità dei principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, ovvero il comma 4, concernente la possibilità offerta alla P.A. di recesso dall'accordo. Per un verso, dunque, la generale disciplina dell'art. 11 trova applicazione (anche) nel caso di "convenzioni" con contenuto patrimoniale, afferenti tuttavia al previo esercizio di potestà; per altro verso, essa deve applicarsi anche ad ipotesi in cui, difettando ogni "substrato patrimoniale", il richiamo - ad esempio - alla applicabilità dei principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, risulta avere un ambito di applicazione certamente più ristretto. In tale contesto, l'applicazione dei principi in tema di obbligazioni e contratti agli accordi dell'amministrazione (riconducibili o meno alla generale figura del contratto), trova in ogni caso un limite, e dunque una conseguente necessità di adattamento, nella immanente presenza dell'esercizio di potestà pubbliche, e nelle finalità di pubblico interesse cui le stesse sono teleologicamente orientate. Come la giurisprudenza ha avuto modo di osservare (Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786; 14 ottobre 2013, n. 5000), fermi i casi di contratti di diritto privato (per i quali trovano certamente applicazione le disposizioni del codice civile), nei casi invece di contratto ad oggetto pubblico l'amministrazione mantiene comunque la sua tradizionale posizione di supremazia; tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti", sempre "in quanto compatibili" e salvo che "non diversamente previsto"

Ciò, ovviamente, non esclude - sussistendone i presupposti ora delineati - che il giudice possa fare applicazione anche della disciplina dell'inadempimento del contratto, allorchè una parte del rapporto contesti alla controparte un inadempimento degli obblighi di fare. Proprio per questo, la giurisprudenza - certamente escludendo una acritica applicazione delle norme del codice civile - ha avuto modo di affermare: che l'impegno assunto dall'amministrazione con l'accordo non può risultare vincolante in termini assoluti, in quanto esso riguarda pur sempre l'esercizio di pubbliche potestà (Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2001, n. 354); che il c.d. "autovincolo" derivante all'amministrazione da un accordo può perdere successivamente consistenza a seguito del confronto delle posizioni caratterizzanti le fasi successive del procedimento (Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 2004, n. 7245). Come si è detto, l'art. 11, l. n. 241 del 1990 non rende applicabili agli accordi della Pubblica amministrazione le norme del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, bensì i "principi", con ciò stesso presupponendo una non immediata adattabilità - sia ad accordi non aventi natura contrattuale, sia a convenzioni/contratto - delle norme valevoli per le espressioni di autonomia privata, ma richiedendo la verifica della applicabilità, in ragione della specifica natura dell'atto bilaterale sottoposto a giudizio, dei "principi" (e di quanto da essi desumibile) in tema di obbligazioni e contratti, senza per ciò stesso escludere la stessa applicazione di nome in tema di obbligazioni e contratti, nei casi in cui agli accordi possa riconoscersi una natura prettamente contrattuale. Nel caso delle convenzioni che accedono all'esercizio di potestà amministrativa concessoria - dove è chiara la natura latamente contrattuale dell'atto bilaterale, stante la regolazione di aspetti patrimoniali - ben possono trovare applicazione le disposizioni in tema di obbligazioni e contratti. Tuttavia, tale applicazione non può esservi, se non considerando la persistenza (ed immanenza) del potere pubblico, dato che l'atto fondativo del rapporto tra amministrazione e concessionario non è la convenzione, bensì il provvedimento concessorio, rispetto al quale la prima rappresenta solo uno strumento ausiliario, idoneo alla regolazione (subalterna al provvedimento) di aspetti patrimoniali del rapporto.

Da quanto sin qui esposto, consegue che l'istituto della "penale" in diritto amministrativo non può essere apoditticamente ricondotto alla figura contrattuale della clausola penale (artt. 1382-1384 c.c.), ma deve innanzi tutto trovare il proprio fondamento nel regime di diritto pubblico governante il rapporto concessorio. L'istituto della "penale", presente nelle ipotesi di esercizio di potere amministrativo ampliativo della sfera giuridica dei privati (non solo, dunque, nelle ipotesi di esercizio di potere concessorio, ma anche autorizzatorio), ha certamente natura sanzionatoria e salvaguarda il raggiungimento delle finalità di pubblico interesse sottese all'esercizio del potere. Nel rapporto concessorio (ed in particolare, nel caso della concessione c.d. traslativa, di esercizio di funzioni o servizi pubblici), il perseguimento del pubblico interesse, del quale l'amministrazione è fatta titolare, avviene anche per il tramite dell'attività del privato, di modo che - laddove questo non si conformi alle regole imposte dal provvedimento concessorio e dalla convenzione a questo accessiva - l'irrogazione



della penale prevista costituisce appunto sanzione per una condotta tenuta o un evento prodotto non conformi al pubblico interesse. Il bene giuridico inciso non è, dunque, il patrimonio della Pubblica amministrazione, bensì il più generale interesse pubblico che costituisce ad un tempo la ragione causale della concessione ed il fine al quale deve essere orientata l'azione del privato concessionario (al di là delle ovvie finalità individuali). Di conseguenza, la penale costituisce la sanzione per la lesione arrecata all'interesse pubblico, quell'interesse - come si è detto - che sorregge sul piano motivazionale l'adozione stessa del provvedimento concessorio. Ovviamente, la lesione arrecata ben può consistere anche in un danno di natura patrimoniale arrecato all'Amministrazione, o, più precisamente, nel danno conseguente all'inadempimento (o al non esatto adempimento) di una obbligazione assunta in convenzione. Ma, in tali ipotesi, la penale svolge una duplice funzione: quella (primariamente) di sanzione per l'interesse pubblico violato (cui, nel rapporto concessorio, anche il danno patrimoniale si ricollega direttamente); quella più squisitamente civilistica (*ex art. 1382 c.c.*) di determinazione preventiva e consensuale della misura del risarcimento del danno derivante dall'inadempimento o dal ritardo nell'adempimento di una determinata prestazione, salvo che "sia convenuta la risarcibilità del danno ulteriore". Tale configurazione non esclude che, ai fini della verifica dei presupposti per l'irrogazione della penale, possano trovare applicazione le ulteriori disposizioni civilistiche in tema di penale. E dunque, la possibilità che "sia convenuta la risarcibilità del danno ulteriore" (art. 1382, comma 1); il fatto che essa "è dovuta indipendentemente dalla prova del danno" (comma 2), e può essere ridotta (art. 1384 c.c.) "se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento".

## 5. Sanità.

### 5.1. Decreto del Ministero della salute concernente la remunerazione delle prestazioni di assistenza ospedaliera per acuti, assistenza ospedaliera di riabilitazione e lungodegenza post acuzie e di assistenza specialistica ambulatoriale: Cons. Stato, sez. III, 27 gennaio 2015, n. 381.

La sentenza in rubrica ha contestualizzato l'impugnato decreto ministeriale nel particolare momento in cui è stato adottato. In un contesto caratterizzato dal crescente *deficit* di bilancio con riguardo alle spese sanitarie e di avvertita esigenza di contenimento del trasferimento di risorse pubbliche, nonché di razionalizzazione del sistema sanitario, è intervenuto il d.l. 6 luglio 2012, n. 95, recante "*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario*". Il decreto d'urgenza ha introdotto, al titolo III, disposizioni dirette alla "*Razionalizzazione della spesa sanitaria*" e, segnatamente, "*Disposizioni urgenti per l'equilibrio del settore sanitario e misure di governo della spesa farmaceutica*", intervenendo, con varie e articolate

misure, sulla spesa farmaceutica, sull'acquisto di beni e servizi, prevedendo riduzioni degli importi e corrispondenti volumi di acquisto delle prestazioni sanitarie al fine di ridurre la spesa complessiva annua. In particolare l'art. 15, comma 1, ha definito gli elementi da assumere come termine di riferimento per la determinazione delle tariffe a favore delle strutture private accreditate per le prestazioni di assistenza ospedaliera e ambulatoriale a carico del servizio sanitario nazionale, fissando un termine per determinare le tariffe pari a trenta giorni, nel testo originario del d.l. n. 95 del 2012, con decorrenza dalla data di entrata in vigore del decreto stesso (7 luglio 2012). Il termine è stato successivamente prorogato al 15 settembre 2012 in sede di legge di conversione del decreto. L'art. 15, comma 15, ha stabilito che il tariffario venisse predisposto, in deroga alla "procedura" prevista dall'art. 8 *sexies*, comma 5, d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502, sulla base "...dei dati di costo disponibili" e, ove ritenuti congrui ed adeguati, dei tariffari regionali "...tenuto conto dell'esigenza di recuperare, anche tramite la determinazione tariffaria, margini di inappropriata ancora esistenti a livello locale e nazionale".

Ai sensi del successivo comma 17 *bis* è stato previsto che gli importi tariffari fissati dalle singole Regioni, superiori alle tariffe massime stabilite ai sensi del comma 15, fossero posti a carico dei bilanci regionali, mentre è fatto divieto alle regioni sottoposte ai piani di rientro di derogare agli importi massimi stabiliti dal decreto ministeriale. Ha chiarito la sezione che dalla piana lettura del comma 15, in relazione al comma 17 *bis* dell'art. 15 in precedenza richiamato, emerge che non vi è, nel testo del decreto legge, la previsione di un'unica procedura di determinazione delle tariffe, ma che la stessa si sostanzia in due diverse fasi, successive nel tempo, la seconda, attivabile a conclusione della prima. La prima procedura trova disciplina nel comma 15, con un *iter* procedurale semplificato e derogatorio attraverso l'utilizzazione dei "dati di costo disponibili, nonché dei tariffari regionali, ove ritenuti congrui e adeguati, prevedendo inoltre l'acquisizione del parere della Conferenza Stato/Regioni. La seconda procedura, di "aggiornamento delle tariffe determinate ai sensi del comma 15", disciplinata dal comma 17 *bis*, ha previsto il confronto con le associazioni di categoria, evidenziando chiaramente la volontà del legislatore di un approfondimento e rivalutazione delle tariffe rispetto a quelle già determinate in via di urgenza con procedura semplificata, con ripristino delle ordinarie forme di consultazione e confronto ex art. 8 *sexies*, comma 5, d.lgs. n. 502 del 1992. Stante il carattere intertemporale della disciplina tariffaria che deriva dal d.m. 18 ottobre 2012 - che interviene in un contesto caratterizzato dalla necessità di individuare, entro tempo ristretto e a contenimento della spesa nel comparto sanitario, limiti certi in ordine alle tariffe massime che possono essere corrisposte dal servizio sanitario nazionale per prestazioni rese in accreditamento - non può ricondursi al provvedimento normativo un intento elusivo del giudicato di annullamento del precedente decreto del 2006 in esito a contenzioso che vedeva come parte l'odierna appellante. Ed invero la pretesa a un'attività istruttoria di più articolato spessore - tesa a dare rilievo in dettaglio ai costi effettivi che si riconducono alle prestazioni di assistenza rese dal centro ricorrente - non può essere fatta valere contro il d.m. impugnato

che, indistintamente riferito a tutti i soggetti che operano in accreditamento, obbedisce alla logica diversa di offrire nell'immediato parametri tariffari certi sulla scorta dei dati di costo disponibili, salva ogni successiva verifica di aggiornamento nella successiva fase prevista dal comma 17 *bis*. Ha aggiunto la sezione che la procedura accelerata, delineata dall'art. 15, comma 15, d.l. n. 95 del 2012, si riflette, inoltre - in regime derogatorio all'art. 8 *sexies*, comma 5, d.lgs. n. 502 del 1992 - non sui soli aspetti formali del procedimento, ma anche, sul piano sostanziale, sui parametri oggettivi da assumere a riferimento e che la disposizione in esame specificatamente individua (dati di costo disponibili e tariffari regionali in atto). Quanto all'approfondimento istruttorio da parte dell'amministrazione regionale, dal contesto normativo in precedenza delineato si rileva come la procedura di determinazione tariffaria ai sensi dell'art. 15, comma 15, d.l. n. 95 del 2012 sia drasticamente semplificata - con modalità istruttorie limitate ai dati esistenti e disponibili e, ove ritenuti congrui e adeguati, a quelli regionali - finalizzata alla adozione di un tariffario nazionale da prendere a riferimento immediato, da parte delle regioni, per recuperare margini di inappropriatazza esistenti a livello locale e nazionale. Del resto le ragioni di immediatezza del provvedere trovano giustificazione non eludibile nella più complessa manovra di c.d. *spending review*, tesa a realizzare consistenti e immediati livelli di risparmio in diversi settori, compreso quello sanitario. L'eventuale sacrificio della certezza istruttorio, tanto è una conseguenza necessitata ed eccezionale della applicazione del dato normativo che ha imposto all'amministrazione l'adozione, in tempi ravvicinati e per fronteggiare la grave situazione finanziaria in cui versa l'intero sistema sanitario pubblico, di un tariffario nazionale con funzione strategica di raffronto e contenimento delle tariffe proliferate in maniera diversificata ed incontrollata nelle varie regioni. Tale conclusione è avvalorata dal fatto che l'art. 15, comma 17 *bis*, fa salvo un successivo approfondimento istruttorio da parte dell'apposita Commissione ivi prevista, alla quale ha imposto un *iter* di lavoro con individuata cadenza, con l'ausilio delle organizzazioni rappresentative delle strutture private accreditate, ai fini del definitivo aggiornamento delle tariffe. Ciò conferma, con ogni evidenza, che la determinazione tariffaria prevista dal comma 15 doveva effettuarsi con urgenza e sulla base dei soli elementi espressamente indicati dalla norma, con la conseguenza che l'oggettiva ristrettezza dei tempi non consentiva di procedere ad una nuova rilevazione dei costi effettivi ai fini di un'attualizzazione dei dati disponibili. Infine, ha chiarito il Consiglio di Stato che le disposizioni di legge sul regime tariffario transitorio non introducono una violazione delle norme del Trattato U.E. garanti della libertà di prestazione dei servizi in regime concorrenziale. Il quadro normativo contestato non determina impedimento allo svolgimento dell'attività della struttura sanitaria, cui non si impone di dover necessariamente operare in regime pubblicistico. Questa - a fronte delle superiori esigenze di contenimento della spesa che coinvolgono anche l'impegno di risorse nel comparto della sanità - può diversamente aggregare i fattori produttivi e, con scelta ispirata alle proprie esigenze aziendali e di profitto, diversificare e bilanciare l'area di impegno per prestazioni assistenziali in accreditamento rispetto a quelle in rapporto privatistico. Non ricorrono, quindi, i presupposti

per sollevare questione di interpretazione ai sensi dell'art. 267 del Trattato. Le disposizioni di legge sul regime tariffario transitorio non si pongono in contrasto neanche con gli artt. 3, 32 e 41 Cost.. Il diritto di libera iniziativa economica del privato non è assoluto, ma deve coordinarsi con le esigenze di utilità sociale. Nella specie la necessità di intervenire sui livelli di impegno delle risorse pubbliche giustifica l'adozione del regime tariffario con procedura accelerata e semplificata, per di più per un periodo ristretto, e rende, quindi, prevalenti le esigenze di interesse pubblico generale su quelle del singolo operatore privato. L'art. 15, comma 5, non determina, inoltre, in violazione dell'art. 1 del primo protocollo Cedu, a un'indebita espropriazione di beni, nella nozione comprensiva dei valori patrimoniali. Il rapporto di accreditamento e il relativo regime retributivo seguono ad una libera decisione dell'operatore privato. Esso sottostà a regole soggette a mutazione nel tempo e, ove queste si presentino meno vantaggiose sul piano economico, non sottraggono beni che possano ricondursi con carattere di stabilità al patrimonio del soggetto accreditato.

**5.2. Servizio sanitario nazionale e controllo della spesa: Cons. Stato, sez. III, 6 febbraio 2015, n. 604 e 27 febbraio 2015, n. 982.**

Le sentenze sopra indicate hanno riguardato la natura e l'ambito di operatività del Piano di rientro. Hanno chiarito che il sistema di contenimento e controllo della spesa - come espressione dei soprastanti principi costituzionali e dei vincoli di ordine comunitario conseguenti al regime della moneta unica - si è da tempo compiutamente configurato in via normativa fino a costituire un vero, organico e assai incisivo ordinamento di settore. La sottoposizione della Regione al Piano di rientro è prevista dalla legge in presenza di un disavanzo eccessivo nel settore della spesa sanitaria e comporta l'obbligo della sua riduzione a livelli sostenibili. In questo quadro, la disciplina normativa del Piano di rientro, come convalidata e interpretata dalla Corte costituzionale e dalla giustizia amministrativa, persegue contestualmente e paritariamente due ordini di obiettivi, entrambi vincolanti e sottoposti a penetranti controlli nelle sedi nazionali, con conseguenti meccanismi premiali o sanzionatori: a) l'esigenza di ripristinare l'equilibrio economico-finanziario del sistema sanitario regionale interessato; b) la necessità di salvaguardare il pieno rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni secondo gli *standard* acquisiti in campo nazionale. Ne consegue che il peso del Piano di rientro deve distribuirsi secondo criteri di massima appropriatezza e di ragionevolezza su tutti i settori di spesa in eccesso, con particolare riferimento alla regolazione delle prestazioni ulteriori rispetto ai livelli essenziali. La stessa legge d'altro canto prevede che i livelli essenziali siano configurati e commisurati in sede nazionale in relazione alle risorse, secondo criteri di massima appropriatezza e di costi *standard*, salvo il rispetto di un limite irriducibile consistente in quello che la Corte costituzionale riconosce come nucleo essenziale del diritto fondamentale alla salute. Ha chiarito infatti il giudice delle leggi (sentt. n. 123 del 2011, n. 32 del 2012, n. 91 del 2012, n. 104 del 2013) che per le Regioni sottoposte a Piano di rientro l'implementazione di prestazioni ulteriori o superiori, rispetto al livello essenziale quale risulta stabilito in

ambito nazionale, non è consentita, se non è contemplata dal Piano di rientro. Da tale giurisprudenza si ricava che una delimitazione o anche una riduzione delle prestazioni, che sono al di sopra dei livelli essenziali, non costituisce una loro violazione ma, al contrario, per una Regione sottoposta al Piano di rientro rappresenta un obbligo e un atto necessario, che può essere evitato solo previa dimostrazione della sua inutilità. Pertanto, gli atti di programmazione sanitaria e socio-assistenziale in attuazione del Piano di rientro - fermo il rispetto dei livelli essenziali come determinati da una fonte abilitata di rango statale - comportano scelte difficili di recupero o redistribuzione di risorse da operare sul terreno: a) della equa ripartizione dei sacrifici che sono inevitabilmente da compiere; b) della massima appropriatezza delle prestazioni; c) della eliminazione delle situazioni per le quali si registri uno squilibrato assorbimento di risorse da parte di un livello assistenziale rispetto ad altri livelli. Ne deriva che il giudizio sulla ragionevolezza e la logicità delle scelte operate dalle Regioni deve tener conto della complessità dei provvedimenti adottati diretti a graduare interventi di risparmio in presenza di risorse già limitate e attraverso il bilanciamento e la ponderazione tra diversi tipi di prestazioni eterogenee, nonché attraverso la considerazione dei diversi interessi in campo e delle alternative realistiche che si presentano. E' evidente che, fuori dai vincoli relativi ai livelli essenziali e ad oggettivi criteri di economicità e appropriatezza, quest'ordine di scelte rientra nella sfera di massima discrezionalità politico-amministrativa. Pertanto, in ossequio al principio democratico, i soggetti abilitati dall'ordinamento ad attuare siffatta graduatoria di valori sono coloro che vantano la legittimazione elettorale e che rispondono in sede politica delle scelte effettuate. Rispetto a queste ultime il giudice può (e deve) esercitare il potere di controllo, con la cautela conseguente alla consapevolezza della estrema difficoltà delle scelte che spettano all'autorità politico-amministrativa e ai limiti della sua stessa conoscenza, quando le questioni hanno portata politica generale e comportano scelte di vasta portata tra diverse alternative (di bilanciamento costi/benefici e di equa distribuzione dei sacrifici in varie ed eterogenee direzioni), alternative che quasi sempre, salvo casi del tutto eccezionali, restano estranee al singolo giudizio. Perciò, il giudice deve - secondo i principi generali in presenza di sfere di forte discrezionalità - limitarsi a valutare se sussistono profili di evidente illogicità, di contraddittorietà, di ingiustizia manifesta, di arbitrarietà o di irragionevolezza della determinazione e dei modi di adozione della stessa; non può quindi esercitare un sindacato di dettaglio. Deve infatti affermarsi che, nelle valutazioni relative al recupero o alla redistribuzione di risorse derivanti dalla ridefinizione o riduzione delle prestazioni - per riportarle nei limiti risultanti dai LEA secondo la logica propria del Piano di rientro - la discrezionalità da riconoscere alla autorità politico amministrativa è assai ampia.

### **5.3. Installazione apparecchiatura sanitaria da parte di struttura accreditata in via provvisoria: Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2015, n. 173.**

La sez. III si è pronunciata sull'appello proposto da una Regione soccombente in primo grado nel giudizio intentato da una struttura accreditata in via provvisoria

avverso il diniego di installare un apparecchio di risonanza magnetica, opposto dalla Regione sul rilievo che “... è in corso uno specifico studio programmatico di Settore da parte del competente Assessorato...”. La sezione ha ritenuto, riformando la sentenza del giudice di primo grado, corretto il *modus operandi* dell’Amministrazione. Ha chiarito che l’art. 5, comma 2, d.P.R. 8 agosto 1994, n. 542 ha prescritto il rilascio dell’autorizzazione all’installazione di tali apparecchi di risonanza magnetica nucleare alla previa verifica della relativa compatibilità rispetto alla programmazione sanitaria regionale. Stabilendo espressamente detta disposizione regolamentare tale giudizio di compatibilità con i dati risultanti dalla programmazione sanitaria regionale — anche ai fini d’una virtuosa distribuzione territoriale rispetto alla domanda di prestazioni diagnostiche con RMN—, l’approvazione del Piano sanitario regionale si configura quale presupposto indefettibile del procedimento autorizzativo, con la conseguente impossibilità di procedere ad alcuna valutazione delle istanze eventualmente prodotte, né tampoco d’autorizzare alcunché in assenza di tale strumento pianificatorio. Ha aggiunto la sezione che “da tale conclusione non si può deflettere, sol se si pensa che, nel regime di accreditamento provvisorio all’erogazione di prestazioni specialistiche ambulatoriali ... alla struttura accreditata in via provvisoria, ove intenda (come nella specie) sostituire od integrare le attrezzature accreditate sì da aumentare la propria capacità prestazionale RMN, comunque non potrebbe bastare l’autorizzazione ex art. 5, d.P.R. n. 542 del 1994, essendo necessari tanto il predetto Piano, quanto lo specifico provvedimento della Regione ex art. 8 *quater*, comma 7, d.lgs. n. 502 del 1992 (oltre a quello del Comune ove localizzare l’impianto), che modifichi detto accreditamento provvisorio alla luce dei fabbisogni quantitativi e territoriali indicati dal Piano stesso. In conclusione, ad avviso del giudice di appello quantunque la Regione non possa rinviare legittimamente all’infinito il Piano predetto, in assenza di esso non è possibile l’esercizio della potestà autorizzativa.

## 6. Servizi.

### 6.1. Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea: Cons. Stato, sez. I, 23 dicembre 2015, n. 3586.

La sez. I, con il parere n. 3586 ha pronunciato sull’applicabilità della legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea (l. 15 gennaio 1992, n. 21) e sulle conseguenti sanzioni previste dagli artt. 85 e 86 del Codice della Strada alle nuove forme di organizzazione e gestione telematica del trasporto di persone mediante autoservizi. Ha chiarito che tale servizio va inquadrato “nell’ambito del trasporto privato di persone non di linea, attesa l’evidente incompatibilità con i tratti costitutivi del servizio pubblico e, comunque, con il servizio di taxi, né ciò osta alla rilevanza pubblicistica del medesimo, analogamente a quanto avviene per il servizio di noleggio di autovettura con conducente, collegata agli interessi generali che la stessa incrocerebbe (art. 118, comma 4, Cost.). La questione rela-

tiva all'ammissibilità o non di tale attività presuppone l'individuazione della *ratio* del regime autorizzatorio cui è sottoposto - pur in forma diversa - tanto il servizio di taxi quanto quello di noleggio con conducente, che va ravvisata non già nelle modalità di incontro tra la domanda e l'offerta o nelle prestazioni complementari a quella di trasporto su strada, quanto proprio in quest'ultima. La guida su strada è un'attività pericolosa, ma giuridicamente autorizzata per ragioni di utilità sociale, inerenti alla rapidità ed efficienza degli spostamenti di persone e cose accessorie. Tale autorizzazione assume contorni particolari allorché l'attività non è svolta nel proprio esclusivo interesse, ma viene offerta - dietro corrispettivo - ai terzi. In tali casi, infatti, l'ordinamento prescrive una serie di cautele supplementari, perché lo svolgimento professionale della guida - con il correlato aggravio in termini di usura psico-fisica del conducente - espone a rischio l'incolumità delle persone trasportate e la sicurezza della circolazione stradale. Ulteriori interessi generali rilevanti nella disciplina pubblicistica - e nella limitazione - di tale servizio attengono alla regolamentazione dei flussi del traffico, alla viabilità, alla tutela dell'ambiente. Rispetto a tali profili non svolgono significativa incidenza le peculiarità della fattispecie in esame, quando anche si ritenga che la stessa non si esaurisca dalla mediazione tra prestazione ed offerta di lavoro, avendo ad oggetto, altresì, dei servizi complementari di tipo finanziario, telematico ed eventualmente legale. Così pure il ruolo del sistema informatico, che rappresenta la struttura portante dell'operatività dell'intero negozio giuridico, comandando l'attività di geolocalizzazione, il pagamento in modo elettronico, la facoltà di differimento del pagamento attraverso l'utilizzo di strumenti elettronici, l'eventuale assistenza legale, non costituisce elemento significativo al fine di distinguere il servizio di trasporto da quelli tipici previsti dalla legge quadro nell'ottica della regolazione pubblicistica. Le differenze contrattuali - le caratteristiche tecniche e giuridiche necessarie per poter utilizzare il citato servizio di trasporto, come la necessità di possedere uno *smartphone* con collegamento alla rete internet, la disponibilità di un bancomat o carta di credito, l'adesione del cliente al circuito interno predisposta dalla società di servizi che impone la propria geolocalizzazione, oltre che il trattamento dei propri dati personali e finanziari - sono indicative di una diversa qualificazione sul piano privatistico-negoziale, ma, ancora, non elidono il dato fondamentale ai fini che interessano, ossia la centralità nel rapporto giuridico instaurato della prestazione di trasporto su strada. Occorre, dunque, tener distinto il profilo della validità dell'atto negoziale, da quello della disciplina dell'attività. Il primo, superato positivamente il vaglio di meritevolezza *ex art. 1322 c.c.*, deve confrontarsi con i limiti di ordine pubblico. Ma, al di là della liceità o meno del contratto stipulato tra le parti, è sulla seconda che verte il quesito. Nel vigente sistema ordinamentale tali attività paiono ammissibili solo nell'ambito dei presupposti fissati dalla legge per l'esercizio dell'attività di trasporto di passeggeri non di linea, a tutela della sicurezza della circolazione stradale e dell'incolumità dei passeggeri".

## 7. Economia.

### 7.1. Attuazione di decisioni della Unione europea per il recupero di aiuti di stato: Cons. Stato, sez. III, 16 giugno 2015, n. 3027 e 21 luglio 2015, n. 3600.

In materia di aiuti di Stato le sentenze in rubrica hanno chiarito che al giudice nazionale è del tutto preclusa la valutazione della compatibilità dell'aiuto con il mercato comune in base ai criteri enunciati dall'art. 107 (*ex* 87) del Trattato, trattandosi di compito che spetta in via esclusiva solo alla Commissione europea sotto il controllo del giudice comunitario. In particolare, lo Stato membro, destinatario di una Decisione che gli impone di recuperare aiuti illegittimi, è tenuto, ai sensi dell'art. 249, comma 4, Trattato UE ad adottare ogni misura idonea ad assicurare l'esecuzione della Decisione; si tratta di un obbligo di risultato e il recupero non deve essere solo effettivo, ma immediato. Né potrebbero addursi impossibilità imprevedute o imprevedibili di recupero, tali non essendo né le difficoltà giuridiche, ed in specie procedurali e conseguenti a provvedimenti cautelari o giudiziari anche passati in giudicato, né pratiche né politiche. Il concetto di impossibilità assoluta è stato costantemente interpretato in maniera restrittiva dalle Corti comunitarie ed è stato escluso che l'impossibilità possa essere rinvenuta nella normativa nazionale sulla prescrizione (cfr. Comunicazione della Commissione 2007, C 272/05 punti 18-20) o su qualsiasi altra normativa interna, tale da rendere difficoltoso o impossibile il recupero. Ne consegue che spettano allo Stato italiano esclusivamente i compiti relativi al recupero degli aiuti di Stato definitivamente giudicati illegittimi dalla Corte di Giustizia limitandosi a verificare la situazione individuale di ciascuna impresa e in specie se la situazione di ogni singola impresa prevede aspetti che possano escludere in ciascun caso che si sia determinato quel "vantaggio sensibile ai beneficiari rispetto ai loro concorrenti" e che il vantaggio sia tale da giovare essenzialmente a imprese che partecipino agli scambi tra Stati membri (punto 63 della sentenza della Corte di giustizia 9 giugno 2011). Non spettano invece allo Stato italiano le valutazioni concernenti le finalità o le motivazioni dell'aiuto, intere tipologie di imprese ovvero la comune localizzazione delle stesse e ogni altra qualificazione che per il suo carattere macroscopico e collettivo si deve considerare rientrante nelle decisioni già assunte dai competenti organi della Unione europea, la cui legittimità è già stata verificata dalle Corti competenti.

### 7.2. Quote latte: Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2015, n. 23 e 3 marzo 2015, n. 1038.

La sentenza n. 23 del 2015 ha affermato che, ferma restando la facoltà per l'AIMA di rettificare le quote latte (Qri) di ciascun produttore fintanto che le permanga la potestà impositiva, l'ente ha titolo a liquidare in via automatica e allo stato degli atti il prelievo dovuto e, quindi, di procedere ad integrarne la riscossione e ad adeguare le quote latte ed il sistema di compensazione, in quanto, in base alla giurisprudenza



costituzionale (7 luglio 2005, n. 272), la rideterminazione dei Qri non è soggetta al vincolo della irretroattività, atteso che le funzioni di accertamento ed aggiornamento dei dati e del prelievo, anche in relazione a campagne lattiere già concluse, è conseguenza diretta di controlli successivi effettuati dagli organi statali preposti al settore che sono, a loro volta, funzionali, tra l'altro, all'applicazione corretta della normativa UE sull'intero territorio della Repubblica. Ha aggiunto che la riduzione della quota B) discende anzitutto dall'art. 2, d.l. 23 dicembre 1994, n. 727 (convertito, con modificazioni, dalla l. 24 febbraio 1995 n. 46), il quale ha fissato i criteri di riduzione delle quote A) e B), per i quantitativi non in produzione, da effettuarsi entro il 31 marzo 1995 e con effetto dal periodo 1995/96 e per tutti i produttori (con eccezione delle aziende di montagna), al fine di far rientrare l'Italia entro il maggiorato Qgg (quantità globale garantita) assegnatole, a causa della perdurante eccedenza dei Qri spettanti ai produttori, sicché non consta in che cosa, a fronte di tal scelta normativa si sarebbe mai potuto sostanziare il preteso affidamento, che dev'essere legittimo ed incolpevole, a mantenere integra la quota B) in sé e tanto al di là del previo soddisfacimento, in sede di compensazione nazionale, dei predetti produttori di montagna.

La sentenza n. 1038 del 2015 ha invece chiarito che l'art. 2 del d.l. 24 giugno 2004, n. 157, convertito in l. 3 luglio 2004, n. 204, nel recare un criterio di preferenza nella restituzione del prelievo versato in eccesso dai produttori favorevole a coloro tra questi che abbiano regolarmente effettuato i versamenti mensili del prelievo anticipato, è pienamente conforme sia alla disciplina regolamentare comunitaria che ai principi di rango costituzionale di diritto interno. Ed invero, i corretti parametri comunitari, da utilizzare nella verifica della compatibilità comunitaria del criterio di priorità introdotto dal legislatore per la restituzione del prelievo versato in eccesso, sono l'art. 13 del regolamento CEE n. 1788/2003 (che disciplina appunto gli importi pagati in eccesso o non pagati) e l'art. 16 del Reg. CE n. 595/2004 del 30 marzo 2004 (Regolamento della Commissione recante modalità d'applicazione del regolamento (CE) n. 1788/2003 del Consiglio che stabilisce un prelievo nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari), rispetto ai quali legittimamente lo Stato italiano ha optato per introdurre quale criterio obiettivo quello della preferenza per i "produttori in regola con i pagamenti".

### **7.3. Incidenza dell'informativa antimafia sui provvedimenti di natura meramente autorizzatoria: Cons. Stato, sez. I, 17 novembre 2015, n. 3088.**

Il Ministero dell'interno ha chiesto al Consiglio di Stato un parere sull'applicabilità dell'art. 89 *bis*, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 ai provvedimenti di natura meramente autorizzatoria (che, cioè, non configurino rapporti contrattuali con la Pubblica amministrazione né diano luogo all'erogazione di contributi pubblici), determinando l'esclusione dell'impresa da ogni attività economica sottoposta al preventivo assenso della Pubblica amministrazione. In particolare il quesito mira a conoscere se, in forza del comma 2 del citato articolo - secondo cui "l'informazione

antimafia adottata ai sensi del comma 1 tiene luogo della comunicazione antimafia richiesta” - l’informazione antimafia produce i medesimi effetti della comunicazione antimafia anche nelle ipotesi in cui manchi un rapporto contrattuale con la Pubblica amministrazione.

Ha chiarito la sezione che per risolvere tale quesito - che inerisce a un parallelismo tra comunicazione antimafia e informazione antimafia - occorre preliminarmente definire l’ambito d’applicazione dei due istituti.

La comunicazione antimafia (art. 84, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011) consiste nell’attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all’art. 67, d.lgs. n. 159 del 2011. Cause ostative al rilascio della comunicazione antimafia (art. 67, commi 1 e 8, d.lgs. n. 159 del 2011) sono i provvedimenti definitivi d’applicazione delle misure di prevenzione di cui all’art. 5, d.lgs. n. 159 del 2011 e le condanne con sentenza definitiva o confermata in appello per taluno dei delitti consumati o tentati elencati all’art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p..

L’informazione antimafia (art. 84, comma 3, d.lgs. n. 159 del 2011) attesta, oltre a quanto già previsto per la comunicazione antimafia (sussistenza o meno delle cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all’art. 67, d.lgs. n. 159 del 2011) anche la sussistenza o meno di eventuali tentativi d’infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate. La comunicazione antimafia va richiesta dai soggetti di cui all’art. 83, commi 1 e 2, d.lgs. n. 159 del 2011 prima di stipulare, approvare o autorizzare contratti, subcontratti, o prima di rilasciare o consentire concessioni o erogazioni, qualora il valore sia pari o superiore ad importi previsti.

Il rapporto tra i due istituti, come delineato dall’art. 84, d.lgs. n. 159 del 2011, è di alternatività, nel senso che la comunicazione antimafia non deve essere acquisita quando è necessaria l’informazione antimafia e viceversa. Ciò nondimeno l’informazione antimafia è astrattamente in grado d’assorbire la comunicazione antimafia, attestando, oltre a quanto già previsto per la comunicazione antimafia, anche la sussistenza o meno di eventuali tentativi d’infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle imprese interessate. La disposizione in esame costituisce una deroga al principio d’alternatività, poiché prevede l’informazione antimafia laddove è richiesta la comunicazione antimafia, e al tempo stesso opera l’assorbimento. Le perplessità di ordine sistematico e teleologico sollevate in ordine all’applicazione di tale disposizione anche alle ipotesi in cui non vi sia un rapporto contrattuale - appalti o concessioni - con la pubblica amministrazione non hanno ragion d’essere, posto che anche in ipotesi di attività private soggette a mera autorizzazione l’esistenza di infiltrazioni mafiose inquina l’economia legale, altera il funzionamento della concorrenza e costituisce una minaccia per l’ordine e la sicurezza pubbliche. Né l’interprete può sostituirsi al legislatore - la cui volontà è stata plasticamente enunciata nel testo - nell’effettuare il bilanciamento tra interessi pubblici e diritto di iniziativa economica privata. Quanto al coordinamento con l’art. 94, d.lgs. n. 159 del 2011, secondo cui l’informazione antimafia interdittiva determina l’impossibilità di contrattare con

la pubblica amministrazione o d'ottenere concessioni e erogazioni pubbliche, nulla prevedendo circa eventuali effetti su licenze o autorizzazioni, è sufficiente rilevare che tale disposizione disciplina la comune efficacia dell'atto, senza interferire con l'estensione stabilita dall'art. 89 *bis*, che individua - alle condizioni previste - nell'informazione antimafia una fattispecie equivalente alla comunicazione antimafia.

Da quanto argomentato la sezione I ha concluso nel senso che l'art. 89 *bis*, d.lgs. n. 159 del 2011 deve essere interpretato nel senso che l'informazione antimafia produce i medesimi effetti della comunicazione antimafia anche nelle ipotesi in cui manchi un rapporto contrattuale con la Pubblica amministrazione.

#### **7.4. Concessioni di beni pubblici: Cons. Stato, sez. VI, 6 novembre 2015, n. 5063.**

La sentenza in rubrica ha stabilito che anche alle concessioni di beni pubblici si applicano i principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Ha chiarito che anche le concessioni di beni pubblici devono restare assoggettate all'applicabilità dei principi desumibili dal diritto europeo primario e, segnatamente, ai generali principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità, principi, questi, che rinvergono nell'obbligo di indizione di procedure trasparenti e competitive il loro primo corollario. Per quanto riguarda, in particolare, l'attribuzione in concessione di aree del demanio marittimo si è osservato che l'indifferenza manifestata dall'ordinamento eurounitario rispetto al *nomen* della fattispecie, e quindi alla sua riqualificazione interna in termini pubblicistici o privatistici, fa sì che la sottoposizione ai principi di evidenza trovi il suo presupposto sufficiente nella circostanza che, con la concessione di area demaniale marittima, si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, così da imporre una procedura competitiva ispirata ai succitati principi di trasparenza e non discriminazione. Né si può ritenere che la tradizionale idea della concessione senza gara può trovare giustificazione nell'art. 45 del Trattato, secondo cui sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo le attività che nello Stato nazionale partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri. La norma va interpretata in senso restrittivo, dovendo trattarsi di un trasferimento di potere pubblicistico autoritativo non ravvisabile con riferimento all'istituto della concessione che, ai fini comunitari, si distingue dall'appalto essenzialmente con riguardo alle modalità di remunerazione dell'opera del concessionario.

#### **7.5. Aumento dei canoni demaniali marittimi per la costruzione e gestione dei porti turistici: Cons. Stato, sez. VI, ord., 30 gennaio 2015, n. 454.**

L'ordinanza in rubrica ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 252, l. 27 dicembre 2006, n. 296, in relazione agli artt. 3 e 41 Cost., nella parte in cui si applica alle concessioni per la realizzazione e gestione delle infrastrutture per la nautica da diporto già rilasciate alla data

della sua entrata in vigore (1° gennaio 2007). Ha affermato che “a premessa delle relative considerazioni si condivide quanto prospettato nella precedente ordinanza di rimessione di questo Consiglio, n. 2810 del 2012, riguardo la sostanziale diversità tra le concessioni di cui al comma 251 dell’art. 1, l. n. 296 del 2006, oggetto della sentenza di rigetto della Corte costituzionale n. 302 del 2010, relative a interventi per finalità turistico -ricreative, e quelle di cui al comma 252, relative alla realizzazione e gestione di strutture per la nautica da diporto. Questa diversità, veniva osservato, emerge in fatto, poiché le concessioni di cui al comma 251 sono in numero molto più elevato (riguardando soltanto piccole porzioni di spiagge), comportano di regola investimenti modesti a carico del concessionario, e sono state caratterizzate da una situazione fattuale generalizzata di canoni irrisori, su cui il legislatore è intervenuto nel 2006 per riallineare il canone concessorio con i valori di mercato; quelle per la realizzazione e la gestione di strutture per la nautica da diporto sono in numero molto minore, essendo limitato il numero dei porti turistici, e richiedono investimenti ingenti per la realizzazione delle opere strutturali, che saranno poi acquisite gratuitamente dal demanio, nonché per l’impegno gestionale, tali da richiedere un piano di equilibrio economico-finanziario di lungo periodo; un piano nel cui ambito il criterio di fissazione dell’importo del canone, individuato all’atto della concessione, è elemento determinante definito tenendo conto della rilevanza degli investimenti”. Ha quindi aggiunto che “a fronte di ciò, l’applicazione a queste concessioni della nuova previsione normativa di rideterminazione dei canoni demaniali con criteri diversi, comportanti rilevanti aumenti senza alcuna considerazione delle specifiche situazioni fattuali, senza tener conto della correlazione tra i canoni determinati dalle singole concessioni e gli investimenti effettuati dal concessionario, e senza escludere dal suo ambito quanto meno le concessioni che già contemplino canoni in linea con i prezzi di mercato, appare in contrasto con principi posti da disposizioni costituzionali”. Risulta in particolare violato l’art. 3 Cost. sotto il duplice profilo del trattamento uguale di situazioni disuguali e della lesione del principio della sicurezza giuridica costitutivo di legittimo affidamento. Il primo profilo emerge da quanto chiarito in ordine alla sostanziale differenza esistente tra le concessioni di cui ai commi 251 e 252, in relazione all’immediata redditività dei minori investimenti richiesti nell’un caso e al più complesso quadro di lungo periodo per il calcolo di convenienza finanziaria, proprio del secondo, con la conseguente necessità di considerare questa differenza nella modifica della corrispondente normativa sull’importo in essere dei canoni in quanto elemento costitutivo del detto calcolo. Al riguardo rileva anche che la normativa previgente era espressamente informata a criteri incentivanti la realizzazione delle strutture per la nautica da diporto, poiché prevedeva canoni di minore entità per le iniziative comportanti investimenti per la realizzazione di opere di difficile rimozione, venendo fissato il canone a metro quadrato in misura inversa alla maggiore rilevanza delle opere stesse (art. 10, comma 4, l. n. 449 del 1997, e quindi art. 1, commi 1 e 3, d.m. n. 343 del 1998), mentre tale criterio è stato superato con la normativa introdotta con la l. n. 296 del 2006, recante una mag-

giore misura del canone per le opere di difficile rimozione, proprie delle concessioni per la nautica da diporto più che di quelle per finalità turistico - ricreative. Il principio del legittimo affidamento rileva dato l'affidamento ingenerato nei concessionari sulla stabilità dell'equilibrio economico-finanziario di lungo periodo impostato *ex ante* per le concessioni in oggetto; questo equilibrio è infatti sostanzialmente modificato nel momento in cui la nuova normativa viene ad incidere su concessioni già rilasciate, in corso e di lunga durata nel futuro, disponendo il rilevante e repentino aumento dell'importo dei canoni (l'aumento dei canoni disposto nel frattempo con i commi 21, 22 e 23, d.l. n. 269 del 2003, convertito in l. n. 326 del 2003, rinviato fino alla legge finanziaria 2007, aveva riguardato le concessioni per finalità turistico - ricreative), nonché la loro maggiore misura per le opere di difficile rimozione. Il principio appare specificamente leso nella specie per i profili esposti dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 92 del 2013 (riguardante la normativa introdotta in materia di compensi da riconoscere ai custodi di veicoli sequestrati). In questa pronuncia infatti è stato richiamato lo “specifico” affidamento in un fascio di situazioni (giuridiche ed economiche) iscritte in un rapporto convenzionale”, nella specie stipulato *iure privatorum*, cui è corretto riportare il regolamento dei rapporti propri della concessione di beni pubblici che, salvo specifiche e motivate posizioni di autotutela a favore della pubblica amministrazione, si pone come disciplina paritaria dei rispetti obblighi, in particolare in relazione al piano di equilibrio economico - finanziario che vi è incorporato. Al riguardo la Corte costituzionale ha chiarito, con indirizzo applicabile nella specie, che “l'affidamento appare qui, in altri termini, rivolto non tanto alle astratte norme regolative del rapporto, o alla relativa loro sicurezza, quanto, piuttosto, al concreto contenuto dell'accordo e dei reciproci e specifici impegni assunti dalle parti al momento della stipula della convenzione di deposito: impegni sulla cui falsariga, come accade in ogni ordinaria dinamica contrattuale, si sono venuti a calibrare i rispettivi oneri di ordine anche economico, oltre che le corrispondenti aspettative”, e che “Più che sul piano di una “astratta” ragionevolezza della volontà normativa, deve, dunque, ragionarsi, ai fini dell'odierno sindacato, sul terreno della ragionevolezza “complessiva” della “trasformazione” alla quale sono stati assoggettati i rapporti negoziali di cui alla disposizione intertemporale denunciata. Ed appare ovvio che tale ragionevolezza “complessiva” dovrà, a sua volta, essere apprezzata nel quadro di un altrettanto ragionevole temperamento degli interessi - tutti di rango costituzionale, comunque ancorabili al parametro di cui all'art. 3 Cost. - che risultano nella specie coinvolti: ad evitare che una generalizzata esigenza di contenimento della finanza pubblica possa risultare, sempre e comunque, e quasi pregiudizialmente, legittimata a determinare la compromissione di diritti maturati o la lesione di consolidate sfere di interessi, sia individuali, sia anche collettivi”. Ed ha quindi concluso nel senso che “la disposizione retroattiva, specie quando determini effetti pregiudizievoli rispetto a diritti soggettivi “perfetti” che trovino la loro base in rapporti di durata di natura contrattuale o convenzionale - pubbliche o private che siano le parti contraenti - deve dunque essere assistita da una

“causa” normativa adeguata: intendendosi per tale una funzione della norma che renda “accettabilmente” penalizzata la posizione del titolare del diritto compromesso, attraverso “contropartite” intrinseche allo stesso disegno normativo e che valgano a bilanciare le posizioni delle parti”. La sezione ha ritenuto che l’incostituzionalità della norma potesse essere configurata anche rispetto all’art. 41 Cost. relativo alla libertà di iniziativa economica, poiché recante l’effetto irragionevole di frustrare le scelte imprenditoriali modificando gli elementi costitutivi dei relativi rapporti contrattuali in essere.

#### **7.6. Farmacie: Cons. Stato, sez. III, 31 dicembre 2015, n. 5884.**

Con la sentenza in rubrica la sez. III si è occupata degli effetti della novella introdotta dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, sulle piante organiche delle farmacia e sulla loro apertura. Ha ricordato che è vero che sono state soppresse le disposizioni che prevedevano la formazione e la revisione periodica delle piante organiche comunali, a cura di un’ autorità sovracomunale (da ultimo, la Regione o la Provincia, a seconda delle norme regionali). Tuttavia rimane invariato l’ impianto generale della disciplina, a partire dal “numero chiuso” delle farmacie, pur se i criteri per la determinazione di tale numero sono alquanto modificati. Peraltro, il “numero chiuso” implica logicamente che la distribuzione degli esercizi sul territorio sia pianificata autoritativamente. E in effetti, il nuovo testo dell’ art. 2, l. 2 aprile 1968, n. 475, come modificato dal d.l. n. 1 del 2012, dispone: “Al fine di assicurare una maggiore accessibilità al servizio farmaceutico, il comune, sentiti l’ azienda sanitaria e l’ Ordine provinciale dei farmacisti competente per territorio, identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie, al fine di assicurare un’ equa distribuzione sul territorio, tenendo altresì conto dell’ esigenza di garantire l’ accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate”. Non si parla più di “sedi” ma di “zone”; ma questo mutamento non è rilevante, perché la giurisprudenza aveva già da tempo avvertito che quando la normativa previgente usava il termine “sede” si doveva intendere “zona”, perché questo era il significato che si desumeva dal contesto. Peraltro usa il termine “zona” anche l’ art. 1, comma 7, l. n. 475 del 1968, del seguente tenore: “Ogni nuovo esercizio di farmacia deve essere situato (...) in modo da soddisfare le esigenze degli abitanti della zona”. A sua volta il regolamento approvato con d.P.R. n. 1275 del 1971, art. 2, elenca fra i contenuti necessari della pianta organica la “circoscrizione della zona di ciascuna delle sedi farmaceutiche”; e, ancora, l’ art. 13, comma 2, dispone: “Il locale indicato per il trasferimento della farmacia deve essere situato (...) in modo da soddisfare le esigenze degli abitanti della zona”. E’ vero che la nuova formulazione dell’ art. 2 della L. n. 475 del 1968 sembra riferirsi esplicitamente solo all’ assegnazione delle

“zone” alle farmacie di nuova istituzione, tacendo delle altre; ma stanti il contesto e la finalità dichiarata dalla legge, è ovvio che anche le farmacie preesistenti conservano il rapporto con le “sedi”, ossia “zone”, originariamente loro assegnate; e questo appunto dispone esplicitamente l’art. 13 del regolamento, che del resto esprime una implicazione naturale del sistema. Ed è nella logica delle cose che questo potere-dovere di pianificazione territoriale non si eserciti *una tantum* ma possa (e se del caso debba) essere nuovamente esercitato per apportare gli opportuni aggiornamenti, e che ciò venga fatto nel quadro di una visione complessiva del territorio comunale. In conclusione, benché la legge non preveda più, espressamente, un atto tipico denominato “pianta organica”, resta affidata alla competenza del Comune la formazione di uno strumento pianificatorio che sostanzialmente, per finalità, contenuti, criteri ispiratori, ed effetti corrisponde alla vecchia pianta organica e che niente vieta di chiamare con lo stesso nome.

Ha ancora affermato la sezione che, in seguito all’entrata in vigore della nuova disciplina normativa, non è venuto meno l’obbligo per l’Amministrazione comunale di provvedere alla pianificazione territoriale delimitando la zona di competenza di ciascuna farmacia, anche se in forma semplificata, dovendo essere assicurata un’equa distribuzione sul territorio degli esercizi, al fine di rendere agevole alla cittadinanza l’accesso al servizio farmaceutico. La mancanza della zonizzazione - anche se in forma semplificata, e dunque non necessariamente con una dettagliata definizione dei confini del territorio di pertinenza di ciascun esercizio - non consente di delimitare la libertà di scelta del farmacista di allocazione del proprio esercizio commerciale, e dunque non garantisce l’ottimale collocazione degli esercizi a tutela dell’interesse pubblico alla migliore accessibilità al servizio farmaceutico. E’ evidente, infatti, che in mancanza della previa individuazione della zona di competenza i farmacisti potrebbero collocare i propri esercizi commerciali nelle aree a maggiore redditività, a detrimento della capillare copertura del territorio, potendosi così verificare la concentrazione degli esercizi farmaceutici, non essendo sufficiente ad impedirlo il mero riferimento alla distanza minima di 200 metri. La previsione di una macro zona nella quale sono collocati molteplici esercizi (anche 9-10) senza l’indicazione della zona di competenza, consentirebbe ai titolari delle farmacie di spostarsi all’interno della macro-zona nelle aree a maggiore redditività, a scapito di intere fasce di popolazione residenti in aree appartenenti alla macro zona, a minore densità abitativa o a minore frequentazione.

La sentenza ha anche affrontato il problema relativo alla compatibilità tra il concorso straordinario bandito ai sensi dell’art. 11, comma 3, d.l. n. 1 del 2012 con la permanenza dell’istituto del decentramento delle farmacie disciplinato dall’art. 5, l. 8 novembre 1991, n. 362. Ha affermato che in astratto la revisione del numero di far-

macie conseguenti al mutamento del rapporto tra la popolazione ed il numero di autorizzazioni non comporta il venir meno dell'istituto del decentramento, non essendovi incompatibilità tra le norme, dirette entrambe al perseguimento della migliore distribuzione degli esercizi farmaceutici. E' infatti possibile, che nel lungo periodo, dopo l'attuazione della riforma del 2012 che ha determinato l'ampliamento del numero degli esercizi, con l'obbligo per il comune di provvedere alla ripianificazione delle sedi farmaceutiche comprendenti anche i nuovi esercizi, si verifichi l'esigenza di disporre il decentramento di talune sedi farmaceutiche, per fornire il servizio in nuove zone di insediamento abitativo nel frattempo sorte, o in altre zone nelle quali la popolazione si sia negli anni spostata, perseguendo - attraverso l'utilizzazione di detto istituto - la finalità della migliore distribuzione del servizio. La norma sul decentramento non è invece pertinente in sede di prima applicazione della nuova normativa, in cui il Comune è chiamato ad individuare le nuove sedi farmaceutiche tenuto conto del mutato rapporto tra popolazione ed autorizzazioni, e ad individuare le zone carenti nelle quali collocare le nuove sedi. Le esigenze che hanno indotto il comune a disporre il decentramento devono essere perseguite mediante il rifacimento della pianificazione delle sedi, tenuto conto della possibilità dell'ampliamento del loro numero conferita dal legislatore, soddisfacendo - attraverso l'allocatione delle nuove sedi nelle zone carenti - l'esigenza di garantire la copertura capillare del territorio. L'istituto del decentramento, infatti, veniva utilizzato per sopperire all'impossibilità di disporre l'ampliamento del numero delle sedi farmaceutiche, ma in presenza dell'incremento delle sedi non può più trovare ingresso, essendo basato su presupposti fattuali che sono nel frattempo mutati.

## **8. Espropriazione.**

### **8.1. Occupazione illegittima scaturita da una procedura espropriativa non conclusasi ritualmente Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2015, n. 3988.**

Ha affermato la sezione che il riconoscimento dell'usucapione per effetto dell'occupazione illegittima scaturita da una procedura espropriativa non conclusasi ritualmente (con la cessione bonaria ovvero con il decreto di esproprio) rappresenta ciò che è stato definito un esercizio di "equilibrismo interpretativo" dal quale debbono essere prese le distanze. Ha affermato che plurime ragioni impediscono la usucapibilità di beni illecitamente occupati dall'Amministrazione.

La prima delle quali fa capo all'orientamento giurisprudenziale (Cass. civ., sez. II, 7 dicembre 2012, n. 22174) secondo il quale "in tema di tutela possessoria, ricorre spoglio violento anche in ipotesi di privazione dell'altrui possesso mediante alterazione dello stato di fatto in cui si trovi il possessore, eseguita contro la volontà, sia pure soltanto presunta, di quest'ultimo, sussistendo la presunzione di volontà



contraria del possessore ove manchi la prova di una manifestazione univoca di consenso, e senza che rilevi in senso contrario il semplice silenzio, in quanto circostanza di per sé equivoca, e non interpretabile come espressione di acquiescenza. alla luce dell'ampia nozione di violenza del possesso elaborata dalla giurisprudenza. Si è così escluso che la detenzione possa essere mutata in possesso. La seconda ragione pone in relazione l'asserita usucapibilità con la sua incompatibilità al cospetto dell'art. 1 del Protocollo Addizionale della Cedu e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la cui costante giurisprudenza (sez. II, 30 maggio 2000, Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia, n. 31524/96; sez. III, 12 gennaio 2006, Sciarrotta c. Italia, n. 14793/02), ha più volte affermato, la non conformità alla Convenzione (in particolare, al citato Protocollo addizionale n. 1) che ha valore di "norma costituzionale interposta", dell'istituto della cosiddetta "espropriazione indiretta o larvata" e quindi di alternative all'acquisizione in proprietà che non siano rappresentate dal decreto di espropriazione, ovvero dal contratto tra le parti. La Cedu quindi non consente che l'apprensione materiale del bene da parte dell'Amministrazione possa considerarsi legittima al di fuori di una legittima procedura espropriativa o di un procedimento sanante (art. 42 *bis*, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327). Ha aggiunto la sezione che l'interruzione dell'usucapione può avvenire, oltre che con la perdita materiale del possesso soltanto con la proposizione di apposita domanda giudiziale.

## 9. Edilizia.

### 9.1. Permesso di costruire e nulla osta paesaggistico: Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2015, n. 5663.

Ha ricordato la sez. IV che i due titoli, permesso di costruire e nulla osta paesaggistico, hanno contenuti differenti, seppure ambedue relazionati al territorio, e l'inizio dei lavori in zona paesaggisticamente vincolata richiede il rilascio di ambedue i titoli. La mancanza di un'autorizzazione paesaggistica rende non eseguibile le opere in questione e ben giustifica, in caso di loro realizzazione, provvedimenti inibitori, e sanzionatorio - ripristinatori, quale un'ordinanza di riduzione in pristino. Più volte la giurisprudenza amministrativa ha affermato che la il permesso di costruire può essere rilasciato anche in mancanza di autorizzazione paesaggistica, fermo restando che è inefficace, e i lavori non possono essere iniziati, finché non interviene il nulla osta paesaggistico. La giurisprudenza è inoltre costante nel ritenere che l'inizio dei lavori è subordinato all'adozione di entrambi i provvedimenti. La garanzia, quindi, che il territorio non venga compromesso da interventi assentiti con permesso di costruire ma privi di nulla osta paesaggistico, è data dall'impossibilità giuridica di intraprendere i lavori prima dell'acquisizione del necessario nulla osta paesaggistico. Alla base di tale orientamento riposa il convincimento per cui l'autonomia strutturale dei due procedimenti, non consente di considerare la procedura per il rilascio

del nulla osta quale “presupposto necessario” del procedimento per il rilascio della concessione edilizia, neppure nell’ipotesi di opere da realizzarsi su aree vincolate come bellezze di insieme. Senonchè, occorre osservare che: a) da un canto, tale costruzione è stata riduttivamente interpretata dalla Suprema Corte di Cassazione che (sez. I, 7 aprile 2006, n. 8244) ha avuto modo di precisare che “ove l’area per la quale si è conseguito il titolo alla trasformazione edilizia, sia interessata da altri tipi di vincoli, a tutela di diversi interessi, e tra questi viene in considerazione il vincolo paesaggistico, che, in via generale, non conferisce al bene una condizione di intangibilità, ma richiede, a sua volta, un provvedimento abilitativo che dipende dall’accertamento di non- incompatibilità della prospettata attività di trasformazione, rispetto all’interesse pubblico tutelato. Si suole argomentare, correttamente, che in presenza del vincolo estetico-culturale, l’esercizio dell’attività costruttiva presuppone non solo la concessione edilizia, di competenza dell’autorità preposta al controllo delle costruzioni, ma anche il nulla-osta paesaggistico, rimesso, nel corso del tempo e dell’evoluzione del concetto di tutela dei valori culturali e ambientali, alla valutazione dell’autorità statale, e successivamente, in via di delega o, da ultimo, in virtù di vero e proprio conferimento di funzioni, dall’autorità regionale, e infine alla stessa autorità comunale per delega della regione. La necessità di un doppio titolo abilitativo osta alla qualificazione dello *ius aedificandi* come facoltà acquisita per effetto del rilascio della concessione edilizia, ove difetti l’autorizzazione paesaggistica: e viceversa, ove si sia conseguito il nullaosta da parte dell’autorità preposta alla tutela del vincolo, il diritto all’attività costruttiva non può dirsi consolidato a favore del proprietario. L’autonomia dei due titoli, in nome della quale il giudice amministrativo può affermare che il mancato rilascio del nullaosta non legittima il Sindaco al ritiro della concessione edilizia, non toglie che l’inizio dei lavori in zona paesaggisticamente vincolata richiede il rilascio di ambedue i titoli.” Ha ancora ricordato la sezione che la giurisprudenza penale (Cass. pen., sez. III 23 novembre 1999) è da tempo stabilmente orientata nel ritenere che per costruire in area vincolata non è sufficiente l’autorizzazione paesaggistica, ma occorre anche la concessione edilizia e che laddove l’autorizzazione manchi la concessione edilizia è del tutto inefficace, ed è integrato il reato di cui all’art. 20, lett c, l. 28 febbraio 1985, n. 47 e all’art. 1 *sexies*, l. 8 agosto 1985, n. 431. di invalidità del titolo concessorio. Ad avviso della sezione, l’autonomia dei due procedimenti sussiste certamente, e ciò implica che la concessione edilizia rilasciata in carenza dell’autorizzazione paesaggistica non sia invalida, ma inefficace, in quanto la predetta autorizzazione potrebbe sopravvenire. Ove però la concessione edilizia sia stata rilasciata sulla base di un presupposto (*id est* avvenuto rilascio dell’autorizzazione paesaggistica) in realtà non sussistente se non *nominatim* (in quanto l’autorizzazione paesaggistica venne rilasciata su un progetto diverso) si è in presenza di una doppia situazione patologica, atteso che la concessione edilizia è inefficace, in quanto l’autorizzazione paesaggistica è carente, ma è anche invalida, in quanto fondata su un errato presupposto. Trattasi in entrambi i casi di vizi (in teoria) sanabili, ove l’autorizzazione sia rilasciata e sopravvenga

prima dell'inizio dei lavori. Ma ove ciò non accada ci si trova al cospetto di una concessione edilizia viziata ed annullabile in quanto fondata sul falso presupposto dell'avvenuto rilascio - su progetto conferme - di una autorizzazione paesaggistica.

## **10. Patrimonio culturale.**

### **10.1. Equo compenso per copia privata: Cons. Stato, sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 823.**

La sentenza e ordinanza di remissione alla Corte di giustizia in rubrica hanno giudicato legittimo il decreto del Ministero per i beni e le attività culturali (Mibac) del 30 dicembre 2009, contenente la determinazione del compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e di videogrammi (c.d. "equo compenso per copia privata"), nella parte in cui assoggetta a compenso gli apparecchi ad uso privato, dovendosi far rientrare il versamento dell'equo compenso per copia privata nel novero delle prestazioni patrimoniali imposte. Ciò che conta, ai fini della soggezione all'obbligo di pagamento dell'equo compenso, è che apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione siano idonei a essere utilizzati per realizzare copie private, potendo dunque causare un pregiudizio all'autore dell'opera protetta; per l'assoggettamento a prelievo, e simmetricamente, per aversi equo compenso per copia privata è insomma sufficiente la (mera) capacità, idoneità, potenzialità di realizzazione di copie private da parte di tali apparecchi. È stato chiarito che il cd. equo compenso non integra un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 del TFUE, rivestendo esso una funzione (anche) sinallagmatica o comunque di indennizzo, a favore del titolare del diritto d'autore, a fronte dell'utilizzazione, quantomeno potenziale, di opere tutelate dal diritto d'autore, in relazione al pregiudizio che l'autore dell'opera riceverebbe dalla riproduzione e/o dall'utilizzazione non autorizzata di una sua opera, con conseguente indebito arricchimento degli utenti. Nella fattispecie, la previsione dell'equo compenso non era imputabile in via unilaterale allo Stato italiano, ma rappresentava una misura esplicitamente prevista dalla direttiva 2001/29/CE (art. 5, § 2, lett. b), secondo la quale gli Stati membri hanno facoltà di introdurre l'eccezione per copia privata "a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso". In situazioni come questa, nel trasporre la norma nel diritto interno "gli Stati membri non fanno che dare esecuzione a norme comunitarie in conformità degli obblighi che incombono loro in virtù del Trattato. La disposizione di cui si tratta, quindi, non è imputabile allo [Stato membro], ma deriva in realtà da un atto del legislatore comunitario" (Tribunale dell'Unione europea, sentenza 5 aprile 2006, T-351/02)". In secondo luogo va esclusa la presenza di un aiuto di Stato ogniqualvolta l'intervento statale produca una redistribuzione di risorse tra privati, senza in alcun modo coinvolgere risorse pubbliche. La pronuncia in rubrica rimette poi alla Corte di giustizia, in relazione all'assoggettamento a prelievo per copia privata con riguardo ai prodotti destinati a un uso esclusivamente professionale, le questioni di corretta

interpretazione del diritto comunitario: 1) se l'ordinamento comunitario osti a una disciplina nazionale che preveda che, nel caso di supporti e dispositivi acquistati per scopi manifestamente estranei a quelli di copia privata, per uso esclusivamente professionale, la determinazione dei criteri di esenzione *ex ante* dal prelievo sia rimessa alla contrattazione - o "libera negoziazione" - privatistica, con particolare riguardo ai "protocolli applicativi" di cui al citato art. 4, in assenza di previsioni generali e di alcuna garanzia di parità di trattamento tra Siae e soggetti obbligati al versamento del compenso, o loro associazioni di categoria; 2) se l'ordinamento comunitario, e segnatamente il considerando 31 e l'art. 5, paragrafo 2, lettera b) della direttiva 2001/29/CE, osti a una disciplina nazionale la quale preveda che, nel caso di supporti e dispositivi acquistati per scopi manifestamente estranei a quelli di copia privata, ossia per uso esclusivamente professionale, il rimborso può essere richiesto dal solo utente finale anziché dal produttore dei supporti e dispositivi.

#### **10.2. Premio di ritrovamento: Cons. Stato, sez. VI, 7 maggio 2015, n. 2302.**

La sezione ha preliminarmente affermato la propria giurisdizione sull'impugnazione dei provvedimenti di diniego dell'esistenza dei presupposti per l'attribuzione ad un Comune del premio di ritrovamento di cui agli artt. 92 e 93, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), trattandosi di provvedimenti basati sulla valutazione discrezionale dell'*am* del riconoscimento, mentre ha declinato la giurisdizione sulla domanda relativa alla misura del premio e alle modalità di riscossione, concernendo la questione la posizione di diritto sul *quantum* originata dal provvedimento che riconosca i detti presupposti. Nel merito ha ritenuto fondata la pretesa fatta valere dal Comune appellante. Ha affermato che: negli artt. da 90 a 93 del Codice dei beni culturali e del paesaggio non è previsto che il premio per il ritrovamento, da attribuire allo scopritore fortuito e al proprietario del bene spetti soltanto alle persone fisiche e non anche alle persone giuridiche, ivi compresi gli enti pubblici diversi dallo Stato; nel sistema del Codice il ruolo degli enti territoriali (regioni, comuni, città metropolitane e province) è individuato nel concorso, seppure con varie modulazioni di doverosità, ai compiti pubblici riguardanti il patrimonio culturale. Ciò emerge con chiarezza già dalle "Disposizioni generali", recanti i principi di base della normativa e dell'attribuzione dei compiti, per cui gli enti territoriali insieme con lo Stato "assicurano e sostengono la conservazione del patrimonio culturale e ne favoriscono la pubblica fruizione e la valorizzazione" (art. 1, comma 3), "cooperano con il Ministero nell'esercizio delle funzioni di tutela" (art. 5, comma 1), perseguono con il Ministero "il coordinamento, l'armonizzazione e l'integrazione delle attività di valorizzazione dei beni pubblici" (art. 7, comma 2) e i loro beni culturali, in quanto di appartenenza pubblica, sono di per sé "destinati alla fruizione della collettività" (art. 2, comma 4). Questa, pur differenziata e articolata, posizione è ribadita e specificata nelle norme successive del Codice in cui si prevede la partecipazione degli enti territoriali a compiti afferenti alla tutela, alla conservazione, alla fruizione e valorizzazione. Il Codice prevede che sui beni culturali dei privati sia

immanente la cura di uno scopo pubblico ma sempre in connessione con l'esercizio delle funzioni pubbliche in materia, venendo sottoposti i detti beni alle prescrizioni di tutela riservate allo Stato e ai diversi interventi previsti di autorizzazione, vigilanza e accordo con lo Stato o gli enti territoriali per il loro uso. Sussiste perciò una netta distinzione nell'ordinamento dei beni del patrimonio culturale tra la funzione degli enti territoriali, integralmente identificata dall'assolvimento di compiti di natura pubblica, e quella dei privati, che sono responsabili rispetto ai singoli beni culturali di cui dispongano ai fini dell'esercizio delle correlate funzioni pubbliche dello Stato e degli enti territoriali: non sussistono per gli enti territoriali, di conseguenza, posizioni funzionalmente identificabili con quelle, specie economiche, proprie del privato poiché tutte correlate all'insieme delle responsabilità pubbliche che gli enti devono assolvere. Assimilare rispetto ai rinvenimenti archeologici e alle loro conseguenze circa il premio per i ritrovamenti, la posizione - funzionale ed economica - delle pubbliche amministrazioni territoriali, quand'anche proprietarie, a quella di un privato proprietario del terreno, contraddice il chiaro disposto delle norme del Codice, attuative del principio fondamentale dell'art. 9 Cost..

## 11. Stranieri.

### 11.1. Diniego di concessione della cittadinanza fondato su atti istruttori riservati: Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2015, n. 130.

Si legge nella sentenza in rubrica che, in presenza della classifica di riservatezza sugli atti istruttori preordinati all'adozione del decreto recante il diniego di concessione della cittadinanza, correttamente l'Amministrazione omette di indicarne il contenuto, al fine di non estendere la loro conoscenza a soggetti privi della prescritta abilitazione rilasciata dall'Autorità preposta alla tutela del segreto di Stato. Tuttavia, nel rispetto del principio del contraddittorio e, quindi, di parità delle parti di fronte al giudice (c.d. parità delle armi), la conoscenza del documento deve essere comunque consentita in corso di giudizio al difensore dello straniero. In sostanza, in presenza di informative con classifica di "riservato" il richiamo *ob relationem* al contenuto delle stesse può soddisfare le condizioni di adeguatezza della motivazione, mentre l'esercizio dei diritti di difesa e la garanzia di un processo equo restano soddisfatti dall'ostensione in giudizio delle informative stesse con le cautele e garanzie previste per la tutela dei documenti classificati da riservatezza. Con riferimento al predetto parametro, che segna il punto di equilibrio tra la tutela dell'interesse pubblico alla sicurezza dello Stato e la garanzia del diritto di difesa, appare evidente come, nel caso in esame, l'Amministrazione intimata in primo grado non abbia assolto all'onere minimo di giustificare il diniego con riferimento alle esigenze di sicurezza nazionale, e tanto meno a quello di comunicare il contenuto del parere negativo, con le modalità e le cautele che risultavano opportune (ad esempio, mediante eventuali *omissis* su riferimenti specifici o su considerazioni concernenti la posizione dell'interessato, la

sua attività ed i suoi collegamenti; ovvero, mediante una sintesi o una selezione delle informazioni acquisite al riguardo, per individuare quelle esternabili).

### **11.2. Il rispetto dei diritti dei profughi nell'applicazione del Trattato di Dublino: Cons. Stato, sez. III, 8 settembre 2015, n. 4199.**

La sentenza sopra riportata ha affermato che la questione dei profughi è il recente tra i fattori strutturali che determinano una legislazione di scopo. In questo contesto, le garanzie partecipative fissate dai regolamenti dell'Unione europea per regolare i trasferimenti degli stranieri, in relazione al Paese nel quale hanno presentato per la prima volta la domanda di protezione internazionale, sono un aspetto essenziale ed inderogabile della relativa disciplina. La prima fondamentale ragione è l'autonomia e sovrastante rilevanza delle procedure partecipative, che è superiore nella scala dei valori giuridici - attenendo direttamente alla *ratio* fondamentale della intera procedura di protezione internazionale - rispetto all'immediato oggetto della procedura principale in atto, che ha invece il limitato e strumentale scopo di determinare la competenza degli Stati ad esaminare le relative istanze. Inoltre le garanzie partecipative di cui si tratta sono fissate in via di dettaglio - e senza rinvii agli ordinamenti nazionali se non per gli aspetti giurisdizionali - da un minuzioso regolamento della Unione europea, la cui interpretazione in ogni caso non spetta al giudice nazionale, ma agli organi della Unione europea e alla Corte di giustizia come giudice di ultima istanza. Il Consiglio di Stato ha quindi escluso che sussistano i presupposti per sollevare una questione interpretativa *ex art. 267 TFUE*, trattandosi solo di applicare una normativa UE chiara ed esente da dubbi interpretativi.

### **11.3. La tutela dei diritti degli immigrati che vivono da tempo regolarmente nel nostro Paese: Cons. Stato, sez. III, 23 settembre 2015, n. 4470.**

Ha chiarito il Consiglio di Stato che il testo unico sull'immigrazione, nato forse con intenti opposti, è divenuto una forma particolarmente penetrante e tormentata di legislazione di scopo. Ciò premesso, ha affermato che l'art. 9, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 - nel testo sostituito dall'art. 1, d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3 e recante norme sul permesso di soggiorno UE per extracomunitari di lungo periodo - va integralmente applicato allo straniero che richiama la carta di soggiorno di lungo periodo, ancora non ottenuta nonostante la lunga permanenza dell'interessato nel territorio nazionale, anche se non è ancora in possesso della medesima. Perché la situazione di prolungata e regolare presenza dello straniero sul territorio nazionale divenga giuridicamente rilevante ai fini della eventuale concessione del suddetto titolo, è infatti necessario che la competente Autorità amministrativa sia messa in grado di valutare se sussistono tutti i requisiti previsti. Pertanto lo straniero, per poter far valere una simile pretesa, deve comunque presentare all'Amministrazione l'apposita domanda, obbligando la stessa a verificarne i requisiti, compresi quelli attinenti alla condotta, e poi eventualmente impugnarne il diniego anche mediante la procedura del silenzio in caso di mancata risposta dell'Amministrazione. Solo per questa via il giudice può

vagliare il comportamento dell'Amministrazione e, con tale vaglio, verificare se il possesso dei requisiti è stato correttamente valutato o eventualmente costringerla a verificarlo. Il giudice non può infatti sostituirsi all'Amministrazione nel procedere a tale valutazione, pena l'indebita invasione dello spazio proprio della stessa, con conseguente impropria sostituzione del giudice alle competenze dell'Amministrazione. Il Consiglio di Stato ha ancora precisato che, affinché la situazione di prolungata e regolare presenza dello straniero sul territorio nazionale divenga giuridicamente rilevante ai fini della eventuale concessione della carta di soggiorno di lungo periodo, è necessario che la competente Autorità amministrativa sia messa in grado di valutare se sussistono tutti i requisiti previsti. Pertanto lo straniero, per poter far valere una simile pretesa, deve comunque presentare all'Amministrazione l'apposita domanda, mettendola all'Amministrazione in grado di verificare i richiesti requisiti, compresi quelli attinenti alla condotta, e poi eventualmente impugnarne il diniego. Solo per questa via, infatti, il giudice può vagliare il comportamento dell'Amministrazione e verificare se il possesso dei requisiti è stato correttamente valutato.

#### **11.4. Emersione dal lavoro irregolare: Cons. Stato, sez. I, 28 aprile 2015, n. 1275.**

Il parere n. 1275 del 2015 è stato reso su richiesta del Ministero dell'interno relativamente all'applicazione dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 16 luglio 2012, n. 102, recante "attuazione della direttiva 2009/52/CE che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti dei datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare", nella parte in cui prescrive per la prova della presenza dal 31 dicembre 2011 "documentazione proveniente da organismi pubblici". In particolare, il citato comma 1 prevede che "i datori di lavoro italiani o cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea, ovvero i datori di lavoro stranieri .... che .... alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo occupano irregolarmente alle proprie dipendenze da almeno tre mesi .... lavoratori stranieri presenti nel territorio nazionale in modo ininterrotto almeno dalla data del 31 dicembre 2011, o precedentemente, possono dichiarare la sussistenza del rapporto di lavoro allo sportello unico per l'immigrazione .... La presenza sul territorio nazionale dal 31 dicembre 2011 deve essere attestata da documentazione proveniente da organismi pubblici". Per ciò che riguarda le procedure connesse all'emersione dal lavoro irregolare, uno dei punti più controversi della normativa ha riguardato la prova della presenza sul territorio nazionale che deve essere attestata da documentazione proveniente da "organismi pubblici". Il Ministero ha rappresentato che desta non pochi problemi il tema dell'individuazione degli organismi legittimati a certificare la presenza in Italia, generando diverse valutazioni sul territorio nazionale tra le Prefetture che riconoscono valore probatorio alle certificazioni dei medici preposti ai servizi di medicina generale della ASL e quelle che, adottando un criterio molto restrittivo, non assumono quale prova della presenza in Italia le predette certificazioni, nel presupposto che lo straniero irregolare non è iscritto al Servizio Sanitario Nazionale e

dunque - salvo quanto previsto dall'art 35, comma 3, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 - per effetto di tale condizione il medico si troverebbe sempre ad operare in regime privatistico. Ha aggiunto che la norma richiede la presenza nel territorio nazionale, in modo ininterrotto, almeno dalla data del 31 dicembre 2011, che la stessa deve essere provata da documentazione proveniente da organismi pubblici ma nulla dice in ordine all'eventuale presenza anche nel periodo precedente. Il che è quanto meno criticabile atteso che la *ratio* è evitare il c.d. "effetto richiamo" e cioè l'ingresso di stranieri in Italia soltanto ai fini di ottenere una facile regolarizzazione della posizione di soggiorno sul territorio con la conseguenza che il periodo antecedente alla data fissata dal legislatore non dovrebbe essere temporalmente limitato.

Ha chiarito ancora il parere che "1) Il termine "organismo" si differenzia, per quanto attengono sia la composizione sia le funzioni, notevolmente dal termine "organo": l'organo di una persona giuridica è la persona fisica o l'insieme di persone fisiche che agisce per essa, compiendo atti giuridici. Gli atti giuridici compiuti dall'organo sono imputati alla persona giuridica, come fossero stati compiuti dalla stessa, sicché si dice che tra organo e persona giuridica s'instaura una relazione di immedesimazione organica detta anche rapporto organico. L'organismo, invece, può essere definito come un insieme funzionale di elementi o di strutture organizzate, finalizzata a uno scopo ed opera sia nell'ambito del diritto pubblico che del diritto privato (organismo burocratico, amministrativo, organismi politici, sindacali). Il "pubblico organismo" però non deve essere inteso quale "organismo di diritto pubblico" che è un termine che viene applicato prevalentemente a definire quelle strutture che operano nel campo dell'affidamento delle opere pubbliche (d.lgs. n. 163 del 2006). La direttiva CE 18/04, all'art. 1 (definizione), comma 9, intende per organismo di diritto pubblico qualsiasi organismo: a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, b) dotato di personalità giuridica, e c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Il termine "pubblico organismo" non è nuovo nella struttura normativa della legislazione italiana e viene usato specialmente nella legislazione che regola i rapporti ovvero le convenzioni fra Stati sovrani in relazione alle incombenze da affidare alle varie strutture ed organizzazioni per la loro applicazione pratica. Nel caso specifico il termine "organismi pubblici", visto che si tratta dell'attuazione di una direttiva europea che specificamente invita gli stati membri a un'applicazione estensiva e visto che anche il legislatore ha lasciato ampi spazi di interpretazione, deve essere interpretato, considerando le grandi difficoltà degli stranieri presenti nel territorio dello Stato di intrattenere contatti con gli enti e le strutture pubbliche, nel senso di dare un significato pratico e ampio per l'applicazione della sanatoria di emersione dal lavoro irregolare. La stessa direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 18



giugno 2009 n. 2009/52/CE dispone all'articolo 13 che gli Stati membri provvedano affinché siano disponibili meccanismi efficaci per consentire ai cittadini di Paesi terzi la regolarizzazione della loro posizione di lavoratori illegali e che l'assistenza fornita a loro per presentare le relative istanze non è considerata favoreggiamento di soggiorno illegale di cui alla direttiva 2002/90/CE del Consiglio. L'art. 15 poi lascia impregiudicata la facoltà degli Stati membri di adottare o mantenere disposizioni più favorevoli di quelli fissati nella direttiva stessa; cioè, non ammette aggravamenti". Da tale premessa il Consiglio di Stato ha fatto conseguire la conclusione che ai fini dell'applicazione dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 109 del 2012, per "organismi pubblici" devono essere considerate le strutture organizzate, ovvero, persone fisiche o giuridiche che per delega, incarico, affidamento o cessione svolgono funzioni, attività, servizi pubblici o di interesse pubblico. Deve dunque trattarsi di soggetti il cui operato è inquadrabile *latu sensu* nella connotazione di funzione pubblicistica e non meramente privatistica. Ha quindi ritenuto che un certificato medico rilasciato da medici preposti ai servizi di medicina generale (medici di base) o da medici convenzionati (art. 30 dell'Accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale ai sensi dell'art. 8, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502), cioè da professionisti autorizzati a eseguire prestazioni nell'interesse del Servizio sanitario nazionale può considerarsi proveniente da "pubblico organismo", anche se non concernente "soggetti mutuati" mentre se proveniente da un medico libero professionista, non accreditato presso il Servizio sanitario nazionale, non assume i connotati di provenienza da pubblico organismo. I medici che esercitano la loro attività nell'ambito delle previsioni del d.lgs. n. 502 del 1992 rilasciano "documentazione proveniente da organismi pubblici" di cui all'art. 5, d.lgs. 16 luglio 2012, n. 109. Inoltre, la documentazione deve provenire da organismi pubblici e non può essere sostituita da dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 dalle quali risultano eventuali contatti e prestazioni avuti da organismi pubblici. Infatti, è ben vero che le dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà, perfezionate con l'assistenza e l'autenticazione da parte di un funzionario pubblico, possono concernere stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato, però, non possono considerarsi documentazione proveniente da pubblico organismo perché riportano la dichiarazione resa da persona privata e il funzionario pubblico autentica unicamente la veridicità della firma del dichiarante.

## 12. Imposte e tasse.

### 12.1. Regolamento istitutivo dell'imposta di sbarco: Cons. Stato, sez. IV, 8 settembre 2015, n. 4161 e ord., 16 settembre 2015, n. 4335.

Con la succitata sentenza la sezione ha pronunciato su un regolamento comunale, impugnato in primo grado dal Ministero dell'economia e delle finanze, istitutivo dell'imposta di sbarco. Il giudice di primo grado aveva accolto il ricorso, ritenen-

do fondate le censure mosse dall'Amministrazione statale sul rilievo che al di là della legge, il regolamento imporrebbe l'imposta allo sbarco con qualsiasi mezzo di trasporto e non solo con mezzi di trasporto pubblico di linea; delineerebbe poi una forma di mediazione obbligatoria come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale di fronte alle Commissioni tributarie.

Con la sentenza n. 4161 del 2015 la sezione ha condiviso per buona parte le argomentazioni del Tar. Ha preliminarmente ricordato che l'art. 4 comma 3 *bis*, prima parte, d.lg. 14 marzo 2011, n. 23 ha stabilito che "I comuni, che hanno sede giuridica nelle isole minori e i comuni nel cui territorio insistono isole minori, possono istituire, con regolamento da adottare ai sensi dell'art. 52, d.lg. 15 dicembre 1997, n. 446, e successive modificazioni, in alternativa all'imposta di soggiorno, un'imposta di sbarco da applicare fino ad un massimo di euro 1,50, da riscuotere, unitamente al prezzo del biglietto, da parte delle compagnie di navigazione che forniscono collegamenti marittimi di linea. La compagnia di navigazione è responsabile del pagamento dell'imposta, con diritto di rivalsa sui soggetti passivi, della presentazione della dichiarazione e degli ulteriori adempimenti previsti dalla legge e dal regolamento comunale". Secondo l'art. 2, comma 2, del regolamento impugnato, "l'imposta di sbarco è corrisposta da ogni persona fisica ... che arrivi nell'isola di Capri avvalendosi di soggetti abilitati e autorizzati ad effettuare collegamenti verso l'isola". Seguono disposizioni sui soggetti tenuti alla riscossione e sulle modalità di riscossione e di riversamento. Ad avviso della sezione è evidente che il regolamento abbia ampliato la platea dei contribuenti al di là dei limiti previsti dalla legge. Che il richiamato art. 4 abbia solo inteso individuare le compagnie di navigazione di linea come soggetti incaricati della riscossione e non anche i relativi passeggeri come (soli) soggetti colpiti dal tributo è una tesi troppo paradossale per poter essere presa seriamente in considerazione, poiché finirebbe per costringere le compagnie di linea ad esigere l'imposta di sbarco anche da parte di coloro che utilizzino vettori diversi. Questo ampliamento non è consentito, poiché "le province ed i comuni possono disciplinare con regolamento le proprie entrate, anche tributarie, salvo per quanto attiene alla individuazione e definizione delle fattispecie imponibili, dei soggetti passivi e della aliquota massima dei singoli tributi, nel rispetto delle esigenze di semplificazione degli adempimenti dei contribuenti..." (art. 1, comma 1, d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446).

Con ordinanza n. 4335 del 2015 la sezione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, formulata in via subordinata dal Comune, dopo averla ritenuta rilevante posto che essa investe direttamente la norma statale che attribuisce al Comune di imporre il tributo di cui si discute. Il Collegio ritiene la questione non manifestamente infondata. L'art. 4, d.lgs. n. 23 del 2011 stabilisce che "i comuni capoluogo di provincia, le unioni di comuni nonché i comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte possono istituire, con deliberazione del consiglio, un'imposta di soggiorno a carico di coloro che alloggiano nelle strutture ricettive situate sul proprio territorio, da applicare, secondo criteri di gradualità in proporzione

al prezzo, sino a 5 euro per notte di soggiorno” (comma 1, primo periodo). In alternativa, “i comuni che hanno sede giuridica nelle isole minori e i comuni nel cui territorio insistono isole minori possono istituire ... un’imposta di sbarco, da applicare fino ad un massimo di euro 1,50, da riscuotere, unitamente al prezzo del biglietto, da parte delle compagnie di navigazione che forniscono collegamenti marittimi di linea” (comma 3 *bis*, primo periodo). Mentre l’imposta di soggiorno è dovuta da tutti coloro che alloggiano nelle strutture ricettive situate nel territorio comunale, l’imposta di sbarco grava solo su chi utilizzi i vettori di linea. Né è possibile interpretare in modo diverso (e per avventura conforme a Costituzione) le disposizioni riportate. Una piana lettura di tutto il comma 3 *bis* esclude che le compagnie di navigazione di linea siano soltanto sostituiti per l’esazione di un’imposta comunque dovuta da chiunque sbarchi nell’isola, non potendo ragionevolmente esse venire gravate di quella funzione riguardo a trasporti eseguiti da altri vettori. Appare fondato il dubbio che il differente trattamento tra chi adoperi vettori di linea per recarsi nell’isola e chi faccia uso di altri mezzi non abbia giustificazione razionale, né in termini generali, né in chiave di capacità contributiva. L’art. 53, comma 1, Cost., in virtù del quale tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva, deve essere interpretato come specificazione del principio di uguaglianza, sia nel senso che a situazioni uguali devono necessariamente corrispondere uguali regimi impositivi e, viceversa, sia nel senso che ogni prelievo deve trovare la propria causa giustificatrice in indici concretamente rivelatori di ricchezza, secondo un criterio di collegamento tra soggetto detentore e ricchezza detenuta spettante alla discrezionalità del legislatore ordinario (Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 1997, n. 1207). Quanto a tale collegamento, è indiscusso il principio che rientra nell’ambito della discrezionalità del legislatore ordinario la determinazione degli indici di capacità contributiva e della conseguente entità dell’onere tributario, essendo riservato alla Corte costituzionale di verificare solo la palese arbitrarietà e irrazionalità delle scelte legislative (Corte cost., ord., 21 luglio 1995, n. 352; Id., ord., 19 gennaio 2005, n. 23; Id. 6 ottobre 2014, n. 228; Cass. civ., sez. VI, 17 settembre 2014, n. 19632). Nel caso di specie, non è infondato il dubbio che la disposizione tributaria contestata presenti indici di arbitrarietà tali da sollecitarne una valutazione in termini di legittimità costituzionale.

Al metro di giudizio della comune esperienza, sembra davvero difficile sostenere che l’arrivo nell’isola con una compagnia di navigazione di linea esprima una capacità contributiva maggiore di quella correlata, ad esempio, all’arrivo con un’imbarcazione privata che pure, secondo la norma della cui costituzionalità si dubita, va esente dal tributo. L’irragionevolezza pare addirittura più evidente quando si consideri che - diversamente dall’imposta di sbarco, che a essa si pone come alternativa - l’imposta di soggiorno mostra un carattere tendenzialmente progressivo (“... da applicare secondo criteri di gradualità in proporzione al prezzo ...”).

Se lo scopo del tributo è alleviare i Comuni dagli oneri prodotti da coloro che, provenendo da altri luoghi e salve le specifiche eccezioni di legge, vi pernottino

o (nel caso delle isole minori) vi sbarchino, la disparità di trattamento in funzione del mezzo adoperato per raggiungere l'isola potrebbe essere priva di una razionale giustificazione.

Alla stregua dei rilievi che precedono la Sezione, ritenendola rilevante e non manifestamente infondata, ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale - rispetto agli artt. 3 e 53 Cost. - dell'art. 4, comma 3 *bis*, del decreto legislativo n. 23 del 2011, nella parte in cui - riguardo alle isole minori - prevede la possibilità che i Comuni deliberino di assoggettare all'imposta di sbarco, in alternativa all'imposta di soggiorno, i soli passeggeri che raggiungano l'isola con una "delle compagnie di navigazione che forniscono collegamenti marittimi di linea", con esclusione di coloro che si avvalgano di un diverso vettore.

#### **12.2. Cartella esattoriale: Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2015, n. 1696.**

Preliminarmente la sezione ha affermato l'ammissibilità del ricorso proposto avverso la cartella esattoriale anche se alla stessa non è ancora seguita alcuna procedura esecutiva: il soggetto asseritamente debitore di somme ha un interesse giuridicamente tutelato a potere esperire tutte le azioni volte ad elidere dette pendenze, e/o a dimostrarne la infondatezza. Non è quindi tenuto ad attendere l'avvio di procedure esecutive per contestare la pretesa a monte: per una società, poi, l'essere soggetto alla intrapresa di procedure coattive per il recupero di somme integra *ex se* un danno, comportando conseguenze su proposta opposizione *ex art.* 617 cod. proc. alle quali appare superfluo fare affidamento in punto di accesso al credito, credibilità nei rapporti con i fornitori, etc.. La copia della cartella di pagamento costituisce *ex se* strumento utile alla tutela giurisdizionale delle ragioni della ricorrente e la concessionaria non ha quindi alcuna legittimazione a sindacare le scelte difensive eventualmente operate dal privato. Aggiungasi che la stessa giurisprudenza civile (Cass. civ., sez. III, 24 marzo 1982, n. 1882 e 19 maggio 1972, n. 1549) riconosce che si riscontra la possibilità, nel sistema, di proporre azioni (quelle con cui si deduce la nullità/inesistenza del titolo) inquadrabili nel novero delle "opposizioni agli atti esecutivi" non vincolate al termine perentorio fissato all'art. 617 cod. proc. civ..

### **13. Ricorso straordinario al Capo dello Stato.**

#### **13.1. Trasposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato: Cons. Stato, sez. II, 16 settembre 2015, n. 2609.**

La sez. II, con il parere in rubrica, ha dubitato della compatibilità con il diritto comunitario della trasposizione in sede giurisdizionale, così come delineata nell'attuale disciplina, del ricorso straordinario. Ha quindi rimesso alla Corte di giustizia la questione relativa alla compatibilità della regola sancita dagli artt. 10, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 e 48 c.p.a., in base alla quale è consentito ad una sola delle parti del giudizio straordinario di ottenerne la trasposizione in primo grado dinanzi

al Tribunale amministrativo regionale, con gli artt. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (diritto al giusto processo), 54 (divieto di abuso del diritto) e art. 6 CEDU (diritto ad un giudizio equo, pubblico ad una decisione in un termine ragionevole resa da un giudice imparziale e precostituito per legge). Ad avviso della Sezione, infatti, il principio pienamente accolto sia nel diritto comunitario che in quello costituzionale nazionale, secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge, non consente che l'individuazione dell'ufficio giudiziario avente giurisdizione e competenza ad esaminare una determinata controversia possa avvenire per effetto soltanto della scelta di una parte, e a maggior ragione per un mero calcolo di convenienza o di tattica processuale di una di esse. Ha aggiunto la sez. II che l'esercizio del diritto di trasposizione, una volta che al procedimento di decisione del ricorso straordinario sia stata riconosciuta natura giurisdizionale, e che dunque l'originaria motivazione fondata sul *favor iurisdictionis* non possa ormai più considerarsi attuale, equivale sostanzialmente ad una alterazione del giudice naturale e, sotto altro aspetto, ad una modificazione del giusto processo, e ciò soltanto per effetto di una richiesta avanzata unilateralmente da una sola delle parti, anche senza una valida ed apprezzabile giustificazione, così determinando anche un significativo ed ingiustificato svantaggio nelle parti più deboli del processo. Quest'ultime, difatti, vedono la propria azione paralizzata per effetto soltanto dell'avvenuto esercizio della facoltà di trasposizione, la cui legittimità potrà essere esaminata soltanto dal giudice *ad quem* (il Tribunale amministrativo regionale), nel caso il ricorrente voglia proseguire riassumendo il processo in primo grado, pagando per la seconda volta un più elevato contributo unificato, e senza che sia prevista la possibilità di ripetere quanto già corrisposto. In definitiva, si attribuisce in tal modo ad una soltanto delle parti un potere privo di alcuna logica corrispondente al diritto di difesa, tale da menomare in modo significativo le posizioni del ricorrente e delle restanti parti del giudizio. Il parere articola la dubbia compatibilità con il diritto comunitario della trasposizione in sede giurisdizionale, così come delineata nell'attuale disciplina del ricorso straordinario, sulle seguenti considerazioni. Il principio secondo cui "ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge" (art. 47 della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, 2000/C 364/01) trova esplicito riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Ad esempio, nella sentenza della Corte (Prima Sezione) 26 maggio 2005, resa nella causa C 77/04, si fa riferimento, per negarvi ingresso, all'ipotesi in cui una delle parti sia distolta dal giudice naturale soltanto per effetto della domanda o dell'azione di un'altra parte. Nella sentenza della Corte (Prima Sezione) C-325/11 19 dicembre 2012 si fa riferimento alla pienezza del "diritto al giusto processo sancito dagli artt. 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e 6, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950", per inferirne la prevalenza e l'intangibilità nei confronti di ogni

comportamento di una parte del processo nei confronti dell'altra. Si afferma, nello stesso senso, nelle sentenze della Corte (Grande Sezione) 21 settembre 2010, cause C-532/07 P, C-528/07 P, C-514/07 P che "il principio di del contraddittorio, rappresenta un mero corollario della nozione stessa di giusto processo". In definitiva, il principio pienamente accolto sia nel diritto comunitario che in quello costituzionale nazionale, secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge, non consente in alcun modo che l'individuazione dell'ufficio giudiziario avente giurisdizione e competenza ad esaminare una determinata controversia possa avvenire ad opera di una autorità diversa dal Parlamento o, addirittura, per effetto soltanto della scelta di una parte, e a maggior ragione per un mero calcolo di convenienza o di tattica processuale a vantaggio soltanto di una di esse. E infine è appena il caso di considerare che l'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, concernente il divieto dell'abuso di diritto, non consente di interpretare alcuna delle disposizioni ivi contenute come suscettibile di limitare anche solo parzialmente le libertà e le garanzie ivi riconosciute.

**13.2. Soggetti legittimati a chiedere la trasposizione del ricorso: Cons. Stato, sez. I, 14 ottobre 2015, n. 2786.**

Con il parere in rubrica la sez. I ha esteso la possibilità di chiedere la trasposizione del ricorso anche all'Autorità statale che ha emanato l'atto impugnato. Tale possibilità è stata riconosciuta dall'art. 48 c.p.a., che legittima all'opposizione "la parte nei cui confronti sia stato proposto ricorso straordinario". La legittimazione all'opposizione dell'ente pubblico, diverso dallo Stato, che ha emanato l'atto impugnato (con esclusione quindi dello Stato), introdotta dalla sentenza n. 148 del 1982 della Corte costituzionale, era fondata sul presupposto che il ricorso straordinario "si svolgesse interamente a livello governativo", presupposto enunciato dalla sentenza n. 31 del 1975 e ribadito dalla sentenza n. 148 del 1982 ("il ricorso in parola contro atti amministrativi definitivi costituisce "un rimedio singolare, anomalo, alternativo al ricorso giurisdizionale caratterizzato da uno speciale procedimento contenzioso *sui generis*, con limitato contraddittorio, che si svolge interamente a livello governativo, e si conclude con un decreto del Capo dello Stato - atto ministeriale, non di prerogativa - di cui il Ministro proponente, o il Presidente del Consiglio, assume con la controfirma la responsabilità politica e giuridica"). Tale presupposto è venuto meno con la norma di cui all'art. 69, comma 2, l. 18 giugno 2009, n. 69, che ha eliminato il potere governativo di non uniformarsi al parere del Consiglio di Stato. L'innovazione, se non ha modificato la funzione di tutela della giustizia nell'amministrazione attribuita dall'art. 100, comma 1, Cost. al ricorso straordinario, come chiarito nel parere della Sezione 31 luglio 2014, n. 1033/14, esclude che il ricorso straordinario si svolga interamente a livello governativo. -

## 14. Responsabilità.

### 14.1. Termine di decadenza di 120 giorni per la proposizione dell'azione innanzi al giudice amministrativo: Cons. Stato, A.P., 6 luglio 2015, n. 6.

L'Adunanza Plenaria è stata adita per risolvere il problema interpretativo relativo all'applicabilità del termine decadenziale previsto dall'art. 30, comma 3, c.p.a. agli illeciti consumati in epoca anteriore a detto *jus superveniens*. Sul punto la giurisprudenza del giudice amministrativo si è divisa, registrandosi una contrapposizione tra una tesi maggioritaria che, facendo leva sul principio dell'inapplicabilità retroattiva di una disciplina limitativa del diritto di azione, conclude per la risposta negativa, e un'opzione ermeneutica che approda a soluzione antitetica in applicazione del principio processuale *tempus regit*. Con la sentenza n. 6 del 2015 l'Adunanza plenaria ha ritenuto condivisibile la tesi maggioritaria. Ha chiarito che l'introduzione di un termine di decadenza di centoventi giorni - decorrente, a seconda dei casi, dalla verifica del fatto lesivo o dalla conoscenza del provvedimento dannoso - costituisce un'innovazione legislativa rispetto al regime prescrizione quinquennale, *ex art. 2947 c.c.*, operante in epoca precedente a parere di un pacifico indirizzo interpretativo, innovazione che si risolve in una compressione del potere di azione giudiziale in quanto dà la stura ad una significativa e singolare restrizione della cornice temporale entro la quale è dato agire in giudizio nei confronti dei soggetti titolari di un potere pubblico, con la creazione di una causa di estinzione anticipata della pretesa risarcitoria. Ha quindi ricordato il Massimo Consesso che i principi generali stabiliti dalle preleggi, in materia di efficacia delle leggi nel tempo (art. 11) e di portata applicativa di norme eccezionali (articolo 14), impediscono, in assenza di una prescrizione esplicita in tal senso, l'applicazione retroattiva di una *reformatio in peius* a fattispecie sostanziali anteriori, senza che assuma rilievo l'epoca della proposizione del ricorso. Ha quindi escluso che si possa invocare l'applicabilità alle norme processuali innovative del principio processuale *tempus regit actum*, in quanto nella specie non viene in rilievo un termine schiettamente processuale ma una fattispecie mista, qualificabile, al pari delle decadenze regolate dal codice civile (art. 2964), come istituto sostanziale a rilievo processuale, *naturaliter* operante solo per i fatti posteriori alla novità normativa. Ha aggiunto che, in ogni caso, l'individuazione, per fatti anteriori, di un *exordium* del termine decadenziale coincidente con l'entrata in vigore del codice si tradurrebbe, in assenza di una qualsiasi base normativa, non già nell'estensione del termine decadenziale di legge, ancorato alla verifica del fatto lesivo, ma nella creazione di un termine decadenziale di matrice pretoria, caratterizzato da un diverso *dies a quo*. Risulta pertanto confermato che il perfezionamento della fattispecie sostanziale, in un torno di tempo anteriore all'entrata in vigore della normativa processuale, impedisce in modo irrimediabile l'applicazione del termine decadenziale. Aggiungasi che l'introduzione di una preclusione, fondata sulla manipolazione esegetica della struttura e della portata della

norma, finirebbe per frustrare in modo irragionevole e imprevedibile le aspettative di tutela e il legittimo affidamento in merito all'operatività della disciplina *ratione temporis* vigente, così arrecando un significativo vulnus ai principi costituzionali, comunitari ed europei in tema di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale. La soluzione proposta è confermata dal disposto dell'art. 2 dell'Allegato 3 al c.p.a., secondo cui "per i termini che sono in corso alla data di entrata in vigore del codice continuano a trovare applicazione le norme previgenti". La sentenza ha infine escluso che la conclusione cui è pervenuta in ordine all'inapplicabilità retroattiva dello *ius superveniens* produca un'irragionevole disparità di trattamento, in quanto è sostanziale al sistema della successione delle leggi nel tempo la differenziazione di regime derivante da ogni novità normativa, in una con la non estensione retroattiva delle disposizioni che producano una modifica peggiorativa dell'assetto regolatorio precedente.

E' quindi condivisibile, ad avviso dell'Adunanza plenaria, l'indirizzo ermeneutico maggioritario a tenore del quale la soluzione, che estende la decadenza ai fatti storici anteriori, ancorandone la decorrenza dalla data di entrata in vigore del codice, porterebbe a una conseguenza illogica e distonica rispetto alla *ratio* che anima l'art. 2 dell'Allegato 3 al c.p.a., facendo sì che una precedente situazione giuridica soggettiva soggiaccia a un termine di decadenza, *ex post* introdotto, con conseguente indebita applicazione retroattiva, anche sul piano sostanziale, dell'innovativa disciplina processuale del codice. In definitiva, se la volontà dell'ordinamento è chiara nella regolazione dell'assetto dei rapporti tra vecchi e nuovi termini processuali, ancor di più deve esserlo nella successione tra un termine sostanziale precedente e un nuovo termine sostanziale a rilievo processuale, precedentemente non previsto, perché altrimenti si perverrebbe all'iniqua conclusione che una disciplina processuale, nell'introdurre un limite temporale all'esercizio di una situazione giuridica soggettiva, può modificare *in peius* e retroattivamente la meno restrittiva disciplina sostanziale applicabile a situazioni già esauritesi, in spregio agli artt. 3, 24 e 111 Cost.. Se il legislatore ha inteso evitare tale conseguenza sul piano della successione tra diversi termini processuali, nella disciplina transitoria prevista dall'art. 2, eguale conclusione si impone, e a fortiori, anche nel trapasso da un regime, che prevedeva la sola prescrizione dell'azione risarcitoria, a uno in cui questa è soggetta a un termine di decadenza che finisce per incidere sostanzialmente non solo sulla tutela, ma sull'esistenza stessa della situazione giuridica soggettiva.

L'Alto Consesso ha infine ricordato che la conclusione cui è pervenuto ha da ultimo trovato decisivo avallo nella giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenza 31 maggio 2015, n. 57), che ha ritenuto che l'art. 2 del Titolo II dell'Allegato 3 (Norme transitorie) al c.p.a., "non è altrimenti interpretabile che nel senso della sua riferibilità anche (e a maggior ragione) all'ipotesi di successione tra un termine sostanziale, qual è quello di prescrizione, ed un termine processuale precedentemente non previsto, quale appunto il termine di decadenza *sub* art. 30 citato, essendo una diversa lettura della predetta disposizione (nel senso, restrittivo, della sua riferibilità



solo a termini processuali «in corso») innegabilmente *contra Constitutionem*, per la compromissione, che ne deriverebbe, non solo della tutela ma della esistenza stessa della situazione soggettiva (così Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2014, n. 297)».

**14.2. Risarcimento dei danni conseguenti ad interdittiva antimafia illegittima: Cons. Stato, sez. III, 28 luglio 2015, n. 3707.**

La sentenza in rubrica, nel decidere sulla domanda di condanna del Prefetto al risarcimento dei danni conseguenti ad interdittiva antimafia annullata in sede giurisdizionale perché illegittima, ha chiarito che la stessa obbedisce a una logica di anticipazione della soglia di difesa sociale e non postula, come tale, l'accertamento in sede penale di uno o più reati che attestino il collegamento o la contiguità dell'impresa con associazioni di tipo mafioso, potendo perciò restare legittimata anche dal solo rilievo di elementi sintomatici che dimostrino il concreto pericolo (anche se non la certezza) di infiltrazioni della criminalità organizzata nell'attività imprenditoriale. La configurabilità degli estremi della colpa dell'amministrazione nell'adozione delle informative antimafia non può, quindi, prescindere dalla considerazione del loro fine e del loro carattere e dev'essere scrutinata in coerenza con la funzione, con la natura e con i contenuti delle relative misure. La sezione ha quindi chiarito che, in sede di verifica dei presupposti per l'accertamento del diritto al risarcimento del danno, occorre considerare che “non si potrà, in particolare, evitare di assegnare il dovuto rilievo alla portata della regola di azione, alla quale devono rispondere i Prefetti nell'esercizio della potestà in questione, che si rivela particolarmente sfuggente e di difficile decifrazione”. Infatti, il paradigma legale di riferimento, codificato, in particolare, dagli artt. 84 e 91, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, resta elastico, nella misura in cui affida al Prefetto l'apprezzamento di indici sintomatici “... di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte o gli indirizzi delle società...” e, quindi, la formulazione di un giudizio prognostico dell'inquinamento della gestione dell'impresa da parte di organizzazioni criminali di stampo mafioso. Ha aggiunto la sezione che “quanto la pertinente attività provvedimentale resti connotata da elevati profili di discrezionalità, lo si desume dall'analisi del lessico usato dal legislatore per regolarla: l'uso dell'aggettivo “eventuali” e del sostantivo “tentativi” indicano, in particolare, la configurazione di presupposti del tutto incerti, ai fini della giustificazione della misura, sicché la delibazione prefettizia si risolve, a ben vedere, nell'analisi di indizi sintomatici del pericolo di infiltrazione della criminalità organizzata nell'amministrazione della società e nella conseguente formulazione di un giudizio probabilistico della mera possibilità del condizionamento mafioso. Si tratta, in altri termini, di una fattispecie del tutto peculiare: mentre, infatti, l'attività provvedimentale resta, in via generale, strutturata e regolata dalla definizione esatta, ad opera della disposizione legislativa attributiva del potere nella specie esercitato, dei presupposti stabiliti per la legittima adozione dell'atto in cui si esplica la funzione, che, per quanto connotato da scelte discrezionali, resta strettamente vincolato alla preliminare verifica della sussistenza delle condizioni che ne autorizzano l'assunzio-

ne, quella attinente alle informative antimafia risulta, al contrario, configurata dallo stesso legislatore come fondata su valutazioni necessariamente opinabili, siccome attinenti all'apprezzamento di rischi e non all'accertamento di fatti, e quindi non ancorata alla stringente analisi della ricorrenza di chiari presupposti, di fatto e di diritto, costitutivi e regolativi della potestà esercitata. E' proprio la segnalata funzione anticipatoria della soglia di contrasto alla criminalità organizzata che impedisce, a ben vedere, la previsione di parametri di azione più stringenti e cogenti e che impone, quindi, la disciplina della potestà considerata in termini così laschi, trattandosi di precludere ad imprese, che rischiano di essere (e non che sicuramente sono) condizionate dai clan mafiosi, di accedere a rapporti contrattuali con le Pubbliche amministrazioni". Ciò chiarito, ha affermato la sezione che il carattere (necessariamente) elastico dei presupposti dell'esercizio della potestà amministrativa in questione impedisce di declinare pedissequamente, nella fattispecie considerata, le medesime cause esimenti enucleate in via generale dalla giurisprudenza per escludere la colpa dell'Amministrazione. Occorre, quindi, adattare le conclusioni già raggiunte, in astratto, in merito agli elementi costitutivi dell'errore scusabile ad una fattispecie, normativa ed amministrativa, in cui la regola di condotta è tutt'altro che chiara ed univoca (e sul cui logico presupposto è stata, invece, costruita la teoria dell'errore scusabile). Si deve, allora, rilevare che il beneficio dell'errore scusabile va riconosciuto (con conseguente esclusione della colpa e, quindi, della responsabilità dell'Amministrazione) nelle ipotesi in cui le acquisizioni informative, trasmesse al Prefetto dagli organi di polizia, risultano astrattamente idonee a formulare un giudizio plausibile sul tentativo di infiltrazione mafiosa, in quanto oggettivamente significative di intrecci e collegamenti tra l'organizzazione criminale e l'amministrazione dell'impresa, ancorchè vengano, in concreto, giudicate insufficienti a giustificare ed a legittimare la misura dell'interdittiva. Dev'essere, al contrario, negato l'errore scusabile (con conseguente affermazione della colpa e della responsabilità dell'amministrazione) nel diverso caso in cui le acquisizioni istruttorie si rivelino così labili e inconsistenti (per il numero esiguo e per la scarsa significatività dei relativi indici) da non consentire, secondo le comuni regole logiche del giudizio indiziario, alcun apprezzamento serio e attendibile (neanche in astratto) circa il pericolo del condizionamento mafioso dell'impresa.

Mentre, infatti, nel primo caso, la regola di azione risulta, sì violata, ma in un contesto fattuale che non consente di giudicare infranti i canoni di correttezza e proporzionalità, avendo il Prefetto decifrato gli indici sintomatici acquisiti come significativi di un rischio di infiltrazione mafiosa, ancorchè in esito ad una valutazione giudicata carente, nella seconda ipotesi deve, invece, ritenersi inosservato proprio il parametro valutativo che costituisce il criterio di condotta al quale deve obbedire il Prefetto, che ha formulato il giudizio sul tentativo di infiltrazione mafiosa dell'impresa sulla base di indici talmente carenti ed equivoci da non permettere alcun serio apprezzamento dell'esistenza del relativo rischio e, quindi, in spregio delle comuni regole di buona fede e imparzialità, nonché di quella della coerenza della determinazione finale con le risultanze di un'istruttoria compiuta ed esauriente.

## 15. Giurisdizione.

### 15.1. Ristoro ai sensi dell'art. 42 bis, t.u. espropriazioni: Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2015, n. 4777.

La sez. IV ha affermato, con la sentenza n. 4777 del 2015, che il ristoro di cui all'art. 42 bis, d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 ha natura di indennizzo da fatto lecito, con conseguente giurisdizione in capo al giudice ordinario. La sezione ha argomentato le conclusioni cui è pervenuta principiando dalla sentenza della Corte costituzionale 30 aprile 2015, n. 71, che si è pronunciata proprio sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 42 bis, d.P.R. n. 327 del 2001, sollevata dalle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione e dal Tar Lazio, con riferimento agli artt. 3, 24, 42, 97, 111, commi 1 e 2, 113 e 117, comma 1, Cost.. Invero, in tale sentenza il giudice delle leggi ha chiarito che l'art. 42 bis descrive una procedura espropriativa semplificata nelle forme, ma complessa negli esiti, al termine della quale viene adottato un provvedimento che assorbe in sé sia la dichiarazione di pubblica utilità, che il decreto di esproprio; inoltre, con la sua emanazione la P.A. riprende a muoversi nell'alveo della legalità, esercitando una funzione amministrativa meritevole di tutela privilegiata in ragione degli scopi di pubblica utilità perseguiti, sebbene emersi successivamente alla consumazione di un illecito ai danni del soggetto ablato. Pertanto, appare non più percorribile l'opzione ermeneutica, accolta dalla più recente giurisprudenza, secondo cui si tratterebbe di questioni risarcitorie devolute alla giurisdizione del G.A.. Ad avviso della Sezione perseverare nell'impostazione che qualifica l'atto di acquisizione sanante come espressione di un potere meramente rimediabile di un illecito, significherebbe dare all'art. 42 bis una lettura contrastante con le conclusioni rassegnate dalla Consulta nella sentenza n. 71 del 2015.

### 15.2. Diniego di finanziamento di piano formativo: Cons. Stato, sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4304.

Con la sentenza in rubrica il Consiglio di Stato ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo nella controversia avente ad oggetto il diniego di finanziamento di piano formativo di Fondi paritetici interprofessionali per la formazione continua. Ha premesso che i fondi paritetici interprofessionali sono stati istituiti, ai sensi dell'art. 118, comma 1, l. 23 dicembre 2000, n. 388, allo scopo di promuovere lo sviluppo della formazione professionale continua, in una prospettiva di competitività delle imprese e di garanzia di occupabilità dei lavoratori, secondo un disegno coerente con quanto dispone l'art. 35, comma 2, Cost., per il quale la Repubblica cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori, e in linea di continuità con i principi fondamentali di cui agli artt. 1, comma 1, che fonda sul lavoro le basi stesse della Repubblica Italiana, e 4 Cost.. Ha dichiarato innegabile che la promozione dello sviluppo e della formazione professionale, continuando con il miglioramento della competitività delle imprese sul mercato ad assicurare ai lavoratori più ampie garanzie occupazionali, attiene in via diretta alla cura di un interesse generale

al più alto livello. Ha aggiunto che per finanziarne l'attività, ai fondi affluiscono le risorse derivanti dal gettito del contributo integrativo di cui all'art. 25, comma 4, l. 21 dicembre 1978, n. 845. Ha poi chiarito, quanto alla natura privatistica dei fondi, che è indubbio che la struttura dei fondi sia di derivazione contrattuale e la forma giuridica degli stessi, privatistica. Si tratta infatti di organismi di natura associativa bilaterali (cfr. art. 118, comma 6, l. n. 388 del 2000; v. anche Corte cost. n. 51 del 2005), ma ciò non significa che l'attività dei fondi resti necessariamente regolata dall'autonomia privata e che gli atti da essi adottati siano assoggettati a una disciplina privatistica, atteso che la natura privatistica dei fondi "non vale a mutare la natura degli interessi affidati alla loro cura" ed è tutt'altro che inconciliabile con la devoluzione per legge a essi di funzioni e di compiti di rilevanza pubblicistica e di pubblico interesse. La natura giuridica, privatistico-contrattuale, dei fondi, è questione diversa da quella della disciplina delle funzioni devolute ai fondi medesimi e non è incompatibile con l'esercizio e il perseguimento di funzioni pubbliche d'interesse generale. In questo contesto perdono peso i rilievi svolti dalle parti appellate sul fatto che i fondi non sono organismi di diritto pubblico. Né la disciplina, di cui all'art. 19, comma 7 bis, d.l. 29 novembre 2008, n. 185 sulla c.d. "portabilità" dei contributi versati dalle aziende aderenti ai fondi riesce a sovvertire tali conclusioni in ordine alla rilevanza pubblicistica della gestione delle risorse in questione con la conseguente giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo sulle procedure come quella per cui è causa. Viene invece in questione un'ipotesi di delegazione di funzioni pubbliche nell'ambito delle politiche di sviluppo della formazione professionale continua, coerentemente con il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, ultimo comma, Cost.

**15.3. Procedure selettive per l'assunzione presso società *in house*: Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643.**

Il Consiglio di Stato ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo sul ricorso proposto per l'annullamento di due avvisi pubblici per la selezione, indetta da una società *in house*, di vari profili professionali per la parte di interesse e degli atti concorsuali eventualmente intervenuti e delle relative graduatorie, ove nelle more approvate. Ha ricordato la Sezione che, ai sensi dell'art. 63, comma 4, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, in relazione all'art. 1, comma 2, dello stesso decreto, in base al quale per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, comprese quelle a ordinamento autonomo. Richiamando Cass. civ., s.u., 25 novembre 2013, n. 26283, ha aggiunto che le società *in house* hanno solo la forma esteriore ma costituiscono in realtà articolazioni in senso sostanziale della Pubblica amministrazione da cui promanano e non soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi. Ha quindi concluso che anche a voler imputare la selezione all'Azienda speciale, senza intermediazione del Comune, il risultato non

può essere che il medesimo, nel senso cioè della devoluzione della controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo, atteso che ai sensi dell'art. 7, comma 2, c.p.a., "per pubbliche amministrazioni...., s'intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo"; tale norma è già di per sé idonea a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione ad atti di soggetti che, pur avendo una natura privatistica, come nel caso degli enti pubblici economici, sono tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo. Lo conferma, se fosse mai revocabile in dubbio, il testo dell'art. 1 comma 1 *ter*, l. 7 agosto 1990, n. 241 (ulteriormente rafforzato dalla l. c.d. anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190), secondo cui "i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1" (ovvero dei principi del procedimento amministrativo); ed è altrettanto indubbio che un'azienda speciale, se qualificabile come soggetto privato, è preposto (anche) all'esercizio di attività amministrative. Dunque, già dal combinato disposto degli artt. 7, comma 2, c.p.a. e 1, comma 1 *ter*, l. n. 241 del 1990 può ritenersi radicata la giurisdizione del giudice amministrativo. Un ulteriore argomento militerebbe a favore della giurisdizione del giudice adito. Infatti, sotto il profilo sostanziale, deve evidenziarsi che le aziende speciali, così come le società *in house*, come recentissimamente affermato dalle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione (25 novembre 2013, n. 26283, ribadito con ordinanza 2 dicembre 2013, n. 26936), possono essere considerate come enti che rappresentano delle vere e proprie articolazioni della Pubblica amministrazione, atteso che gli organi di queste sono assoggettate a vincoli gerarchici facenti capo alla Pubblica amministrazione, i cui dirigenti sono dunque legati alla Pubblica amministrazione da un rapporto di servizio come avviene per i dirigenti preposti ai servizi direttamente erogati dall'ente pubblico. Entrambe le pronunce della Suprema Corte sono state emesse affermando la responsabilità erariale degli amministratori di tali enti, e dunque relativamente a tale diversa problematica, ma le considerazioni che sono state poste alla base di tali decisioni (ovvero l'affermazione che tali enti non sono che forme peculiari di articolazione della stessa Pubblica amministrazione) ne legittimano l'estensione anche al tema oggetto delle procedure selettive per l'assunzione dei dipendenti; poiché si tratta di procedure poste in essere da soggetti qualificabili come Pubbliche amministrazioni, per le quali vige il principio del concorso pubblico, esse sono in tutto e per tutto assimilabili alle procedure concorsuali dell'ente pubblico (il Comune) cui l'Azienda Speciale è strumentale; con la conseguenza che la selezione in oggetto, anche se fosse giuridicamente imputabile all'Azienda Speciale, non può che importarne regime giuridico e disciplina e, quindi non può che comportare il rispetto del principio di imparzialità amministrativa nell'assunzione (e non la logica imprenditoriale), con connessa giurisdizione del giudice amministrativo per le relative contestazioni. Peraltro, la stessa Consulta ha ribadito più volte (da ultimo, Corte cost. 23 luglio 2013, n. 227) l'infedeltà del concorso pubblico come canale di accesso pressoché esclusivo nei ruoli delle pubbliche amministrazioni (fattispecie riguardante proprio

società in house, dunque parificate a tali fini alle Pubbliche amministrazioni. Infine, deve considerarsi che l'art. 18, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, così come modificato dalla legge di conversione, l. 6 agosto 2008, n. 133, ha affermato che le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica, sono obbligate a dotarsi, mediante "propri provvedimenti", di criteri e modalità per il reclutamento del personale conformi ai principi richiamati dall'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 165 del 2001 in materia di reclutamento del personale; il legislatore ha inteso introdurre, a carico delle predette società a partecipazione pubblica vincoli di trasparenza, imparzialità, pubblicità ed economicità in particolare per il reclutamento del personale che, di regola, l'art. 97 Cost. impone per le amministrazioni e gli enti pubblici strettamente intesi. Se dunque è vero - come è vero - che l'organismo *in house* rappresenta sotto ogni aspetto un'articolazione in senso sostanziale dell'amministrazione pubblica di riferimento, ne consegue l'applicabilità al caso in esame dei richiamati artt. 1, comma 2, e 63, comma 4, con tutto ciò che ne deriva in punto di estensione, all'organismo *in house*, delle previsioni in punto di giurisdizione riferibili all'amministrazione pubblica di riferimento.

**15.4. Provvedimenti di determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale: Cons. Stato, sez. III, 18 dicembre 2015, n. 5738.**

Nell'affrontare le problematiche relative alla determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale, ai sensi del Regolamento UE 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, la sez. III ha premesso che la situazione giuridica soggettiva dello straniero richiedente protezione internazionale rientra nel novero dei diritti umani fondamentali, con la conseguenza che la garanzia apprestata dall'art. 2 Cost. esclude che dette situazioni possano essere degradate ad interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo. Ne consegue che anche i provvedimenti di determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale, ai sensi del Regolamento UE 26 giugno 2013 n. 604 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 ed in particolare di individuazione della competenza territoriale di altro Stato ai sensi dell'art. 3, comma 3, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, adottati in applicazione delle "clausole discrezionali" ai fini dell'adempimento degli "obblighi dello Stato membro competente", di cui agli artt. 17 e 18 del cit. Regolamento UE n. 604 del 2013, non possono considerarsi incidenti su mere posizioni di interesse legittimo, in quanto la procedura di protezione internazionale, in ogni sua fase (anche, dunque, quella dell'interpello dello Stato estero, della sua risposta positiva e della c.d. ripresa in carico, pur connotata dalla facoltà di tale richiesta e dalla sua procedimentalizzazione entro termini definiti e celeri), ha per oggetto il diritto soggettivo dello straniero richiedente alla protezione invocata, per nulla affievolito dalla discrezionalità valutativa attribuita al singolo Stato membro che riceva una domanda di protezione internazionale laddove viene stabilito che "in

deroga all'articolo 3, paragrafo 1, ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento" (art. 17, par. 1, del Reg. n. 604/2013) o che "uno Stato membro presso il quale una persona di cui all'art. 18, par. 1, lett. b), c) o d), abbia presentato una nuova domanda di protezione internazionale che ritenga che un altro Stato membro sia competente ai sensi dell'art. 20, par. 5, e dell'art. 18, par. 1, lett. b), c) o d), può chiedere all'altro Stato membro di riprendere in carico tale persona" (art. 23, par. 1, del Reg. n. 604 del 2013).

## 16. Processo.

### 16.1. Processo amministrativo come processo retto da principio dispositivo: Cons. Stato, A.P., 27 aprile 2015, n. 5.

Nella succitata sua pronuncia l'Adunanza Plenaria ha innanzi tutto ricordato che il processo amministrativo - fatta eccezione per alcuni casi, nei quali riemergono i profili tipici di una giurisdizione di diritto oggettivo - è retto dal principio dispositivo, la cui funzione è dare soddisfazione all'interesse del ricorrente, nei termini voluti dallo stesso. Le questioni affrontate e risolte dalla Plenaria sono relative: a) alla nozione di domanda unitaria (o, all'inverso, di pluralità di domande) nel processo amministrativo; b) alla latitudine applicativa del principio della domanda nel processo amministrativo; c) all'individuazione dei relativi limiti; d) al potere di graduazione dei motivi concesso alla parte; e) all'individuazione dei relativi limiti; f) alle conseguenze della mancata graduazione e ai criteri determinativi dell'ordine di trattazione delle censure in caso di mancata graduazione da parte del ricorrente; g) ai limiti entro cui si può dar corso all'assorbimento dei motivi. Ha preliminarmente chiarito, quanto al criterio discrezionale tra le ipotesi in cui vi sia una sola domanda (sebbene basata su più motivi di ricorso) e quelle in cui vi siano più domande, che "nel giudizio di impugnazione di legittimità, l'unicità o la pluralità di domande proposte dalle parti mediante ricorso principale, motivi aggiunti o ricorso incidentale, si determina esclusivamente in funzione della richiesta di annullamento di uno o più provvedimenti". Ed infatti, avuto riguardo ai tradizionali elementi identificativi della domanda (soggetti, *petitum* e *causa petendi*), a tale soluzione deve giungersi sulla scorta del combinato disposto dell'art. 40, comma 1, lett. b) e 42, comma 2, c.p.a. - che identificano il contenuto del ricorso principale e incidentale nel "provvedimento impugnato - dell'art. 43, comma 1, c.p.a. - che distingue tra motivi aggiunti propri ed impropri a seconda che il ricorso sia diretto a portare "nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte", estendendo la *causa petendi* di un giudizio già radicato, ovvero sia diretto ad estendere il *petitum* e quindi ad introdurre domande nuove - e dell'art. 120, comma 7, c.p.a. che, limitatamente alla materia degli appalti, prevede il ricorso per motivi aggiunti "impropri" allorché si tratti di impugnare

provvedimenti ulteriori, afferenti però al medesimo procedimento evidenziale. Ha peraltro precisato l' A.p. con la sua sentenza che tale conclusione vale con riferimento esclusivo all'azione di annullamento, in quanto laddove vi siano azioni diverse (di accertamento, condanna, adempimento, esecuzione, ecc.) il giudice è rigidamente vincolato dalla prospettazione delle parti, dovendo considerare le domande come tra loro autonome (ancorché in ipotesi avvinte da nessi di pregiudizialità). Per quanto attiene alla domanda costitutiva di annullamento vengono invece richiamati i principi recentemente affermati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243) e cioè che “la ricostruzione della tutela costitutiva nella ristretta dimensione del diritto alla modificazione giuridica, ipotizzata come situazione soggettiva rivolta verso lo Stato-giudice, piuttosto che nei confronti della controparte, è destinata ad infrangersi sulla più ampia linea di orizzonte rappresentata dalla necessità che il giudice dichiari, in sede di tutela costitutiva e non solo, e in modo vincolante per il futuro, il modo di essere del rapporto sostanziale che, con la sentenza, andrà a costituirsi, modificarsi, estinguersi”. In altre parole, l'unicità della *causa petendi* (nel caso di specie: ottenere l'annullamento di un certo provvedimento) determina l'unicità dell'azione proposta. Ancora in via preliminare, si distingue tra il giudizio di primo grado ed il giudizio di appello. Le considerazioni fatte dal Collegio decidente sulla “graduazione dei motivi di ricorso” si attagliano infatti al primo, e non anche al secondo grado di giudizio, atteso che per quest'ultimo trova applicazione il principio devolutivo (*tantum devolutum quantum appellatum*), che regge il sistema delle impugnazioni (anche) nel processo amministrativo.

Fatte queste premesse sulla nozione di (unicità della) azione, il Massimo Consesso si è soffermato sulla latitudine applicativa del principio della domanda nell'ambito del processo amministrativo. La Plenaria ha evidenziato che il principio dispositivo, che governa il processo amministrativo, deve essere inteso nella duplice accezione: di principio dispositivo sostanziale, “inteso quale espressione del potere esclusivo della parte di disporre del suo interesse materiale sotto ogni aspetto, compresa la scelta di richiedere o meno l'intervento del giudice per tutelarlo”; di principio dispositivo istruttorio, inteso come potere/dovere del giudice di decidere sulla base delle prove introdotte nel processo. Ha aggiunto che il principio della domanda e quello (correlato) della corrispondenza tra chiesto e pronunciato non operano senza limiti nell'ambito del processo amministrativo.

In virtù del principio dispositivo (inteso nella sua accezione sostanziale) è la parte che ha il dominio esclusivo della scelta di dare un determinato ordine all'esame dei motivi di ricorso, stabilendo tra gli stessi una sequenza logica che il Giudice è tenuto a rispettare, quantunque l'osservanza di questa sequenza possa portare ad un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico e della legalità: si pensi all'ipotesi in cui il ricorrente anteponga l'esame delle censure relative all'aggiudicazione, dal cui accoglimento consegue l'apprensione del bene della vita, a quello relativo alle censure inerenti alla illegittimità del bando (laddove sia ammessa la contestazione “diretta” di tali vizi), alla mancata osservanza delle forme di pubbli-



cità della seduta di gara, o ancora alla illegittima composizione della commissione giudicatrice, dal cui accoglimento discende la caducazione di una intera fase della procedura e, in ipotesi, la sua ripetizione. Come efficacemente spiegato dalla Plenaria “da un esame complessivo del sistema si evince il principio per cui nei processi connotati da parità delle parti e principio dispositivo l’ordine dei motivi vincola il giudice laddove nei processi connotati da un primato assoluto dell’interesse pubblico l’ordine dei motivi non è vincolante per il giudice: nei giudizi di costituzionalità, ad esempio, (...) a fronte del denunciato contrasto delle norme impugnate con uno o più parametri costituzionali, rientra nella discrezionalità della Corte la scelta dell’ordine di esame di differenti parametri e, inoltre, dichiarata l’incostituzionalità della norma alla luce di un determinato parametro, la Corte può dichiarare assorbiti gli altri per difetto di rilevanza e per ragioni di economia processuale”. Prevale quindi il criterio del massimo soddisfacimento dell’interesse del ricorrente, ciò che potrebbe portare, in presenza di una esplicita graduazione dei motivi in tal senso, ad annullare l’aggiudicazione (attribuendo al ricorrente il bene della vita, se possibile) anziché a sanzionare un vizio più grave e radicale a monte della procedura tale da inficiarla *ab imis*. Il potere di graduazione della parte, di massima vincolante per il Giudice, incontra alcuni limiti, rispetto ai quali è bene distinguere tra: a) la situazione *ante codicem*, laddove l’art. 26 l. Tar prevedeva che, in caso di riscontro del vizio di incompetenza, il Giudice dovesse rimettere l’affare all’autorità competente, senza scrutinare gli ulteriori motivi di ricorso, quantunque la parte ne avesse chiesto l’esame in via preventiva (stiamo quindi discettando di una deroga alla regola della graduazione dei motivi di ricorso come vincolo al potere decisorio del giudice, non già del connesso tema, su cui v. infra dell’assorbimento dei motivi di ricorso): diversamente opinando, si diceva, si svolgerebbe un giudizio ipotetico sulle corrette modalità di esercizio del potere da parte dell’autorità competente, peraltro non partecipante al giudizio, e quindi non messa in condizione di esercitare il contraddittorio circa i vizi “di merito” dedotti nel ricorso introduttivo; b) e la situazione *post codicem*, laddove, malgrado la mancata riproduzione nel tessuto codicistico di una disposizione di tenore analogo al citato art. 26 l. Tar, una soluzione equivalente a quella sperimentata dalla giurisprudenza con riguardo al quadro normativo previgente può fondarsi sull’art. 34, comma 2, c.p.a.. Tale disposizione prevede che “in nessun caso il giudice può pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”. Ad avviso del Massimo Consesso, la disposizione va riferita, per quanto non manchino letture più restrittive, a tre ordini di casi: 1) mancanza di una proposta vincolante, indefettibile ai fini dell’avvio del procedimento; 2) mancata acquisizione di un parere obbligatorio per legge; 3) emanazione del provvedimento da parte di un’autorità diversa da quella competente per legge. Orbene, laddove sia riscontrato un vizio di questo tipo, il Giudice deve limitarsi ad annullare il provvedimento, disattendendo l’eventuale diversa graduazione dei motivi da parte del ricorrente, a meno che la censura di incompetenza (o le altre assimilate) non sia(no) stata affatto sollevata dalla parte (ma si tratta di una ipotesi di improbabile verifica). Que-

sto significa che si tratta di vizi così radicali da consentire una deroga all'altimenti vincolante principio della prospettazione in rapporto all'ordine dei motivi di ricorso. A ben vedere, una simile soluzione determina effetti positivi in termini di deflazione del contenzioso "perché persuade il ricorrente dalla proposizione di impugnative di procedimenti attinti da una pletera di motivi sostanzialmente di facciata e lo stimola a concentrarsi solo sull'interesse sostanziale effettivamente perseguibile; si evitano, per tale via, gli eccessi di tutela spesso forieri di veri abusi del processo (...)"

Quanto alla graduazione dei motivi di ricorso, premesso che si ha graduazione allorché la parte abbia esplicitamente indicato al Giudice l'ordine da seguire nel trattare le diverse questioni, non essendo la stessa desumibile dalla mera enumerazione delle censure o dal mero ordine di prospettazione delle stesse, in mancanza della stessa il Giudice di primo grado ha l'obbligo di pronunciarsi su tutte le domande e, in relazione ad ognuna di esse, su tutti i singoli motivi, seguendo un ordine di trattazione stabilito in ragione della radicalità del vizio (ovvero della sua consistenza oggettiva), nonché del rapporto delle varie censure sotto un profilo logico-giuridico e diacronico-procedimentale. In sintesi, ciò che non è consentito fare in presenza di una espressa graduazione, dovendo in questi casi seguire il criterio della massima soddisfazione dell'interesse del ricorrente, così come da quest'ultimo prospettato, il Giudice può farlo laddove tale indicazione della parte sia mancata, dovendo in questi casi definire l'ordine di trattazione delle questioni in ragione della rispettiva consistenza oggettiva, contemperando l'obiettivo di una tutela piena dell'interesse sostanziale della parte con quello del ripristino della legalità violata (il che porterà il Giudice, in mancanza di una espressa graduazione in senso inverso, ad annullare alla luce del vizio che, in ipotesi, inficia *ab imis* la legittimità di una procedura di gara o di concorso). Ed infatti: "il principio dispositivo non può cancellare il dato di fatto che l'interesse pubblico di cui è portatrice una delle parti in causa rimane il convitato di pietra che impronta più o meno consapevolmente svariate disposizioni; la visione del processo amministrativo nella logica 'parte privata contro parte pubblica', 'interesse privato contro interesse pubblico', non considera, sullo sfondo, l'interesse generale dell'intera collettività da un lato ad una corretta gestione della cosa pubblica, e dall'altro ad una corretta gestione del processo, anche per le ripercussioni finanziarie che ricadono sulla collettività; il processo in cui sia parte una pubblica amministrazione deve consentire l'accertamento di una verità processuale vicina se non coincidente con quella storica perché è interesse della collettività la legittimità dell'azione amministrativa; si comprende così, alla fine, che effettività e giusto processo significano soddisfacimento della domanda di giustizia per i realmente bisognosi, senza incoraggiamento di azioni opportunistiche (specie sul piano risarcitorio come bene messo in luce dall'ordinanza di rimessione), emulative o pretestuose".

L'Adunanza Plenaria è, infine, intervenuta sul controverso tema dell'ammissibilità della prassi dell'assorbimento dei motivi, che si compendia nel potere in capo al Giudice di "scegliere" il motivo di ricorso fondato, e di accogliere il ricorso di annullamento sulla base di tale solo motivo, ritenendo assorbiti (e quindi non trat-

tando) gli altri. Tale prassi, molto diffusa in passato, se per un verso (almeno apparentemente) consentiva di realizzare un'esigenza di economia processuale, per altro verso determinava inconvenienti: 1) per il ricorrente, in quanto la reiterazione del provvedimento con tutti i vizi censurati con i motivi di ricorso assorbiti poteva pregiudicare la sua pretesa di ricevere una tutela effettiva; 2) per l'amministrazione, che rimaneva incerta, in sede conformativa, circa la fondatezza delle censure assorbite e dunque sulle modalità (legittime) di riesercizio del potere a seguito di annullamento del primo provvedimento. Invero, ha osservato la Plenaria, gli stessi benefici che la prassi dell'assorbimento apporta in termini di economia processuale sono più apparenti che reali, "soprattutto se ci si colloca nell'ottica non del singolo processo, ma della definizione del rapporto sostanziale tra amministrazione e cittadino; è evidente, infatti, che accogliere un motivo di difetto di motivazione, e assorbire profili di eccesso di potere e censure di violazione di legge, rende possibile la reiterazione dell'atto con altra motivazione, cui può seguire un nuovo giudizio nel quale saranno riproposte le stesse censure che il giudice avrebbe potuto e dovuto esaminare proprio al fine di ridurre il rischio di una nuova impugnazione". Va detto che nella bozza provvisoria del Codice era stata inserita una disposizione secondo cui il giudice, in caso di accoglimento del ricorso (nulla si diceva per il caso del rigetto), "deve comunque esaminare tutti i motivi, ad eccezione di quelli dal cui esame non possa, con evidenza, derivare alcuna utilità ulteriore al ricorrente".

La mancata riproduzione di questa norma non esclude, ad avviso del Massimo Consesso, la possibilità di ritenere che il principio da essa veicolato sia comunque evincibile da una lettura sistematica dell'articolato del Codice del processo amministrativo.

D'altro canto, con l'entrata in vigore del Codice, che ha favorito la definitiva sublimazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, l'ammissibilità della prassi in esame è apparsa, da subito, viepiù problematica, ancor prima che per la sua evidente frizione con il principio per cui il giudice "deve pronunciarsi su tutta la domanda".

Ad ogni modo, "il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e il conseguente dovere del giudice di pronunciarsi su tutta la domanda, unitamente alle esigenze di miglior cura dell'interesse pubblico e della legalità, comportano che il c.d. assorbimento dei motivi sia, in linea di principio, da considerarsi vietato". Sono peraltro individuabili: 1) nelle fattispecie in cui l'assorbimento sia espressamente consentito da una disposizione di legge (derogatoria del generale divieto desumibile dal sistema), come accade: a) nei casi riconducibili all'art. 34, comma 2, c.p.a.; b) nei casi di giudizio che si conclude con sentenza in forma semplificata (ove il giudice può motivare con riferimento esclusivo al punto ritenuto risolutivo: cfr. art. 74 c.p.a. - anche se in relazione a tale punto, ad avviso della Plenaria, vanno operate delle precisazioni); c) nei casi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità e infondatezza, che consente di assorbire la questione di mancata integrità del contraddittorio (art. 49, comma 2); 2) nelle fattispecie in cui si impongono evidenti

ed ineludibili ragioni di ordine logico-pregiudiziale”, come accade: a) nei casi di reiezione per motivi di rito (il che porta a ritenere assorbiti i motivi di merito); b) nei casi di accoglimento di una censura proposta in via alternativa o prioritaria rispetto ad altra (il che porta all’assorbimento della censura alternativa o subordinata); c) nei casi di rigetto del ricorso principale (il che porta all’assorbimento del ricorso incidentale, il cui accoglimento sia condizionato all’accoglimento del ricorso principale); 3) nelle fattispecie in cui vi siano delle evidenti esigenze di economia processuale, sempre che ciò non vada a discapito dell’esigenza di effettività della tutela, cui il processo amministrativo deve tendere, come accade: a) nelle ipotesi in cui il giudice “derogando alla naturale rigidità dell’ordine di esame, ritenga preferibile risolvere la lite rigettando il ricorso nel merito o nel rito in base ad una ben individuata ragione più liquida ‘... sulla scorta del paradigma sancito dagli artt. 49, comma 2, e 74 c.p.a. .... sempre che il suo esercizio non incida sul diritto di difesa del contro interessato e consenta un’effettiva accelerazione della definizione della lite...’ (...), e purché sia stata preventivamente assodata, da parte del medesimo giudice, la giurisdizione e la competenza (...); b) nelle ipotesi di motivi meramente ripetitivi di altri già esaminati e respinti; c) nei casi di provvedimento fondato su una pluralità di ragioni autonome laddove il rigetto delle censure proposte avverso una di esse comporta l’assorbimento di quelle relative ad altri capi del provvedimento nella misura in cui il mantenimento in vita dello stesso fa venir meno l’interesse del ricorrente all’accoglimento delle altre doglianze. Per converso, non si dà luogo all’assorbimento dei motivi per ragioni di economia processuale: d) in caso di accoglimento di censure relative alla rituale formazione del contraddittorio e alla comunicazione di avvio del procedimento, che non può consentire di non esaminare censure “sostanziali”, riferite ad altri aspetti contenutistici della determinazione impugnata; e) se il motivo accolto riguarda uno soltanto degli atti impugnati, non esaurendosi l’intera materia del contendere.

#### **16.2. Principio dispositivo e principio di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato: Cons. Stato, A.P., 13 aprile 2015, n. 4.**

L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata sulla fondamentale questione relativa all’applicazione, nel processo amministrativo di legittimità, del principio dispositivo di cui all’art. 34 c.p.a. (nella parte in cui fa riferimento ai “limiti della domanda”) e all’art. 99 c.p.c., nonché del principio della corrispondenza tra il chiesto e pronunciato, esplicitato all’art. 112 c.p.c., secondo cui “il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa”. La questione rimessa all’Adunanza Plenaria riguardava, in particolare, la possibilità per il giudice, una volta accertata la fondatezza dei motivi di ricorso, di emettere d’ufficio una pronuncia di risarcimento del danno anziché di annullamento, a fronte di una domanda del ricorrente esclusivamente di natura demolitoria degli atti impugnati. Secondo la Sezione remittente del Consiglio di Stato, potrebbe ammettersi siffatta possibilità nei casi in cui gli effetti dell’annullamento, tenuto conto anche del tempo intercorso

tra l'emanazione degli atti e la pronuncia giurisdizionale, sarebbero troppo pregiudizievoli nei confronti dei controinteressati o, comunque, non più utili a tutelare pienamente gli interessi del ricorrente. L'Adunanza plenaria ha però ritenuto siffatta tesi non condivisibile, proprio alla luce del generale principio della domanda, che regola anche il processo amministrativo. In questo senso è stato affermato che, "in virtù di detto principio della domanda non può ammettersi che in presenza di un atto illegittimo (*causa petendi*) per il quale sia stata proposta una domanda demolitoria (*petitum*), potrebbe non conseguire l'effetto distruttivo dell'atto per valutazione o iniziativa *ex officio* del giudice". I giudici di Palazzo Spada hanno rilevato che azione di annullamento e azione risarcitoria configurano due tipi di tutela completamente diversi, sia sotto il profilo del *petitum*, sia con riguardo alla *causa petendi* (che nel primo caso è l'illegittimità dell'atto, mentre nel secondo caso è data dall'illiceità del comportamento). Pertanto, nel caso in cui una domanda di annullamento, con il suo effetto tipico di eliminazione dell'atto impugnato dal mondo giuridico, non dovesse più soddisfare l'interesse del ricorrente, il giudice non avrebbe altra possibilità che accertare la sopravvenuta carenza di interesse, dichiarando il ricorso improcedibile. Viceversa, come già osservato, "non è consentito al giudice, stante l'esistenza dell'interesse all'annullamento, derogare, sulla base di ragioni di opportunità, giustizia ed equità, al principio della domanda e trasformarne il *petitum* o la *causa petendi*, incorrendo altrimenti nel vizio di *extrapetizione*". Infine, l'Adunanza plenaria ribadisce il principio secondo cui il tempo necessario alla definizione del giudizio non può andare a danno del ricorrente che ha ragione e pregiudicarne la pretesa.

### **16.3. Termini per ricorrere nel rito appalti: Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143.**

La sentenza n. 143 del 2015 ha preso posizione sul *dies a quo* del termine per impugnare l'aggiudicazione di una gara pubblica, riformando la decisione del giudice di primo grado, che aveva ritenuto tempestiva la domanda assumendo che nella specie il termine d'impugnazione dovesse considerarsi decorrente dalla data, successiva all'aggiudicazione ed alla relativa comunicazione, in cui le imprese ricorrenti avevano acquisito conoscenza dei vizi che inficiavano la procedura selettiva. Il Consiglio di Stato ha di contro affermato che il procedimento di scelta del privato contraente si conclude con l'aggiudicazione, relativamente alla quale il termine per proporre l'impugnazione decorre dalla conoscenza degli elementi essenziali di tale atto (quali la sua esistenza, l'autorità emanante, il contenuto dispositivo ed il suo effetto lesivo), non potendo assumere alcun rilievo la conoscenza sopravvenuta di nuovi vizi, la quale semmai può giustificare la proposizione di motivi aggiunti, ma non consente la riapertura dei termini per proporre l'impugnazione in via principale. La sezione ha aggiunto che non si ravvisano motivi per discostarsi dalla comune individuazione, oggi consacrata a livello positivo dall'art. 21 *octies*, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, dei vizi del provvedimento amministrativo nelle tradizionali categorie della violazione di legge, dell'incompetenza e dell'eccesso di potere: con la precisazione

che per “*provvedimento adottato in violazione di legge*” deve intendersi quello in cui il vizio sia stato posto in essere nell’ambito dell’attività procedimentale/provvedimentale della p.a., senza che possano assumere rilievo *ex se* le eventuali condotte illecite (o finanche penalmente rilevanti) poste in essere dai soggetti che abbiano operato per conto della stessa p.a.; queste ultime, se del caso, potranno rilevare sotto il profilo dell’eccesso di potere per sviamento, ma a condizione che tale vizio trovi “*rappresentazione*” negli atti impugnati attraverso le sue figure sintomatiche, come sempre è necessario perché possa configurarsi tale tipologia di vizio (e come, invece, la stessa parte appellata esplicitamente nega sia avvenuto nel caso che qui occupa). Né deve sorprendere il fatto che, a fronte di condotte illecite e anche penalmente rilevanti poste in essere da pubblici ufficiali nell’esercizio delle proprie funzioni, possa non sussistere anche un vizio di legittimità negli atti da questi posti in essere: si tratta invero di evenienza fisiologica, connessa alla diversa natura del giudizio amministrativo di legittimità, che presuppone sempre l’accertamento di vizi che devono ricavarsi dai provvedimenti impugnati o dall’*iter* procedimentale che li ha preceduti, rispetto al giudizio penale, che ha a oggetto l’accertamento di responsabilità individuali per fatti previsti dalla legge come reati (e la cui commissione, come è noto, può determinare anche l’interruzione del rapporto di immedesimazione organica tra il pubblico ufficiale e la p.a. presso cui presta servizio). La sezione non ha ritenuto di aderire alle richieste subordinate di parte appellata, aventi a oggetto la rimessione all’Adunanza plenaria ovvero alla Corte di giustizia UE della questione interpretativa relativa al *dies a quo* del termine per l’impugnazione degli atti in materia di appalti. Al riguardo, premesso che il combinato disposto degli artt. 79, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e 120, comma 5, c.p.a. risulta ispirato da evidenti finalità acceleratorie e semplificatorie (con l’individuazione di una presunzione legale di conoscenza alla data della comunicazione dell’aggiudicazione definitiva e la “concentrazione” della successiva fase dell’accesso in tempi e modalità tali da assicurare il rispetto del consequenziale termine di decadenza), è avviso di questa Sezione che l’inciso “...*ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell’atto*” contenuto nel citato comma 5 dell’art. 120 c.p.a. sia da intendersi riferito esclusivamente all’ipotesi in cui gli avvisi di cui all’art. 79, d.lgs. n. 163 del 2006 siano stati omessi dalla stazione appaltante; in ogni caso, è noto che tuttora pende presso la Corte di giustizia UE la questione di compatibilità comunitaria delle disposizioni citate, a seguito di rinvio pregiudiziale da parte del Tar della Puglia (ord. 25 marzo 2013, n. 427), e che *medio tempore* l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (20 maggio 2013, n. 14) ha ritenuto di non potersi esprimere su di essa. La Sezione ha comunque ritenuto le dette questioni risultano manifestamente irrilevanti ai fini del decidere. Infatti, una volta esclusa -la configurabilità di vizi non ricavabili dagli atti amministrativi impugnati, ma evincibili *aliunde* da condotte materiali di persone, perde rilevanza ogni questione circa la sopravvenuta conoscenza di tali condotte e la correlativa ipotetica decorrenza da tale conoscenza del termine per impugnare gli atti della procedura selettiva, che sarebbe già spirato ove riferito alla data della conoscenza degli atti medesimi.

**16.4. Incumbenti istruttori: Cons. Stato, sez. I, 25 novembre 2015, n. 1882.**

Il parere in rubrica ha affrontato la questione relativa a se, nel caso in cui il giudice amministrativo ordini l'ostensione di documenti classificati richiesta dal ricorrente e l'ente originatore ne precluda l'esibizione per ragioni di tutela di un primario interesse pubblico, l'Amministrazione possa giustificare con detta argomentazione l'inottemperanza e sottrarsi, quindi, alla prevedibile soccombenza in giudizio. Un tale effetto conseguirebbe necessariamente all'applicazione degli artt. 63 e 64 c.p.a., che rinviano al c.p.c. quanto al potere del giudice di ordinare anche a terzi di esibire in giudizio documenti (artt. 210 e 211 c.p.c.) e di disporre ispezioni (art. 118 c.p.c.), nonché di trarre elementi di valutazione ai fini decisori dal contegno tenuto dalle parti, alle quali spetta di fornire elementi di prova che siano nella loro disponibilità (art. 116 c.p.c.). Ha affermato che il parallelismo tra le disposizioni che riguardano l'acquisizione e la formazione della prova tra processo civile e processo amministrativo deve necessariamente estendersi agli artt. 65 c.p.a., concernente l'esercizio del potere d'istruttoria presidenziale e collegiale, e 213 c.p.c., il quale stabilisce che, fuori dai casi di cui agli artt. 210 e 211 c.p.c., il giudice può richiedere d'ufficio alla Pubblica amministrazione le informazioni scritte relativi ad atti e documenti dell'Amministrazione stessa, che è necessario acquisire al processo. In sostanza, la legge pone in capo alla Pubblica amministrazione un obbligo di collaborazione con il giudice che, nel caso del processo amministrativo, è rafforzato dal fatto che la Pubblica amministrazione, oltre ad essere parte del procedimento, è essa stessa detentrica di elementi di prova che si trovano nella sua disponibilità e che essa deve pertanto porre a disposizione del giudice come istituzione, cioè come potere dello Stato tenuto ad agire in modo neutrale come terzo rispetto al processo. Orbene dall'insieme delle disposizioni codicistiche richiamate si ricava il principio generale che spetta soltanto ed esclusivamente alla parte introdurre nel giudizio i fatti e presentare la prova degli stessi, a meno che non sia materialmente impossibilitata a produrre il mezzo di prova, sicché potrà chiedere al giudice di acquisirlo. Concordemente si è espressa anche la Corte di cassazione (sez. III, 11 maggio 2009, n. 10744), la quale ha ritenuto che "la distribuzione dell'onere della prova deve tenere conto (...) anche del principio della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova, perché la copertura costituzionale di cui gode il diritto di agire in giudizio a tutela delle proprie posizioni soggettive impone di non interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio". Fermo restando, quindi, l'obbligo dell'Amministrazione di collaborare lealmente con l'Autorità giudiziaria ai fini dell'acquisizione delle prove, sull'attendibilità delle quali l'organo giudicante è chiamato ad esprimersi, va ricordato che il contesto di cautela entro il quale l'acquisizione deve avvenire è chiaramente definito dall'art. 42, comma 8, l. 3 agosto 2007, n. 124, secondo cui "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". Secondo il tenore letterale della disposizione, le cautele devono essere disposte caso per caso dal magistrato, sentita l'Amministrazione referente, e svilupparsi con modalità diverse a seconda della situazione generale e del momento (per esempio, esibizione documentale con o senza omissis, in forma originale o in forma sintetica) senza tuttavia spingersi al punto di vanificare l'esercizio del diritto di agire in giudizio con interpretazioni elusive dei principi costituzionali e della legislazione nella specifica materia.

**16.5. Sinteticità degli scritti difensivi: Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2015, n. 5400.**

Con la sentenza in rubrica la sez. V ha richiamato la consistenza dei doveri di sinteticità e specificità dei ricorsi amministrativi e delle conseguenze della loro violazione. Ha dichiarato inammissibile l'appello che era stato chiamato a definire, precisando che "a) il ricorso di primo grado consta di 33 pagine complessive (al netto di quelle relative alla prova dell'avvenuta notificazione) recanti plurime intricate reiterazioni di argomenti, che rendono difficoltosa la lettura e comprensione delle censure proposte; b) l'impugnata sentenza si sviluppa per 11 pagine complessive; c) l'atto di appello consta di 61 pagine complessive (al netto di quelle recanti la prova dell'avvenuta notificazione) ed è stato redatto anche con la tecnica del "copia e incolla" (specie nella parte in cui riproduce integralmente il ricorso di primo grado), con plurime reiterazioni dei medesimi argomenti e richieste nella parte centrale ed in quella conclusiva, con l'uso di sottolineature, caratteri, dimensioni, grassetto ed altri accorgimenti grafici che rendono difficoltosa la lettura e comprensione del testo; senza un criterio ordinatore atteso che il testo non è stato suddiviso fra parte in fatto, svolgimento del processo e motivi specifici (avverso la sentenza in quanto tale, di cui si lamenta l'invalidità per eccesso di potere giurisdizionale e violazione dell'art. 112 c.p.c., e avverso i capi di cui essa si compone); contiene plurime esposizioni (e preannunci) preliminari di motivi scoordinati fra loro; da pagina 52 a pagina 61 si susseguono e si ripetono, senza criterio, richieste di rinvio all'Adunanza plenaria, richieste istruttorie, conclusioni, P.Q.M.; reca motivi nuovi (certamente quello incentrato sulla violazione dei principi elaborati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014) e motivi intrusi (quello con cui si contesta la statuizione del Tar relativa alla inammissibilità dell'intervento dei rappresentanti del partito "Italia dei Valori") *ex se* inammissibili". La sezione ha poi chiarito, in ordine alla natura ed alla consistenza dei doveri di sinteticità, chiarezza e specificità (degli scritti delle parti e in particolare degli atti di impugnazione), che: a) il dovere di sinteticità sancito dall'art. 3, comma 2, c.p.a., strumentalmente connesso al principio della ragionevole durata del processo (art. 2, comma 2, c.p.a.), è a sua volta corollario del giusto processo, che



assume una valenza peculiare nel giudizio amministrativo caratterizzato dal rilievo dell'interesse pubblico in occasione del controllo sull'esercizio della funzione pubblica (Cons. Stato, A.P., 27 aprile 2015, n. 5); b) la sinteticità degli atti, che costituisce uno dei modi più importanti per arrivare ad una giustizia rapida ed efficace: I) è declinata in varie norme del codice del processo amministrativo (artt. 74, 55, comma 7, 40, comma 1, lett. c) e d), e 101, comma 1, c.p.a.), nonché del codice di procedura civile (artt. 132, comma 2, 118 disp. att. c.p.c., 366, comma 1, n. 3 c.p.c. riconducibili a sistema); II) si riferisce al processo logico ovvero alla forma conoscitiva contrapposta all'analisi, che, partendo dal semplice e arrivando al complesso, riduce l'insieme di nozioni e concetti diversi ad un'unità essenziale e postula sul piano linguistico un'esposizione breve (appunto essenziale); per stabilire la consistenza del dovere di sinteticità (e dunque la misura massima dello scritto di parte), assume un valore esemplare - pur essendo inapplicabile *ratione temporis atque materiae* - la disciplina sancita dall'art. 120, comma 6, c.p.a. e dal pedissequo decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 40 del 25 maggio 2015: le dimensioni massime degli scritti difensivi ivi indicate, rappresentano, infatti, un elemento di raffronto e comparazione significativo perché concernente controversie (quelle in materia di appalti), considerate direttamente dalla legge come rilevanti e complesse, sicché tali limiti *a fortiori* dovranno essere rispettati, salvo casi eccezionali, per le controversie afferenti ad altre materie diverse da quelle divise dall'art. 120; c) l'esigenza "forte" della brevità degli scritti difensivi non è solamente una caratteristica dell'ordinamento processuale italiano; si pensi alle istruzioni pratiche relative ai ricorsi ed alle impugnazioni adottate - il 15 ottobre 2004 (G.U. L 29 dell'8 dicembre 2004) e modificate il 27 gennaio 2009 (G.U. L 29 del 31 gennaio 2009) - dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, dove la lunghezza delle scritti di parte oscilla fra le 5 e le 15 pagine; d) la chiarezza e la specificità si riferiscono, invece, all'ordine dell'esposizione delle questioni, al linguaggio da usare, alla correlazione logica con l'atto impugnato (sia esso il provvedimento amministrativo o giurisdizionale); il principio di chiarezza e specificità degli atti, è valorizzato dall'art. 40 c.p.a. (come modificato dal secondo correttivo, adottato con d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160), e dall'art. 101, comma 1, c.p.a. che, nel disciplinare il contenuto del ricorso, espressamente stabiliscono che i motivi di ricorso debbano essere «specifici» e che eventuali motivi proposti in violazione di detta regola sono inammissibili: è evidente come lo scopo delle norme (e in particolar della novella all'art. 40 cit.), sia stato quello di sollecitare le parti alla redazione di ricorsi chiari, al fine di arginare la prassi difensiva di redigere ricorsi, oltre che lunghi, oscuri, ossia privi di una limpida enucleazione dei motivi di ricorso nonché di una netta distinzione tra fatto, svolgimento del processo e diritto; e) è pertanto onere della parte ricorrente operare una sintesi del fatto sostanziale e processuale funzionale alla piena comprensione e valutazione delle censure al fine di evitare di delegare al giudice un'attività consistente nella lettura integrale degli atti meccanicamente assemblati; conse-

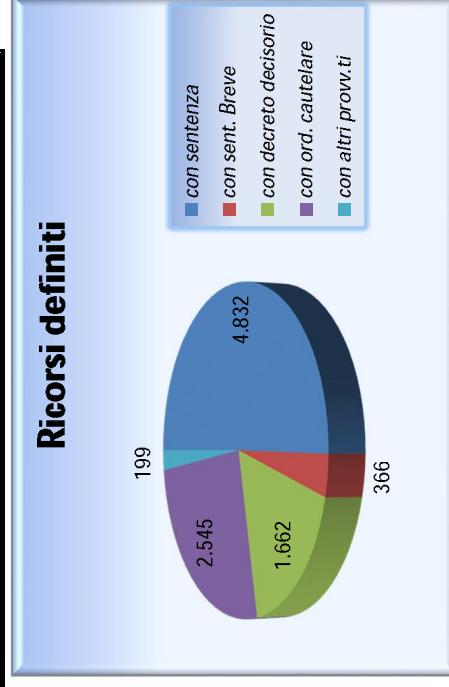
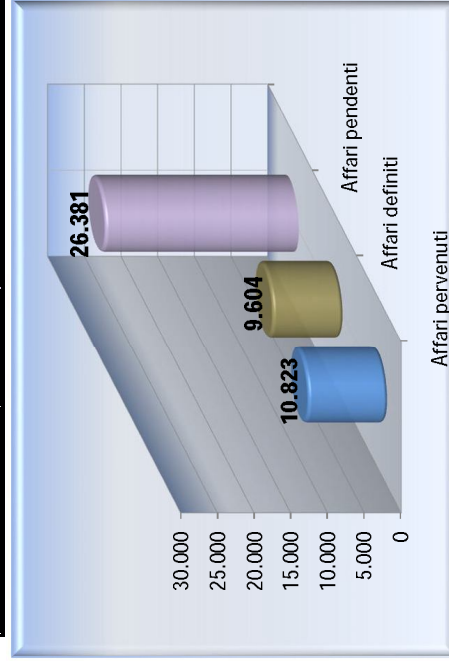
guentemente la prolissità e la contraddittoria commistione fra argomenti, domande, eccezioni e richieste istruttorie conducono all'inammissibilità per violazione dei doveri di sinteticità e specificità dei motivi sanciti dagli artt. 3 e 40 c.p.a., per il primo grado e 101, comma 1, c.p.a. per il giudizio di appello; inoltre, l'inesatta suddivisione tra parte in fatto e parte in diritto comporta il rischio dei c.d. "motivi intrusi" ossia di quei motivi di ricorso, *ex se* inammissibili, perché, in contrasto con il più volte menzionato art. 40 c.p.a., sono inseriti nella parte in fatto (con il conseguente diffuso aumento di sentenze che non contengono l'esatta disamina di tutti i motivi di ricorso proposti a causa dell'oggettiva difficoltà di individuarli nel corpo dell'atto).

*DATI STATISTICI*



*Consiglio di Stato*  
 Prospetto riepilogativo - Attività Giurisdizionale  
 Anno 2015

Sezioni	Ricorsi definiti						Ricorsi pendenti al 31.12.2015 (*)
	Ricorsi pervenuti	con sentenza	con sent. Breve	con decreto deciso	con ord. cautelare	con altri provv.ti	
3	4.543	1.378	81	259	705	58	2.481
4	9.681	1.176	96	918	545	48	2.783
5	5.071	1.302	119	349	560	47	2.377
6	5.684	973	70	133	735	32	1.943
Plenaria	47	3	0	3	0	14	20
<b>Totale</b>	<b>25.026</b>	<b>4.832</b>	<b>366</b>	<b>1.662</b>	<b>2.545</b>	<b>199</b>	<b>9.604</b>

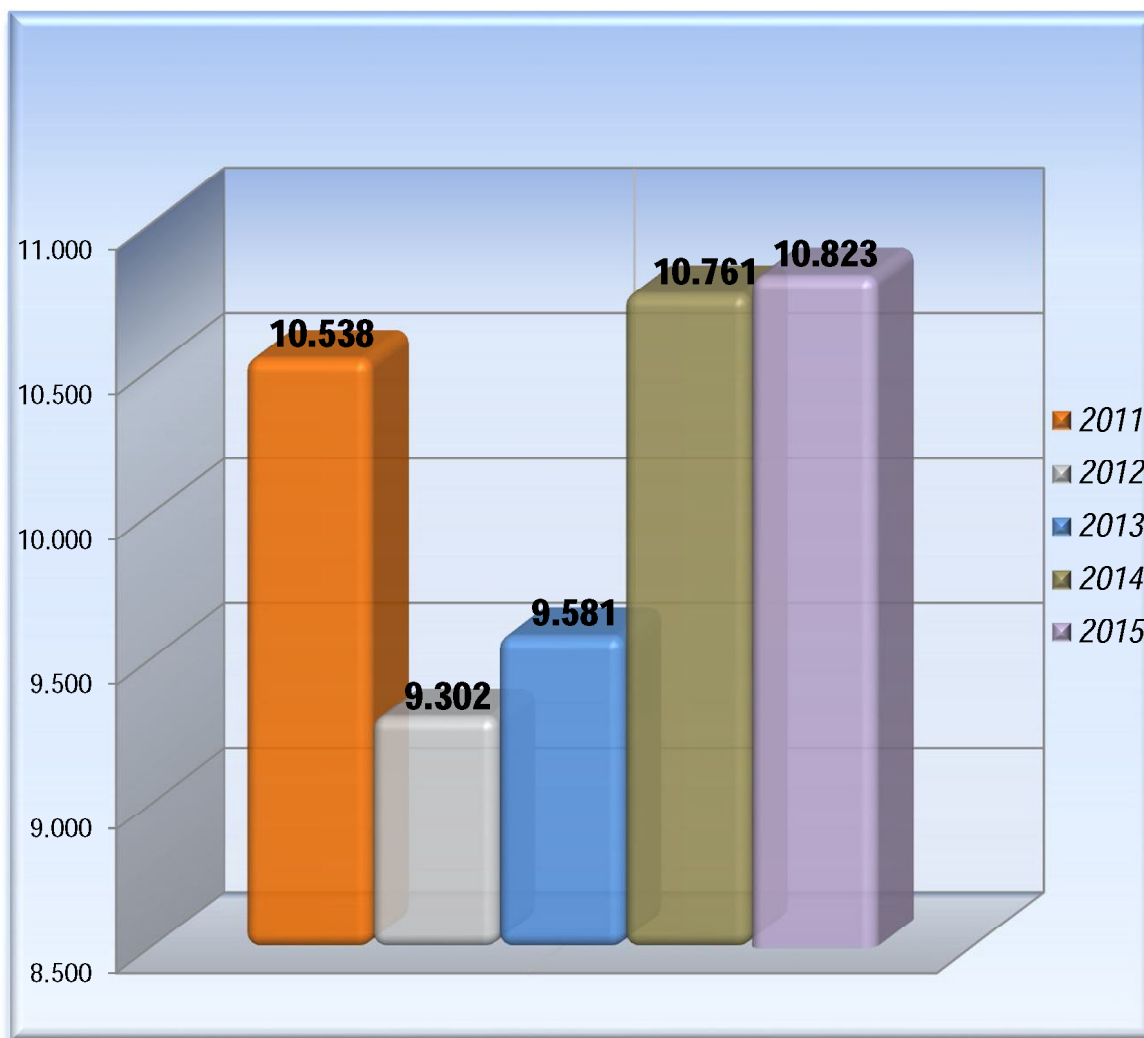


(\*) *Nota metodologica:* I definiti sono i ricorsi decisi e il cui provvedimento è pubblicato. Eventuali oscillazioni sono dovute a registrazioni di segreteria successive alla definizione del ricorso (a titolo esemplificativo: annotazione della relazione del commissario ad acta, annotazione dell'avvenuto pagamento del contributo unificato, liquidazione compenso. (L'oscillazione è pari allo: 0,52% al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale).

# Consiglio di Stato

Prospetto riepilogativo - ricorsi pervenuti  
Attività Giurisdizionale 2011/2015

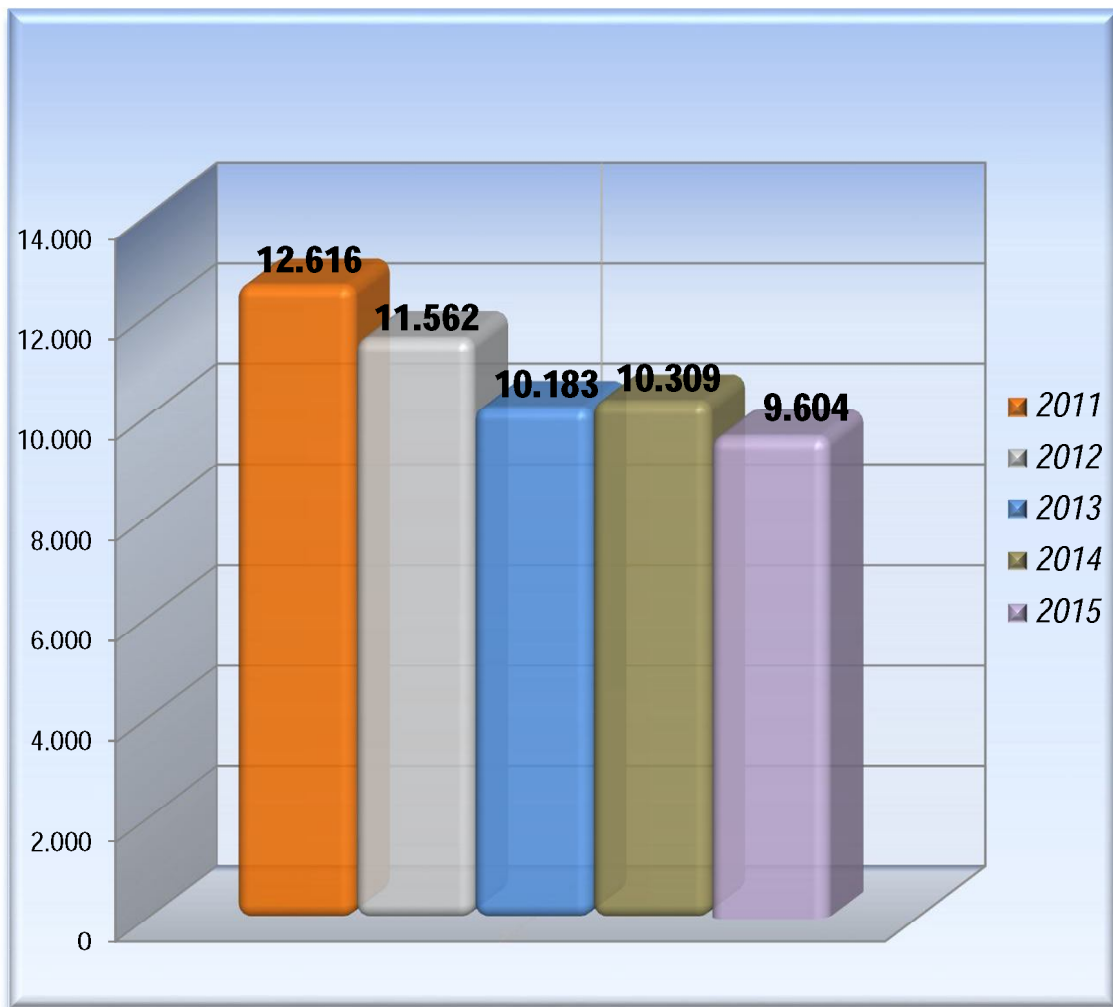
2011	2012	2013	2014	2015
10.538	9.302	9.581	10.761	10.823



# Consiglio di Stato

Prospetto riepilogativo - ricorsi definiti  
Attività Giurisdizionale 2011/2015

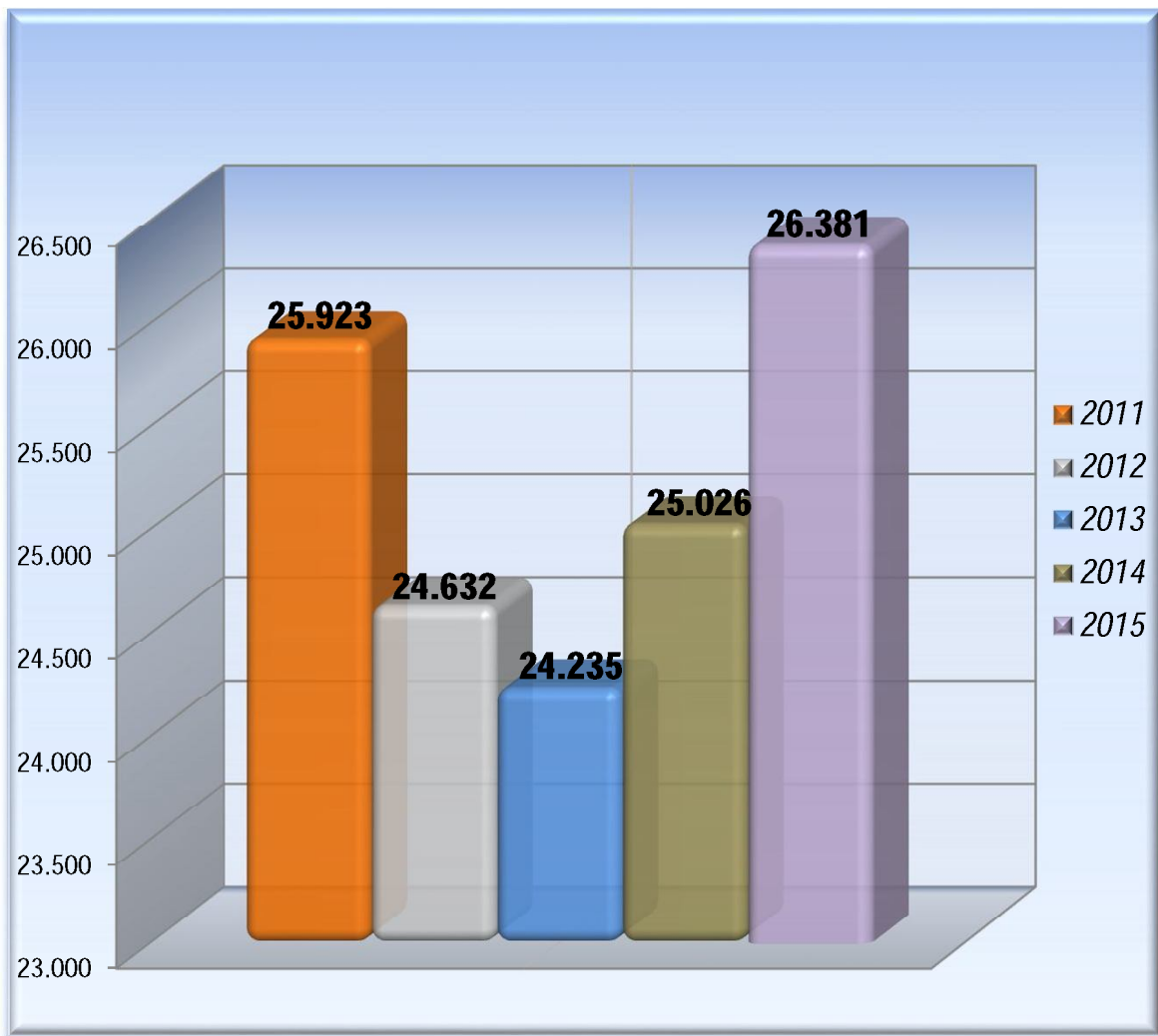
2011	2012	2013	2014	2015
12.616	11.562	10.183	10.309	9.604



# Consiglio di Stato

Prospetto riepilogativo - ricorsi pendenti  
Attività Giurisdizionale 2011/2015

2011	2012	2013	2014	2015
25.923	24.632	24.235	25.026	26.381

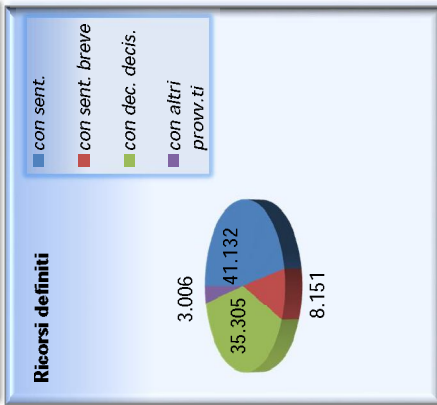
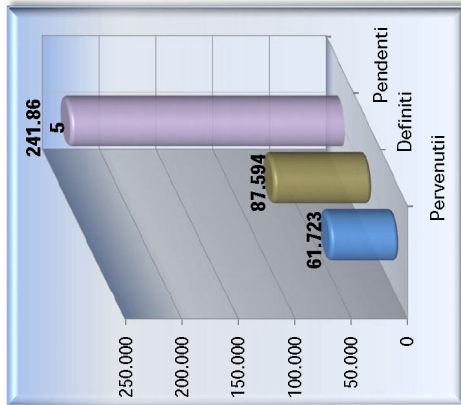




# Tribunali Amministrativi Regionali

Prospetto riepilogativo - Anno 2015

Sede	Ricorsi pendenti al 31.12.2014	Ricorsi definiti					Ricorsi pervenuti	Totale	Ricorsi pendenti al 31.12.2015 (*)
		con sent.	con sent. breve	con dec. decis.	con altri provv. ti	Pervenuti			
TAR ABRUZZO L'AQUILA	2.378	640	9	23	60	732	674	2.436	
TAR ABRUZZO PESCARA - Sezione st.	429	394	76	41	13	524	385	301	
TAR BASILICATA POTENZA	1.982	637	38	238	31	944	1.082	2.152	
TAR CALABRIA CATANZARO	12.096	1.474	187	1.504	64	3.229	2.224	10.230	
TAR CALABRIA REGGIO CALABRIA - Sez.st.	4.028	856	226	205	87	1.374	1.049	3.808	
TAR CAMPANIA NAPOLI	30.543	4.586	609	3.797	216	9.208	6.638	28.119	
TAR CAMPANIA SALERNO - Sez.st.	13.639	2.114	221	1.426	112	3.873	2.908	11.245	
TAR EMILIA-ROMAGNA BOLOGNA	5.139	764	289	575	51	1.679	1.122	4.573	
TAR EMILIA-ROMAGNA PARMA - Sez.st.	972	225	64	94	15	398	396	957	
TAR FRILLI-VENEZIA GIULIA TRIESTE	842	358	168	120	15	661	503	681	
TAR LAZIO LATINA - Sezione staccata	3.759	637	69	710	20	1.436	780	3.110	
TAR LAZIO ROMA	70.580	9.543	2.389	12.344	998	25.274	15.935	62.902	
TAR LIGURIA GENOVA	4.038	815	148	334	20	1.317	1.148	3.838	
TAR LOMBARDIA BRESCIA - Sez.st.	4.025	705	909	327	24	1.965	2.537	4.518	
TAR LOMBARDIA MILANO	9.258	1.858	422	560	275	3.115	3.023	9.196	
TAR MARCHE ANCONA	4.721	601	72	566	146	1.385	814	4.294	
TAR MOLISE CAMPOBASSO	978	391	20	67	6	484	472	976	
TAR PIEMONTE TORINO	3.989	1.404	235	319	34	1.992	1.454	3.492	
TAR PUGLIA BARI	4.965	1.205	164	400	62	1.831	1.701	4.928	
TAR PUGLIA LECCE - Sez.st.	4.781	3.006	127	315	201	3.649	3.214	4.393	
TAR SARDEGNA CAGLIARI	3.459	774	259	40	40	1.332	1.020	3.183	
TAR SICILIA CATANIA - Sez.st.	49.662	1.892	361	8.018	244	10.515	2.911	42.324	
TAR SICILIA PALERMO	11.881	2.647	209	951	106	3.913	3.966	11.994	
TAR TOSCANA FIRENZE	8.097	1.260	357	913	53	2.583	2.087	7.578	
TAR TRENTINO A. ADIGE BOLZANO - Sez. Aut.	612	275	14	34	5	328	305	543	
TAR TRENTINO ALTO ADIGE TRENTO	356	508	29	10	16	563	471	264	
TAR UMBRIA PERUGIA	2.029	613	16	125	26	780	1.004	2.310	
TAR VALLE D'AGOSTA AOSTA	63	78	7	3	2	90	65	36	
TAR VENETO VENEZIA	7.946	872	457	1.027	64	2.420	1.835	7.484	
<b>Totale</b>	<b>267.247</b>	<b>41.132</b>	<b>8.151</b>	<b>35.305</b>	<b>3.006</b>	<b>87.594</b>	<b>61.723</b>	<b>241.865</b>	



(\*) Nota metodologica: I definiti sono i ricorsi decisi e il cui provvedimento è pubblicato. Eventuali oscillazioni sono dovute a registrazioni di segreteria successive alla definizione del ricorso (a titolo esemplificativo: annotazione della relazione del commissario ad acta, annotazione dell'avvenuto pagamento del contributo unificato, liquidazione compenso. (L oscillazione e pari allo: 0,20% nel T.T.AA.RR.)).

# *Tribunali Amministrativi Regionali*

Prospetto riepilogativo - ricorsi pervenuti  
Attività 2011/2015

2011	2012	2013	2014	2015
55.500	51.366	54.902	63.723	61.723

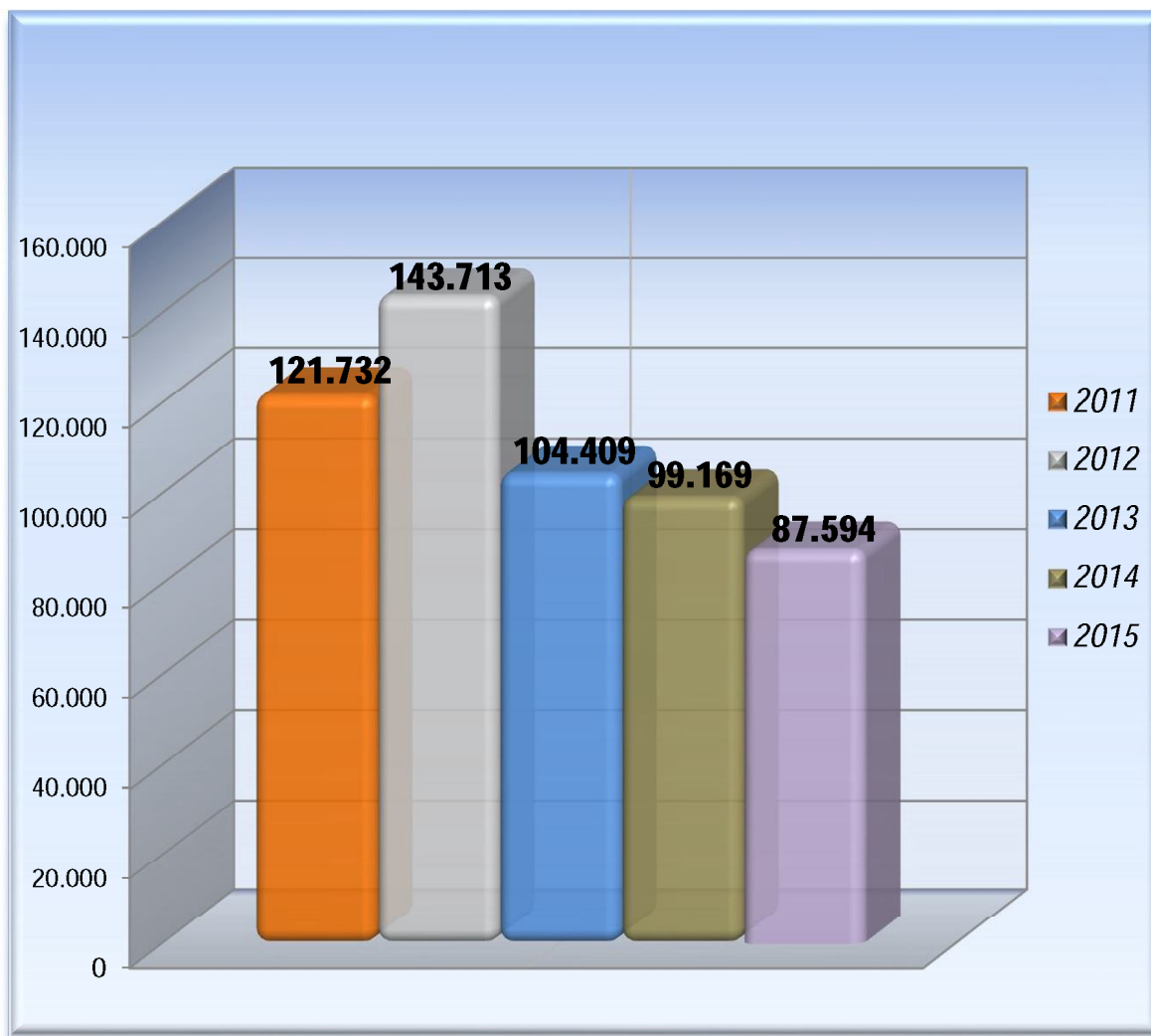


# *Tribunali Amministrativi Regionali*

Prospetto riepilogativo - ricorsi definiti

Attività 2011/2015

2011	2012	2013	2014	2015
121.732	143.713	104.409	99.169	87.594

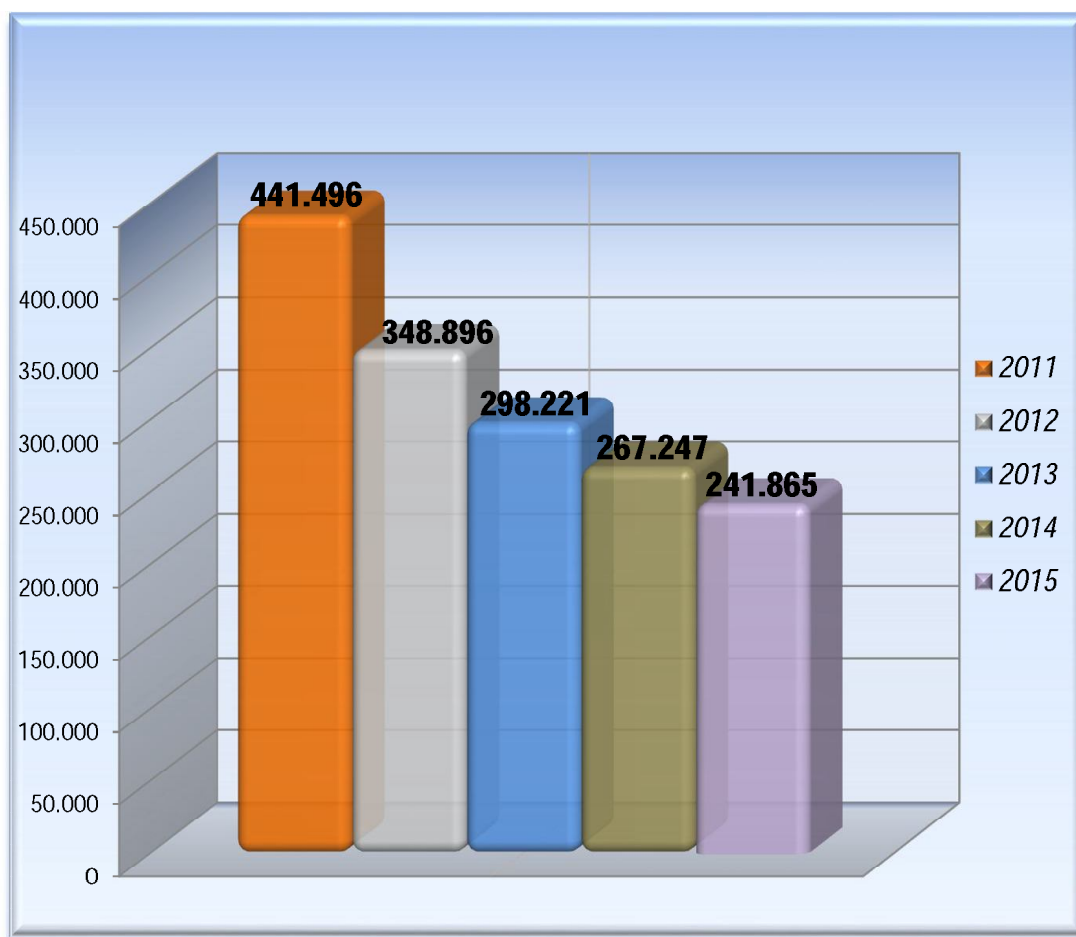


# *Tribunali Amministrativi Regionali*

Prospetto riepilogativo - ricorsi pendenti

Attività 2011/2015

2011	2012	2013	2014	2015
441.496	348.896	298.221	267.247	241.865



# Giustizia Amministrativa

Prospetto riepilogativo attività giurisdizionale  
Attività 2011/2015

Anno di attività	2011	2012	2013	2014	2015
Ricorsi pervenuti	66.038	60.668	64.483	74.484	72.546
Ricorsi definiti	134.348	155.275	114.592	109.478	97.198
Ricorsi pendenti	467.419	373.528	322.456	292.273	268.246

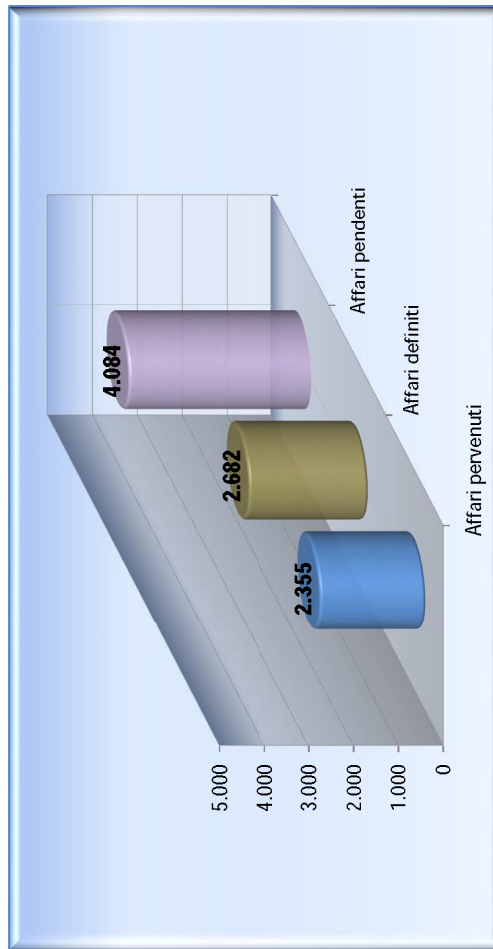


# Consiglio di Stato

Prospetto riepilogativo - Attività Consultiva

Anno 2015

Sezioni	Ricorsi pendenti al 31.12.2014	Affari pervenuti	Affari definiti										Totale Affari definiti	Affari pendenti al 31.12.2015 (*)
			ricorso	quesito	richiesta parere	riesame	revoc.ne	regol.to	altri pareri					
1	1.028	1.086	1.154	22	12	29	25	0	0	0	0	0	1.242	859
2	3.364	1.194	1.322	16	4	0	25	0	0	0	0	0	1.367	3.204
C	19	75	0	0	0	1	0	0	0	72	0	0	73	21
<b>Totale</b>	<b>4.411</b>	<b>2.355</b>	<b>2.476</b>	<b>38</b>	<b>16</b>	<b>30</b>	<b>50</b>	<b>72</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>2.682</b>	<b>4.084</b>



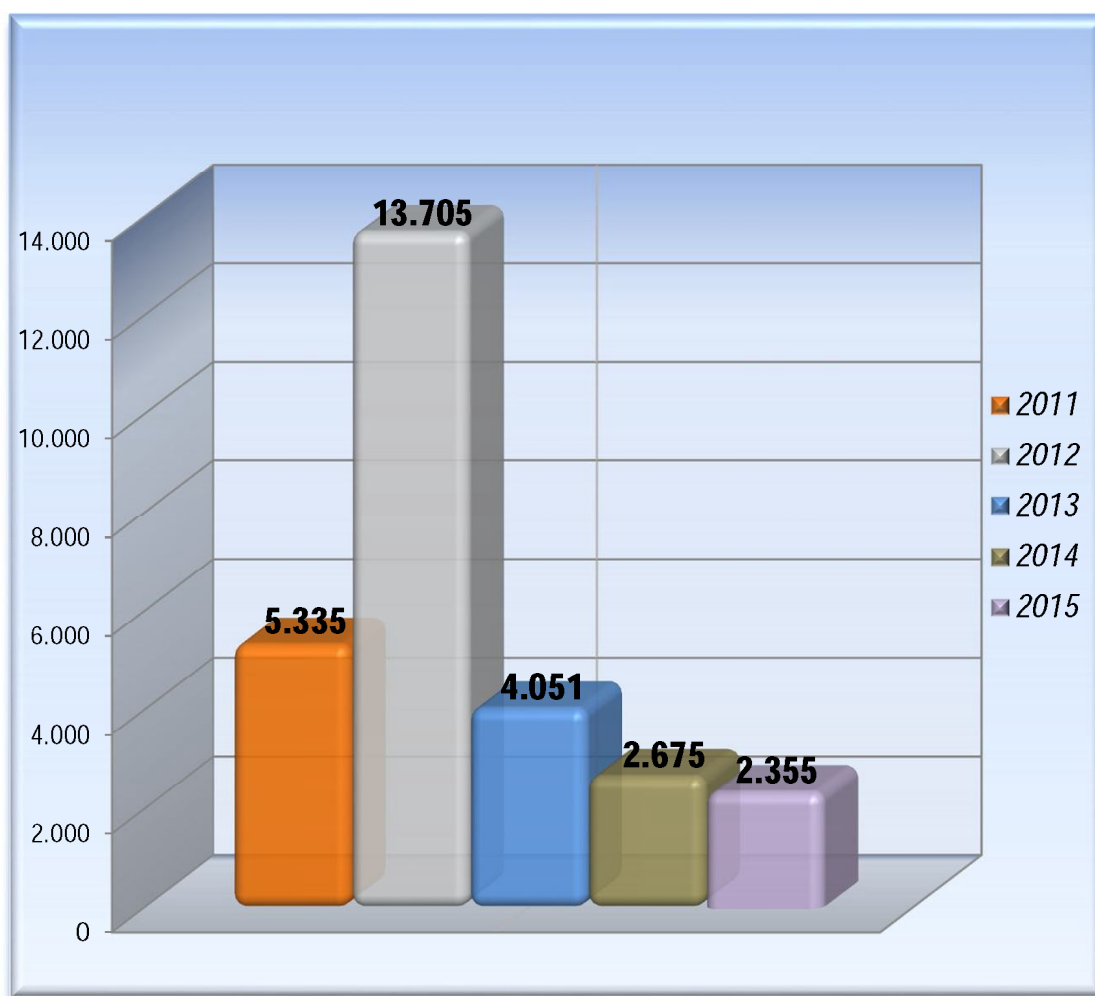
*Nota metodologica: I definiti sono i ricorsi decisi e il cui provvedimento è pubblicato. Eventuali oscillazioni sono dovute a registrazioni di segreteria successive alla definizione del ricorso (a titolo esemplificativo: annotazione della relazione del commissario ad acta, annotazione dell'avvenuto pagamento del contributo unificato, liquidazione compenso. L'oscillazione è pari allo: 0% al Consiglio di Stato in sede consultiva).*

# Consiglio di Stato

Prospetto riepilogativo - affari pervenuti

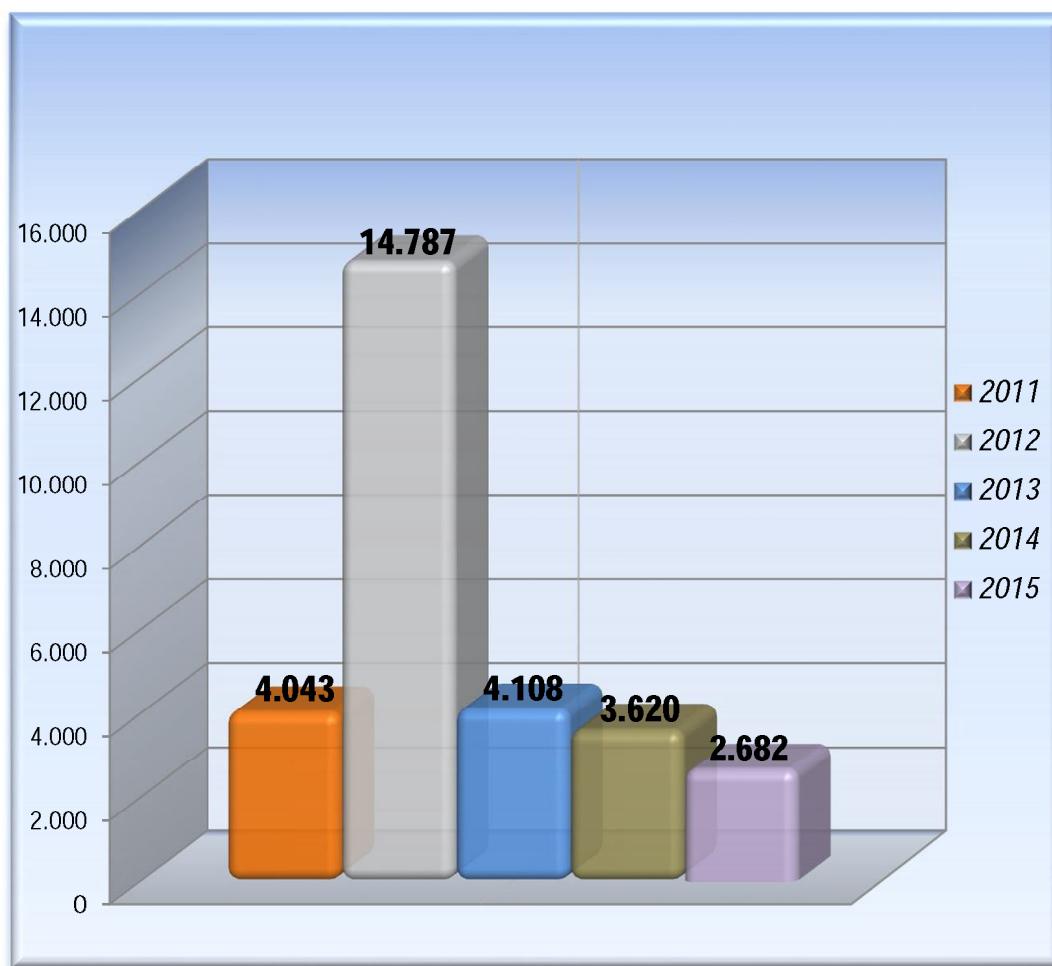
Attività Consultiva 2011/2015

2011	2012	2013	2014	2015
5.335	13.705	4.051	2.675	2.355



*Consiglio di Stato*  
Prospetto riepilogativo - affari definiti  
Attività Consultiva 2011/2015

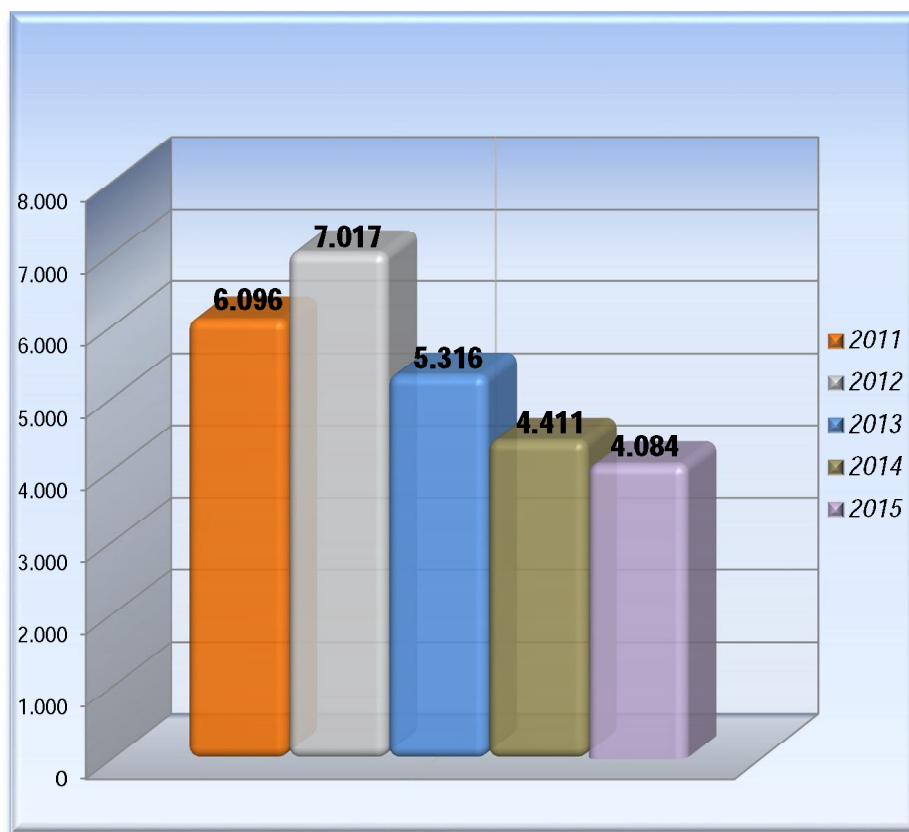
2011	2012	2013	2014	2015
4.043	14.787	4.108	3.620	2.682





*Consiglio di Stato*  
Prospetto riepilogativo - affari pendenti  
Attività Consultiva 2011/2015

2011	2012	2013	2014	2015
6.096	7.017	5.316	4.411	4.084



# Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Siciliana

## Prospetto riepilogativo - Attività Consultiva Anno 2015

Sezione	Ricorsi pendenti al 31.12.2014	Ricorsi pervenuti	Affari definiti						Totale Affari definiti	Affari pendenti al 31.12.2015 (*)		
			ricorso	quesito	richiesta parere	riesame	revocazioni	regolamenti o			altri pareri	
1	1.682	1.099	1.164	0	10	0	0	0	0	0	1.174	1.454

## Prospetto riepilogativo - Attività Giurisdizionale Anno 2015

Sezione	Ricorsi pendenti al 31.12.2014	Ricorsi pervenuti	Ricorsi definiti				Totale	Affari pendenti al 31.12.2015 (*)	
			con sentenza	con sent. Breve	con decreto decisivo	con ord. cautelare			con altri provv.ti
1	13.313	1.300	521	64	60	494	31	1.110	2.442

*Nota metodologica:* I definiti sono i ricorsi decisi e il cui provvedimento è pubblicato. Eventuali oscillazioni sono dovute a registrazioni di segreteria successive alla definizione del ricorso (a titolo esemplificativo: annotazione della relazione del commissario ad acta, annotazione dell'avvenuto pagamento del contributo unificato, liquidazione compenso. L'oscillazione non è calcolata al CGARS per allineamento BD nel 2015).







